

I. Introducción

La segunda mitad del siglo XIX fue el tiempo del nacimiento del derecho procesal como disciplina. La primera mitad del siglo XX fue el tiempo de la sistematización dogmática del derecho procesal. Ni bien avanzado el siglo XX la disciplina comienza a sufrir sus primeras frustraciones y desafíos. La joven rama del derecho no era capaz de hacerle frente de modo efectivo a las necesidades de justicia y, lo que era más grave aún, las necesidades de justicia eran diferentes y cada vez más complejas, reclamando a la nueva disciplina y al proceso una desesperada protección que él con sus pesadas estructuras dogmáticas no estaba en capacidad de dar.

Nadie mejor que CAPPELLETTI y GARTH para testificar sobre esa situación. Hacia 1978, ellos escribían, justificando su importante *El acceso a la justicia*: «Quizá se haya originado en la desaparición de la fe tradicional en la solidez de nuestras instituciones legales y sea inspirado por el deseo de hacer reales y no simplemente simbólicos los derechos de la gente común, por lo que exige reformas de gran alcance y una nueva creatividad. Este enfoque se niega a aceptar como inmutables cualesquiera de los procedimientos e instituciones que caracterizan nuestra maquinaria de la justicia»¹.

Por ello, la segunda parte del siglo XX y esta primera del siglo XXI son las de redefinición de la disciplina y el periodo en el que el proceso se plantea seriamente su rol dentro del Estado constitucional.

II. El Estado constitucional

Nuestro tiempo es el del Estado constitucional, el que ha venido a reemplazar la concepción de Estado de derecho. Este cambio no solo

¹ CAPPELLETTI, Mauro / GARTH, Bryan, *El acceso a la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 10.

supone una sustitución de términos, sino un auténtico cambio de paradigma con todo lo que ello significa y trae consigo. De este modo, el Estado constitucional no solo es el Estado en el que todos los actos del poder se encuentran sujetos a la Constitución, sino además, el Estado en el que se respetan ciertos valores y principios, sin los cuales a pesar de tener una Constitución sería imposible sostener que nos encontramos ante un Estado constitucional: dignidad de la persona humana, separación de poderes, protección de los derechos fundamentales, independencia de los órganos jurisdiccionales, control entre los órganos y soberanía popular².

De este modo, entonces, podemos hablar de Estado constitucional en dos sentidos distintos: de Estado constitucional en sentido formal y de Estado constitucional en sentido material. El Estado constitucional en sentido formal es aquel que tiene como norma suprema a la Constitución, de la cual derivan los poderes y sus límites. En cambio, Estado constitucional en sentido material supone que esa Constitución debe recoger una serie de principios y valores materiales propios del constitucionalismo, a los que nos hemos referido anteriormente, sin los cuales es inadmisibles considerar a un Estado como constitucional, por más que tenga una Constitución. Hay quienes agregan un tercer aspecto como indispensable del Estado constitucional, cual es, que los principios y valores constitucionales previstos en la Constitución deben ser practicados en la realidad³. Más allá de si existe o no este tercer atributo, creemos que hay algo que resulta fundamental, la existencia de esos principios y valores recogidos en la norma suprema, deben necesariamente ser actuados en el ámbito de la realidad, ya que si ello no ocurriera, la Constitución se convertiría en un elenco de buenas intenciones, careciendo de fuerza normativa⁴. Por ello, un Estado constitucional requiere que los valores y principios constitucionales tengan una

² HABERLE, Peter, *El estado constitucional*, UNAM y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 3.

³ AGUILO, Josep, *La constitución del Estado constitucional*, Palestra, Temis, Lima, Bogotá, 2004, p. 53.

⁴ Esto fue ya advertido por Kelsen, Kelsen, Hans, «La garantía jurisdiccional de la Constitución» (La justicia constitucional), en *Ius et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año V, N° 9, p. 40.

actuación en el ámbito de la realidad, de modo que en ella se respeten de manera efectiva los derechos fundamentales, en los cuales los poderes y entidades del Estado no solo encuentran sus verdaderos y auténticos límites, sino también su razón de ser. Por ello, el Estado y el ordenamiento jurídico todo se convierten en expresión del Estado constitucional.

Ahora bien, la Constitución recoge una serie de valores y principios del mismo rango, todos los cuales buscan su más alto grado de vigencia: *máxima optimización de los valores y principios constitucionales*. Ello quiere decir que todos los principios y valores constitucionales deben procurar alcanzar el máximo grado de contenido que estos puedan lograr, en su relación con los otros. En esta convivencia se debe evitar que por hacer respetar uno de ellos, alguno de los otros se vacíe de contenido⁵.

En ese sentido, ZAGREBELSKY señala que: «Si cada principio y valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos. Es el tema de conflicto de valores, que querríamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciabilidad. En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente. El imperativo teórico de no contradicción –válido para la *scientia iuris*– no debería obstaculizar la labor, propia de la *jurisprudencia*, de intentar realizar *positivamente* la ‘concordancia práctica’ de las diversidades e incluso de las contradicciones que, aun siendo tales en teoría, no por ello dejan de ser deseables en la práctica. ‘Positivamente’: no, por tanto, mediante la simple imputación de potencialidades constitucionales, sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declive conjunto»⁶. A esa compatibilidad entre todos los principios y valores constitucionales

⁵ Para un mayor detalle sobre ello, puede verse mi trabajo anterior: PRIORI POSADA, Giovanni, «Tribunal Constitucional versus Poder Judicial: ¿Desamparando al amparo? Debate sobre la política jurisdiccional del contra amparo», en *Themis – Revista de Derecho*, N° 55, 2008.

⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995, p. 16.

les es precisamente a lo que ZAGREBELSKY denomina *ductibilidad*, como característica propia del Estado constitucional⁷.

Ello tiene importantes consecuencias, cuando se descende a situaciones prácticas determinadas; así por ejemplo, la interpretación constitucional exige necesariamente una aproximación sistemática de ella, de modo que un principio o norma deben ser analizados en función de su relación con los demás. Por otro lado, a nivel argumentativo y de justificación, ello hace inaceptable la postulación de la defensa de un solo principio sin referencia los demás. De este modo, el Estado constitucional desafía fundamentalmente a los órganos que ejercen función jurisdiccional.

III. El rol del juez en el Estado constitucional

El Estado constitucional ha dado una gran apreciación a la labor y función que desempeña el Poder Judicial⁸. De esta manera, queda cada vez más lejos al punto de ser contraria a un Estado constitucional, la reduccionista idea del juez como boca de la ley de MONTESQUIEU. En nuestro tiempo actual, una idea como aquel histórico planteamiento francés, supondría admitir la sumisión del Poder Judicial al poder Legislativo, noción mucho más cercana a la idea de Estado de derecho, que aquella que corresponde a un Estado constitucional. Más bien, la concepción de que el Poder Judicial cumple un rol trascendental como garante de los diversos principios y valores constitucionales, hace, como bien señala Häberle, que en términos generales, todos los tribunales de la República sean considerados como auténticos *tribunales constitucionales*⁹.

De este modo entonces la propia labor del juzgador se considera en el Estado constitucional como sustancialmente distinta a la que tenía en el Estado de derecho. En efecto, en el Estado de derecho el caso sometido al Juez solo podía ser entendido con referencia a la

⁷ Esta expresión es propia de Gustavo ZAGREBELSKY y es precisamente la que da lugar al título de una de las obras más importantes en materia de teoría general del derecho y derecho constitucional escritas a fines del siglo XX. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995, p. 14.

⁸ HÄBERLE, Peter, *El estado constitucional*, UNAM y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 222.

⁹ HÄBERLE, Peter, *El estado constitucional*, UNAM y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 224.

norma jurídica, a cuyo supuesto de hecho debía necesariamente adecuarse, de modo que la solución es vista como resultado del silogismo realizado por el Juez en atención a la norma y al caso¹⁰. La referencia inmediata y necesaria para el Juzgador es pues, en el Estado de derecho, la ley; la única medida de la validez de sus decisiones es también ella. De este modo, la ley se le presenta al Juez como supuesto necesario y natural a su función, sin poder calificar su validez y sin importar la solución que dicte al caso concreto. En muchos casos, las tendencias positivistas, reducirían la función del juez a desentrañar la voluntad del legislador que se podría hallar tras de cada texto normativo.

En el Estado constitucional, el rol del Juzgador es absolutamente diferente. ZAGREBELSKY, sobre la diferencia del rol del juzgador en el Estado de derecho y el Estado constitucional indica que: «Allí [se refiere al Estado de derecho] era la ley la regla jurídica que contrastaba con las exigencias de regulación y nada podía impedir su aplicación. Operaba la máxima *dura lex sed lex*, que es la quintaesencia del positivismo acrítico. Hoy, por el contrario, la imposibilidad de alcanzar aquella composición abre una cuestión que no afecta ya a la interpretación de la ley, sino su validez. Las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben en el juicio constitucional al que la propia ley viene sometida»¹¹.

De este modo, ante todo y sobre todo está la Constitución. Ello supone que en cada uno de los casos que resuelve el juez debe hacer efectivos todos los principios y valores constitucionales que se hallan en juego. De este modo, si un Estado constitucional requiere que todos sus principios tengan una concreción en la realidad, es la función jurisdiccional la llamada a hacer que ello sea así. En esa labor con frecuencia el Juzgador identificará que los diversos valores y principios constitucionales se encuentran en conflicto, y en otros casos que incluso el legislador restringe un derecho fundamental. La restricción en sí no es inconstitucional, la restricción injustificada por constitu-

¹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995, p. 133.

¹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995, p. 34.

cional sí lo es. Para determinar ello se deberá aplicar el juicio de ponderación, que consiste en determinar¹²: (i) si la limitación del derecho fundamental tiene una finalidad constitucionalmente legítima; (ii) si esa es adecuada e idónea para la consecución de aquella finalidad que le sirve de sustento; (iii) si la limitación es necesaria, es decir, es la consecuencia de no existir un mecanismo menos gravoso y (iv) si la restricción es proporcional.

Es por ello que en un Estado constitucional la función de salvaguarda de la Constitución no solo se encuentra reservada al Tribunal Constitucional (en los Estados, como el Perú, en el que este existe), sino que cada uno de los jueces que conforman el Poder Judicial, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, tienen la trascendental labor de realizar los principios y los valores constitucionales.

