

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**LA REBELDÍA, PRESUNCIÓN LEGAL RELATIVA DE VERDAD  
Y LA POSIBILIDAD DE UNA DECISIÓN JUSTA EN EL  
PROCESO CIVIL PERUANO**

**Tesis para optar el título profesional de abogado**

**AUTOR**

Bach. Alfredo José Solórzano Casós.

**ASESOR**

Dr. Olegario David Florián Vigo.

**Trujillo - Perú  
2017**

«Aquellos que sueñan de día conocen muchas cosas que escapan a los que sueñan sólo de noche»

Egdar Allan Poe, *Eleonora, Obras en Prosa* (trad. Julio Cortázar).

«Una realidad de mandatos imperativos y ajenos a la cultura que la circunda corre el riesgo de convertirse en un cuerpo extraño no sólo para el pobre hombre corriente, sino también para toda la sociedad, porque se sitúa fuera de la historia, del fatigoso pero incesante devenir cotidiano que a todos afecta»

Paolo Grossi, *La primera lección de derecho*.

«El proceso debe ser un proceso idóneo para el ejercicio de los derechos: lo suficiente ágil como para no agotar por desaliento al actor y lo suficiente seguro como para no angustiar por restricción al demandado»

Eduardo Couture, *Estudios de Derecho Procesal*.

## DEDICATORIA

A Nila Violeta, quien me dio la vida, y sobre todo porque me enseñó a vivirla. Con todo mi amor, de su deudor sempiterno.

## AGRADECIMIENTO

Agradezco infinitamente a Dios, por permitirme ver la luz que ahora guía mi camino, así como a mi familia por su ciclópea paciencia y aliento infatigable.

Asimismo, a quienes fueron mis profesores: Marco Carbajal, David Florián y Antonio Escobedo.

Así como a mis entrañables amigos Olger Luján y Zain Cabrera. A todos los mencionados, por sus sólidos consejos, enseñanzas y discrepancias en su momento como estudiante de Derecho, y ahora indudablemente como futuro abogado.

Por último, a la asociación civil «Inquisitio Essentia Ius» de la Universidad Nacional de Trujillo, a cada uno de sus integrantes, en especial a los miembros del área de Derecho Civil & Procesal Civil, donde he tenido la gracia de pertenecer.

## PRESENTACIÓN

### Señores miembros del jurado:

En cumplimiento con las exigencias establecidas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego para la presentación, aprobación y sustentación de Tesis de la referida Facultad, presento ante ustedes el presente trabajo de investigación intitulado: «**LA REBELDÍA, PRESUNCIÓN LEGAL RELATIVA DE VERDAD Y LA POSIBILIDAD DE UNA DECISIÓN JUSTA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO**», el cual ha sido elaborado siguiendo los lineamientos metodológicos aplicables a la naturaleza propia de esta investigación.

Por tanto, dejo a su buen criterio la correspondiente evaluación de este trabajo, esperando que reúna los méritos suficientes para su oportuna aprobación. Aprovecho la oportunidad para expresarles las muestras de mi especial consideración y estima. Atentamente.

Trujillo, noviembre de 2017.

---

OLEGARIO DAVID FLORIÁN VIGO  
Asesor

---

ALFREDO JOSÉ SOLÓRZANO CASÓS  
Bachiller en Derecho y  
Ciencias Políticas

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación trata de analizar si la aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales de la denominada presunción legal relativa de la verdad de los hechos expuestos en la demanda, como consecuencia de la declaración de la rebeldía del demandado, posibilita la emisión de una decisión justa en el proceso civil, en consonancia con los lineamientos del Estado Constitucional de Derecho, y teniendo en consideración, que la finalidad inmediata del proceso civil peruano es hacer efectivos los derechos sustanciales de quien pide tutela jurisdiccional (art. III T.P. CPC/1993).

Para tal fin, nos hemos valido de la concepción que tiene el autor italiano Michele Taruffo sobre «decisión justa», y sobre las condiciones suficientes y necesarias para su emisión.

**Palabras clave:** rebeldía, presunción relativa de verdad, finalidad del proceso, decisión justa.

## ABSTRACT

The present research work tries to analyze if the application by the jurisdictional organs of the so-called legal relative presumption of the truth of the facts exposed in the application, as a consequence of the declaration of the defendant's default, makes possible the issuance of a decision fair in the civil process, in accordance with the guidelines of the Constitutional State of Law, and taking into consideration that the immediate finality of the Peruvian civil process is to make effective the substantial rights of those who request jurisdictional protection (article III TP CPC / 1993).

For this purpose, we have used the conception of the Italian author Michele Taruffo on "just decision", and on the sufficient and necessary conditions for its issuance.

**Keywords:** default, relative presumption of the truth, finality of the process, fair decision.

## ÍNDICE

DEDICATORIA.....	III
AGRADECIMIENTO.....	IV
PRESENTACIÓN.....	V
RESUMEN.....	VI
ABSTRACT.....	VII
<b>TÍTULO I:</b> .....	1
EL PROBLEMA.....	1
1. EL PROBLEMA.....	2
2. ENUNCIADO.....	9
3. HIPÓTESIS.....	9
4. VARIABLES.....	9
5. OBJETIVOS.....	10
<b>TÍTULO II:</b> .....	11
<b>MARCO TEÓRICO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO I:</b> .....	12
<b>PROCESO CIVIL Y CONSTITUCIÓN</b> .....	12
1. Introducción.....	13
2. Del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho.....	14
3. Fundamento del Estado Constitucional de Derecho.....	17
4. El Proceso.....	18
5. El fin y función del proceso civil.....	19
6. El binomio: Constitución-Proceso.....	25
7. La denominada «constitucionalización del derecho procesal».....	29
7.1. Nociones generales.....	29
7.2. Neoconstitucionalismo y neoprocesalismo.....	32
8. Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional.....	35
8.1. Breves apuntes sobre la tutela jurisdiccional.....	35
8.2. Origen.....	37
8.3. Titularidad.....	38

8.4. ¿Existe una tutela jurisdiccional efectiva «ex ante» e «intra» procesal?	39
8.5. La tutela jurisdiccional en el ordenamiento jurídico interno .....	41
8.6. Perspectivas esenciales de la tutela jurisdiccional.....	43
9. Derecho fundamental a un proceso justo .....	51
9.1. Breve reseña histórica del debido proceso.....	51
9.2. El derecho fundamental al debido proceso (o llamado también proceso justo) .....	56
9.3. Una discusión no muy difundida acerca del debido proceso en sede nacional .....	60
9.4. El debido proceso concebido como cláusula general procesal .....	64
9.6. La dicotomía entre las dimensiones del debido proceso .....	66
10. Relación existente entre tutela jurisdiccional y el debido proceso (proceso justo).....	71