Los casos que se le someten al Juez resultan ser por ello verdaderos desafíos al Estado constitucional, en el que este debe ser capaz de demostrar que la conjunción de todos los principios y valores que lo conforman son capaces de resolver el tema planteado. No nos referimos solo a las controversias que tienen materialmente un componente de derecho constitucional, sino todo tipo de controversias, en la medida que en todas ellas existe la posibilidad de que haya algún principio o valor constitucional comprometido. No solo son el Tribunal constitucional, ni los jueces constitucionales; sino también los jueces penales, civiles, comerciales, laborales o contenciosos administrativos, los llamados a hacer efectivos en los casos que resuelven los principios y valores constitucionales. Esos son los casos que desafían al Estado constitucional. El Juez por ello, habiendo comprendido el caso en su integridad, lo confronta con los principios constitucionales, luego confronta los principios constitucionales al caso, de modo que es necesario establecer ante todo qué principios constitucionales pueden encontrarse en juego en un caso concreto. En esa permanente confrontación que va del caso a los principios y de los principios a los casos, el juez evalúa también las demás normas jurídicas aplicables al caso, aprovechando la ocasión para someter en esa tarea también las

¹² PRIETO SANCHEZ, Luis, «La limitación de los derechos fundamentales», en *Pensamiento Constitucional*. Revista de la Maestría con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año VIII, N° 5, p. 78.

demás normas aplicables a un juicio de constitucionalidad. En ese sentido, la solución al caso debe ser ante todo y sobre todo constitucional, antes que legal, y en esa solución, la interpretación de la ley y de las demás normas jurídicas deben ser realizadas siempre conforme a la Constitución, al punto que de no hallar que la norma tenga un sentido constitucionalmente admisible, esa norma es inaplicable al caso concreto por infringir la Constitución.

La Constitución por ello no se le presenta al Juez ordinario en el Estado constitucional como una norma a la cual deba acudir de modo residual o contingente, sino que su análisis se convierte en presupuesto necesario de su procedimiento mental de análisis, justificación y resolución. En ese sentido, determinando cuáles son los principios o derechos que se encuentran en conflicto en el caso concreto, debe determinar si el conflicto representa también la colisión entre principios y valores constitucionales, a fin de ponderarlos en el caso concreto, y atendiendo la solución que para el caso establezca la ley, establecer si ella no supone infracción injustificada a principio constitucional alguno, caso en el cual dicta la solución que optimice de mejor modo a todos los valores constitucionales que se encuentran en juego en el caso concreto.

Toda esa labor se realiza al interior del proceso judicial, de modo que el proceso se convierte en el escenario en el cual el Estado constitucional se ve desafiado cotidianamente.

IV. Los valores constitucionales relativos a la potestad jurisdiccional

El Estado constitucional exige que se tengan en cuenta una serie de principios y valores establecidos en la Constitución, sin los cuales ninguna función estatal y ni siquiera el propio Estado tendrían sentido. Así, dentro emana directamente de la noción de Estado constitucional la protección de la dignidad de la persona humana establecido en el artículo 1 de la Constitución, así como los derechos fundamentales recogidos en su artículo 2. No pueden dejarse de mencionar la especial protección que reciben los niños, adolescentes, la madre y los ancianos en situación de abandono, de acuerdo a lo previsto en el artículo 4 de la Constitución. Dentro de esa misma línea el artículo 43 establece que es un deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. En esa línea queda claro entonces

que se reconocer ciertos valores que integran el contenido del Estado constitucional, en sentido material.

Por su parte, el artículo 51 de la Constitución reconoce sin dejar lugar a dudas que la Constitución prima sobre cualquier otra norma legal. Ello es principio del Estado constitucional en sentido formal.

En ese sentido, el artículo 138 de la Constitución establece que la potestad jurisdiccional emana del pueblo y que es ejercida conforme a la Constitución y a las leyes. Se establece con claridad entonces el límite en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en la Constitución, que a la vez le sirve de fuente. Por ello, apenas establece eso, la Constitución dispone de modo inmediato que si en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los jueces apreciasen la incompatibilidad entre la Constitución y cualquier otra norma, debe siempre preferir la Constitución. Con ello, nuestro texto constitucional no deja ninguna duda en el sentido que nuestros jueces son garantes del Estado constitucional. A ello, además debe sumarse el hecho que el artículo 200 de la Constitución le confiere al Poder Judicial la función de proteger los derechos fundamentales a través de los procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data, al ser los órganos ante los cuales se inicia estos procesos, y solo de manera especial y residual esta función corresponde al Tribunal Constitucional, cuando los derechos fundamentales no han encontrado protección en el Poder Judicial. Adicionalmente a ello, la Constitución confía al Poder Judicial la misión de controlar la constitucionalidad del actuar de la administración a través del proceso contencioso administrativo (artículo 148 de la Constitución) y a través del proceso de cumplimiento (artículo 200 de la Constitución). Como si ello fuera poco, es el llamado también a controlar el respeto del principio de supremacía normativa, al ser competente para conocer el proceso de acción popular, a través del cual todas las normas de rango inferior a la ley, pasan por el control de constitucionalidad exclusivo por parte del Poder Judicial.

Lamentablemente nuestra sociedad, nuestro propio Poder Judicial y ni siquiera el propio Tribunal Constitucional no han asumido conciencia de ese trascendente rol. Así, en nuestra práctica constitucional, los jueces siguen actuando como si estuviéramos en el Estado de derecho, siendo unos grandes servidores de la ley, antes que de la Constitución. Ello no solo aprecia por el sometimiento ciego a normas que muchas veces son claramente inconstitucionales, sino por la propia labor que desempeñan sus órganos de control, que antes de incentivar las

trascender
Judicial se
lo estableci
tante que c
tución inco
el propio T
ha reclama
constitucio
ejemplo de
Constituci
tad jurisdic
Para no ci
ocupado e
del Tribun
establecido
tación por
a respetar
boca de la
Esta deses
mente al T
adecuada

Sin P
nes que le
tado cons
ces al Po
tan impor
de garan
su misión

De e
tación es
ye el ejer
lo, la eje

Adi
fundam
es, la in

¹¹ Puc
¿Des
tra a

trascendentes y valientes decisiones por medio de las cuales el Poder Judicial se superpone al Poder Legislativo, las sanciona, por no respetar lo establecido expresamente en la Ley. Ni qué decir de la amenaza constante que constituye para nuestros jueces el delito de prevaricato, institución incongruente en el Estado constitucional. No solo ello, sino que el propio Tribunal Constitucional, con un desmedido apetito de poder, ha reclamado para sí de modo primordial la función de control de constitucionalidad, queriendo convertirse, como sucedería en el mejor ejemplo de Estado absolutista, como el único y superior intérprete de la Constitución, interfiriendo y alterando el ejercicio propio de la potestad jurisdiccional intentando someter al Poder Judicial a sus designios. Para no citar las innumerables sentencias de las cuales ya nos hemos ocupado en varios trabajos anteriores¹³, baste solo recordar la decisión del Tribunal Constitucional que establece que los precedentes vinculantes establecidos por él son reglas que no admiten ningún tipo de interpretación por parte de los jueces, a las cuales ello se encuentran obligados a respetar. El renacimiento de MONTESQUIEU: solo que el juez ya no es boca de la ley, sino boca de los precedentes del Tribunal Constitucional. Esta desesperación del Tribunal Constitucional por someter constantemente al Poder Judicial, lamentablemente no ha recibido de este una adecuada reacción.

Sin Poder Judicial, sin el cumplimiento adecuado de las funciones que le asigna la propia Constitución, no podríamos hablar de Estado constitucional. Es trascendente el rol que le corresponde entonces al Poder Judicial en el Estado constitucional. Para el ejercicio de tan importantes funciones, la propia Constitución establece una serie de garantías del Poder Judicial, necesarias para el cumplimiento de su misión y para admitir que estamos en un Estado constitucional.

De esta manera, el confuso inciso 1 del artículo 139 de la Constitución establece que solo aquellos a los que la Constitución les atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional puede hacerlo, y al hacerlo, la ejerce con todos los atributos que ella trae consigo.

Adicionalmente a ello, el inciso 2 establece como un principio fundamental, la independencia de los órganos jurisdiccionales, ello es, la independencia del resto de los poderes del Estado, incluido el

¹³ PRIORI POSADA, Giovanni, «Tribunal Constitucional versus Poder Judicial: ¿Desamparando al amparo? Debate sobre la política jurisdiccional del control amparo», en *Themis - Revista de Derecho*, N° 55, año 2008.

Tribunal Constitucional, y la independencia que los magistrados deben tener respecto de los estamentos internos del Poder Judicial. Por ello, el artículo 146 de la Constitución recuerda con claridad que la independencia supone que los jueces están solo sometidos a la Constitución y a la ley, pero, claro, en atención a lo previsto en el artículo 138, a la ley, solo en la medida que esta no infrinja la Constitución. Por ende, están sometidos solo a la Constitución. Y ello se debe a que precisamente la razón de ser la potestad jurisdiccional está indisolublemente ligada a la vigencia del Estado constitucional. De ahí que existan otras garantías de los jueces que se desprenden de ello, como son la inamovilidad de sus cargos, la permanencia en sus funciones y el contar con una remuneración adecuada, que les asegure un nivel de vida *digno de su función y jerarquía*. Es claro que si no valoramos adecuadamente el rol que cumple el Poder Judicial en el Estado constitucional, no solo tendremos un Estado constitucional disminuido, sino que los sueldos probablemente tengan un referente mucho menor del que deberían tener.

El inciso 7 se establece, además, la responsabilidad por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que puede llegar al resarcimiento de los daños y perjuicios.

En general, el artículo 139 de la Constitución establece una serie de otros principios y valores que atañen a la potestad jurisdiccional y, específicamente al proceso. Siendo el proceso el medio por el cual se ejerce la potestad jurisdiccional, es importante determinar cuáles son los principios constitucionales que lo informan.

V. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como principio constitucional rector del proceso

Al ser el proceso el medio a través del cual se ejerce la potestad jurisdiccional, el proceso debe asegurar que la jurisdicción cumpla el cometido constitucional, por ello, el principio central que rige al proceso es el de la tutela jurisdiccional efectiva.

Ya en otra sede hemos señalado que¹⁴ el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene todo sujeto de derechos de

¹⁴ PRIORI POSADA, Giovanni, «La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: Hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso», en *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 26.

acceder a una situación jurídica a través de un proceso que se expedirá en el ámbito de las competencias de condonación se garantiza cesarios par

Es por el rasgo esencial fuera efectivo expresado en la referencia de la al derecho a alguno puede garantice un plano de las consentir los Exp. N° 010

El profesor tutela jurisdiccional mero de ello derecho a la verdadera existencia quiere decir la jurisdicción retóricamente Efectividad mada al mismo una resolución re decir que

¹⁵ CHAMORRINO, p. 276.

¹⁶ Sentencia N° 015-2007-PA, p. 276.

¹⁷ CHAMORRINO, p. 276.

acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en derecho, que debe tener vigencia en el ámbito de la realidad. De este modo, en el caso de las sentencias de condena, estas podrán ser ejecutadas; en todos los demás casos, se garantiza que la sentencia despliegue todos los efectos que sean necesarios para poder brindar la satisfacción al derecho material.

Es por ello que la efectividad de la tutela jurisdiccional constituye el rasgo esencial de este derecho, de forma tal que una «tutela que no fuera efectiva, por definición, no sería tutela»¹⁵. En ese sentido se ha expresado el Tribunal Constitucional del Perú, al señalar que: «A diferencia de lo que sucede en otras constituciones, la nuestra no alude al derecho a la tutela jurisdiccional 'efectiva'. Sin embargo, en modo alguno puede concebirse que nuestra Carta Fundamental tan sólo garantice un proceso 'intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también (...) capaz de consentir los resultados alcanzados, con rapidez y efectividad' (STC Exp. N°. 010-2002-AI/TC)»¹⁶.

El profesor Francisco CHAMORRO explica que la efectividad de la tutela jurisdiccional puede ser entendida en dos sentidos. Según el primero de ellos, todas y cada una de las garantías que forman parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva deben tener una real y verdadera existencia. Por ello, el profesor español sostiene que: «efectividad quiere decir que el ciudadano tenga acceso real y no formal o teórico a la jurisdicción, al proceso y al recurso; que pueda defenderse real y no retóricamente, que no se le impongan impedimentos irrazonables a ello. Efectividad quiere decir que la persona afectada por un juicio sea llamada al mismo, efectividad quiere decir que no se hurte al ciudadano una resolución al amparo de formalismos exagerados; efectividad quiere decir que la resolución decida realmente el problema planteado (...)»¹⁷.

¹⁵ CHAMORRO BERNAL, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 276.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional dictada en los expedientes acumulados 015-2001-AI/TC; 016-2001-AI/TC; 004-2002-AI/TC

¹⁷ CHAMORRO BERNAL, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 276.

Según el segundo, la efectividad tiene que ver con la real y verdadera tutela que debe brindar el proceso a las situaciones jurídicas materiales amenazadas o lesionadas. Es decir, en este segundo sentido la tutela jurisdiccional efectiva tiene que ver directamente con el hecho que el proceso debe cumplir la finalidad a la que está llamado a cumplir. De esta manera, «No toda forma de tutela satisface el precepto constitucional; su actuación exige que el juez disponga de los instrumentos y de los poderes para hacer conseguir al interesado el bien de la vida (la utilidad) que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza. El principio de efectividad se vincula, entonces, a una concepción entre el derecho sustancial y procesal, porque la tutela jurisdiccional es indispensable para la actuación del derecho sustancial. El simple reconocimiento de una posición jurídica no es suficiente: la tutela jurisdiccional debe garantizarle su actuación»¹⁸. De esta manera, un diseño de tutela jurisdiccional inadecuado provocaría la insatisfacción del derecho material, es decir, su vulneración. En otras palabras una tutela jurisdiccional no efectiva provoca la ineficacia de la situación jurídica sustancial¹⁹.

De esta manera, la efectividad de la tutela jurisdiccional tiene que ver con la instrumentalidad misma del proceso, es decir, con la función que debe cumplir éste en el ordenamiento jurídico. En efecto, «el derecho procesal cumple una función instrumental esencial: (...) debe permitir que los derechos e intereses legítimos, garantizados por el derecho sustancial, sean tutelados y satisfechos. El principio de efectividad, en esa perspectiva, constituye un aspecto de la visión más general de la efectividad del ordenamiento jurídico, y en consecuencia es justificada

¹⁸ Traducción libre de: «(...) é indispensabile che la tutela giurisdizionale - dei diritti e degli interessi - sia effettiva. Non ogni forma di tutela soddisfa il precetto costituzionale, la sua attuazione esige che il giudice disponga degli strumenti e dei poteri per far conseguire all'interessato il bene della vita (l'utilità) che l'ordinamento riconosce e garantisce. Il principio di effettività si ricollega, dunque, ad una concezione unitaria dei rapporti tra diritto sostanziale e processuale, perché la tutela giurisdizionale é indispensabile per l'attuazione del diritto sostanziale. Il semplice riconoscimento di una posizione soggettiva non é sufficiente: la tutela giurisdizionale deve garantire l'attuazione». SICA, Marco, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti di urgenza nei confronti della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milán, 1991, p. 6.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Giuffrè, Milán, 1976, p. 6.

la afirmación se encuentra estrecha relación.

Con ello en el acceso llevado con desarrollo; sin allá de ello, dica materia está, en que cisco CHAMPA efectividad:

(i) La efectividad obtiene claro en el m además

(ii) La efectividad del órgano teado. rante cional, pendiente está, denan

(iii) La efectividad ma pla

²⁰ SICA, Marco, *Confrontación libre esencial derecho so prospecto dell'ordine alla tutela stretta c*
²¹ CHAMPA, pp. 277.

la afirmación según la cual el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se encuentra dentro de los principios supremos del ordenamiento, en estrecha relación con el principio de democracia»²⁰.

Con ello, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el acceso de los ciudadanos al proceso, ni en que el proceso sea llevado con todas y las más absolutas garantías previstas para su desarrollo; sino que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva va más allá de ello, y alcanza hasta la satisfacción plena de la situación jurídica material lesionada o amenazada en todos aquellos casos, claro está, en que se ampare la pretensión del demandante. Por ello, Francisco CHAMORRO²¹ sostiene que se puede hablar de cuatro grados de efectividad:

- (i) La efectividad de primer grado garantiza a los ciudadanos la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional. Queda claro entonces que la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el mero acceso y en el proceso debido; sino que se requiere además una respuesta del órgano jurisdiccional.
- (ii) La efectividad de segundo grado garantiza que la resolución del órgano jurisdiccional será una que resuelva el problema planteado. Sin embargo, esto no quiere decir que este derecho garantice a los ciudadanos un tipo especial de respuesta jurisdiccional, sino sólo que se resuelva el problema planteado independientemente de la respuesta que se dé, siempre que, claro está, dicha solución sea razonable y esté en armonía con el ordenamiento jurídico.
- (iii) La efectividad de tercer grado garantiza que la solución al problema planteado sea razonable y extraída del ordenamiento jurídico.

²⁰ SICA, Marco, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti di urgenza nei confronti della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milán, 1991, pp. 6-7. Traducción libre del texto: «El derecho procesual reveste una función instrumental esencial: (...) debe consentir que i diritti e gli interessi legittimi, garantiti dal diritto sostanziale, siano tutelati e soddisfatti. Il principio di effettività, in questa prospettiva, costituisce un aspetto del più generale profilo dell'effettività dell'ordinamento giuridico; è quindi giustificata la affermazione che il diritto alla tutela giurisdizionale rientra tra i principi supremi dell'ordinamento in stretta connessione col principio di democrazia».

²¹ CHAMORRO BERNAL, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 277-279.

- (iv) La efectividad de cuarto grado garantiza que la decisión adoptada por un órgano jurisdiccional será ejecutada.

La efectividad de la tutela jurisdiccional, entonces, no sólo reclama que todas y cada una de las garantías que forman parte de dicho derecho sean respetadas en el proceso en concreto, sino además, reclama que el proceso sea el instrumento adecuado para brindar una tutela real a las situaciones jurídicas materiales.

De este modo, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva reclama un proceso adecuado. Reclama del legislador que diseñe un proceso que lo respete y exige del juez corregir las imperfecciones del diseño del legislador, ejerciendo el control difuso de constitucionalidad de las leyes. De este modo, entonces, en el Estado constitucional, no solo es el legislador el llamado a hacer que el proceso respete el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sino que lo es principal y fundamentalmente el Juez. Es él a quien se le exige verificar que las previsiones normativas establecidas por el legislador respete las exigencias del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pero, además, es él a quien le compete hacer que a pesar de ser la previsión normativa acorde al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que dichas previsiones su actuación procure de mejor forma la protección de dicho derecho fundamental.

VI. El diseño del proceso en el Estado constitucional

Al ser el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva un derecho de contenido complejo integrado por una serie de otros valores y principios constitucionales, es importante partir de la idea de que el diseño de un proceso en el Estado constitucional debe ceñirse al irrestricto respecto a este derecho. En ese sentido²², no hay excepciones a la vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Sin embargo, es necesario tener en consideración el hecho que al estar integrado por una serie de principios y valores constitucionales, el proceso en el Estado constitucional debe estar diseñado de modo tal que todos esos derechos y principios constitucionales obtengan en ese diseño su máxima optimización en conjunto. En caso que,

²² En similar sentido se pronunciaba el profesor MORELLO, al señora que «no hay excepciones a la vigencia del proceso justo constitucional». MORELLO, Augusto M., *El proceso justo*, Editora Platense, Buenos Aires, 1998, p. 57.

ello no se
responda
máxima p

Ese es
ser el dere
nido comp
Pero esas t
esos princ
ponderaci
cenario en
la jurisdic
go de ser r
pone que
rechos. M
la defensa
un plazo
máximo p
el máxim
legislador
puede h

De n
se exige
tiva par
son llev
MORELL
exista m
ceso en

(i) Se
cac
ne

a.

²³ MOR
p. 13

ello no se logrará en un caso concreto, será el Juez, a quien le corresponda ponderar los principios en conflicto a fin de obtener la máxima protección de todos en conjunto, para el caso concreto.

Ese es el gran desafío del proceso en el Estado constitucional. Al ser el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva un derecho de contenido complejo el diseño del proceso supondrá constantes tensiones. Pero esas tensiones no deben ser resueltas con la protección de uno de esos principios en desmedro de los otros, sino más bien buscando la ponderación de todos. El proceso en el Estado constitucional es el escenario en el que todos los derechos que integran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva logran su máxima optimización. Con el riesgo de ser reiterativos, ponemos énfasis en *todos*. Ello no es fácil y supone que se aplique adecuadamente el test de ponderación de los derechos. Muchas veces por la protección de uno de ellos (por ejemplo, la defensa) se terminan sacrificando otros (por ejemplo el derecho a un plazo razonable). Ni solo uno ni solo el otro, sino los dos, en el máximo grado posible de vigencia, que permita a ambos convivir con el máximo desarrollo de sus potencialidades. Por ello, en esta sede, el legislador intenta, solo intenta un modelo, pero es el Juez, el único que puede hacer que en el caso concreto esta optimización se produzca.

De modo general, podemos decir que en el Estado constitucional se exige que el proceso brinde una protección idónea, oportuna y efectiva para la protección de las situaciones jurídicas que en concreto son llevadas al proceso. El proceso es el llamado, en palabras de MORELLO, no solo a que no exista una privación de justicia, sino, que exista más bien una efectiva prestación de justicia²³. Para ello, un proceso en el Estado constitucional, requiere que:

- (i) Se diseñe un proceso idóneo y especial para la protección de cada una de las necesidades de tutela de las diversas situaciones jurídicas. Ello requiere que el proceso se adecue a:
 - a. La naturaleza de cada situación jurídica de ventaja. En ese sentido, habrá que hacer un diseño procesal especial porque así lo requiera la especial naturaleza del derecho, atendiendo a si este es individual, colectivo o difuso. Incluso dentro de los

²³ MORELLO, Augusto M., *El proceso justo*, Editora Platense, Buenos Aires, 1998, p. 15.

- intereses individuales, es preciso distinguir entre el derecho al honor o al crédito, a la propiedad o la libertad.
- b. La naturaleza de la infracción de la situación jurídica de ventaja. Así, habrá que distinguir entre los procesos, en función de si lo que se requiere es una tutela preventiva o represiva.
- (ii) El proceso debe dar respuestas igualmente satisfactorias a quienes discuten sobre controversias de poco valor económico, que a aquellos que discuten sobre controversias de mayor valor económico. Si para ello, se hace necesario crear procesos diferentes, es necesario hacerlo, ya que las situaciones son objetivamente distintas. Por ejemplo, procesos más sencillos, rápidos y con un fácil acceso a los tribunales. Resulta absolutamente pertinente en esta sede la reflexión de Morello: ¡Cómo no ha de naufragar la gran tutela de los derechos si las pequeñas cosas (que son las que más estima la gente, porque las afectan de manera más directa y sitiante) se hallan en total orfandad (...)!²⁴ Aquí cobra importancia, por ejemplo, el sistema de protección de derechos al consumidor.
- (iii) Se debe permitir el libre acceso en condiciones de igualdad de todos los ciudadanos al proceso. Por ende:
- a. Los requisitos que se impongan para el acceso a la justicia deben justificarse porque con su exigencia se intenta proteger otro valor constitucional, sin embargo la exigencia debe ser, además, necesaria, proporcional y razonable.
 - b. El Juez debe ser un constante evaluador de las exigencias procesales de acceso, y debe ser estricto en su valoración constitucional, impidiendo la absurda e innecesaria restricción al acceso.
 - c. El requisito de acceso a la justicia previsto en la ley no es *per se* exigible, el Juez está obligado a controlar caso a caso su constitucionalidad.
 - d. La legitimidad para obrar es uno de los grandes temas de los que depende la efectiva tutela de los derechos²⁵, en especial,

²⁴ MORELLO, Augusto M., *El proceso justo*, Editora Platense, Buenos Aires, 1998, p. 11.

²⁵ MORELLO, Augusto M., *El proceso justo*, Editora Platense, Buenos Aires, 1998, p. 81.

los difusos y colectivos e, incluso, el control de constitucionalidad del ordenamiento. Por ende su evaluación debe necesariamente hacerse en función de libre acceso a la justicia, especialmente en los casos de intereses difusos y colectivos.

- (iv) El proceso debe ser tramitado necesariamente ante el Juez predeterminado por la ley. Esta exigencia que se encuentra prevista en nuestra Constitución de modo absolutamente claro en el artículo 139 inciso 3, supone:
 - a. Que las normas de competencia sean absolutamente claras para que su indeterminación no desvíen al ciudadano de un acceso sin barreras a la jurisdicción.
 - b. Para los casos en los que a pesar de haberse establecido con claridad las reglas de competencia, se produzcan conflictos, deben existir procedimientos claros y expeditivos para la solución del conflicto de competencia.
 - c. Debe preverse que en caso que la demanda sea planteada ante un Juez incompetente y la incompetencia sea manifiesta, sea el propio Juez el que remita el proceso ante el Juez que él considere competente.
 - d. Los órganos de apelación deben ser predeterminado, así como la manera de completar Salas en caso de impedimento o discordia.
 - e. No puede variarse anualmente la composición de los tribunales de segundo grado ni de la Suprema, en función del cambio del presidente de la Corte Superior o de la Corte Suprema.
- (v) En el proceso las partes deben tener igualdad en las posibilidades de alegación, prueba e impugnación.
- (vi) El derecho de defensa debe ser respetado de modo escrupuloso. Los límites que pueda imponerse a este derecho, deben pasar el examen de ponderación, por el que debe pasar toda restricción a un derecho fundamental, por ello:
 - a. Debe tenerse mucho cuidado con las preclusiones. El cierre para la etapa de alegación o prueba debe ser razonable, en el sentido, que solo se debe cerrar la etapa, cuando dejándola abierta, se puede lesionar otro derecho fundamental.

- b. Las restricciones que sufra el derecho de defensa en causas causales de contradicción, deben estar justificadas en el hecho que aquello que no sea posible de controvertir sea establecido o por la necesidad de urgencia de la tutela solicitada porque esa materia ya ha sido o será objeto de discusión en otro proceso.
 - c. No se puede dar el especial trámite del proceso de ejecución cualquier documento que la ley señale como tal, sino que solo aquellos que en razón de su naturaleza u origen hayan sido expedidos con ciertas garantías que realmente no permitan dudar de su certeza.
 - d. La regla general es que la controversia deba ser llevada al proceso de cognición, que es el que garantiza de mejor manera el derecho de defensa. Solo por razones justificadas de protección de otro valor o principio constitucional, debe darse el trámite del proceso de ejecución o urgencia.
- (vii) El diseño del proceso debe evitar *tiempos muertos*, de modo que el proceso se lleve a través de actos continuos, sin dilaciones y con concentración.
- (viii) El proceso debe estar diseñado de modo tal que dure lo necesario para que las partes puedan exponer sus razones y pruebas lo suficiente como para que el Juzgador se forme convicción y dicte una resolución oportuna.
- a. En ese sentido, los plazos procesales no deben ser arbitrarios, sino que se justifican en atención al ejercicio de los derechos constitucionales.
 - b. La actividad procesal innecesaria que no tenga por finalidad coadyuvar a los fines del proceso debe desaparecer. Un ejemplo de ello, es la participación del Ministerio Público en los procesos contenciosos administrativos.
 - c. Se debe regresar al proceso por audiencias.
 - d. Deben existir mecanismos idóneos de protección frente al ejercicio de mala fe de los derechos procesales.
- (ix) Las reglas procesales deben ser flexibles de modo que se respete el ejercicio pleno del íntegro de derechos procesales, más allá de las previsiones estáticas del legislador. En ese sentido, las

partes pueden disponer de ellas, si consideran que pueden adaptar ciertas reglas a las especiales necesidades de protección, o el Juez, siempre que respete el derecho de igualdad de las partes y justificadamente puede modificar alguna regla procesal.

- (x) Debe desecharse el formalismo en el proceso judicial.
 - a. Solo es posible una efectiva tutela jurisdiccional, en la medida que se erija el *antiformalismo* como principio fundamental del proceso. Las formas retrasan la justicia, impiden que esta se obtenga, y distrae a las partes y al juez en su real cometido de otorgar una efectiva tutela jurisdiccional.
 - b. Los requisitos formales ceden ante la necesidad de asegurar el ejercicio de los derechos que integran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.
 - c. La regla, por ende, debe ser la subsanabilidad de los defectos advertidos.
 - d. Dejar de lado la idea de que el respeto a las formalidades procesales es sinónimo del respeto a la tutela jurisdiccional efectiva.
- (xi) El sistema de impugnación debe respetar los demás principios y derechos fundamentales. En el caso peruano, la Constitución exige el doble grado de jurisdicción, sin embargo:
 - a. Debe revisarse la impugnabilidad de todas las demás resoluciones judiciales.
 - b. Debe derogarse el sistema de la apelación sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida.
 - c. Debe regularse la ejecución provisional de la sentencia, en los procesos se procure una sentencia de condena, siempre que con ello no se afecte otros derechos fundamentales.
- (xii) El recurso de casación debe permitir un control de constitucionalidad de las decisiones judiciales, de modo que se restrinja la posibilidad de acudir al amparo, del modo tan difundido como lo está hoy. Eso no quiere decir eliminar el amparo, sino simplemente, dosificarlo. Así, si la Corte Suprema es capaz de revisar la constitucionalidad de los fallos a través de la casación, bastaría que a partir de allí, se pueda acudir directamente al Tribunal Constitucional, sin necesidad de iniciar todo un nuevo proceso.

- (xiii) El diseño de un proceso de ejecución de resoluciones judiciales rápido y eficaz.
- (xiv) La regulación de medios de coerción que garanticen la efectividad de las sentencias de condena de obligaciones de hacer y de no hacer.
- (xv) La regulación de adecuadas medidas que garanticen la efectividad de todo tipo de sentencias. Ello se obtiene a través de una eficiente regulación de las medidas cautelares.
- (xvi) La previsión de mecanismos que garanticen el efectivo acceso de los terceros al proceso, en los casos en los que tengan un interés que se pueda ver o esté siendo afectado directa o indirectamente.
- (xvii) Un claro sistema de acumulación de pretensiones y procesos, que facilite la solución de la controversia, evitando que las exigencias formales innecesarias eviten la adecuada solución del caso.
- (xviii) La regulación de la prejudicialidad, que impida la consecución de procesos simultáneos no idénticos, que puedan generar fallos contradictorios.
 Establecer un sistema adecuado de protección de la cosa juzgada, que permita la pervivencia del fallo, frente a cualquier tipo de cuestionamiento directo o indirecto.
- (xix) La simplicidad de los procedimientos.
- (xx) Se debe hacer todo lo posible para evitar la más grande vergüenza por la que el proceso puede pasar: que luego de haber transcurrido por todo el procedimiento, se dicte una decisión incapaz de resolver el problema de fondo. Por ello, deben existir momentos al interior del proceso en los que se revise la validez de la relación procesal, a fin de no tener que hacerlo al final. Llegado el momento de dictar sentencia, el juez está obligado a dictarla, sin que ninguna exigencia formal o procesal de ningún tipo impida ello. La denegatoria de justicia solo puede estar justificada en la grave lesión de un derecho fundamental, bajo grave responsabilidad del Juzgador.
- (xxi) Solo es posible la validez de una sentencia debidamente fundamentada en el derecho y los hechos, con base a una adecuada valoración de la prueba.

(xxii) Libert
 nifica la
 miento
 la actu
 castran
 preclus
 interro
 con la
 meses
 lea las
 gados

(xxiii) Un e
 las gar

VII. Reflex

El Esta
 proceso, si
 desarrollar
 radical cas
 y magistra
 to antes.

(xxii) Libertad en el ofrecimiento y actuación de la prueba. Ello significa la no tipificación de los medios de prueba, ni el establecimiento legal del valor probatorio; tampoco la rigidez formal en la actuación de las pruebas. Por ello, resultan por lo demás castrantes del derecho fundamental a la prueba, las reglas preclusivas absurdas, como aquellas que exigen que el pliego interrogatorio de las partes y de los testigos sean presentados con la demanda, sabiendo que su actuación se realizará varios meses después; así como la rigidez que sea el propio juez el que lea las preguntas, y la restricción de las repreguntas de los abogados de las partes.

(xxiii) Un esquema procedimental que resume de manera adecuada las garantías y beneficios antes referidos, es el de la oralidad.

VII. Reflexión final

El Estado constitucional requiere no solo de un nuevo y distinto proceso, sino, además, de una forma diferente de estudiar, concebir y desarrollar un proceso. La internalización de esos valores supone un radical cambio que pasa por un cambio en la formación de abogados y magistrados, que mantenemos la esperanza que se produzca cuanto antes.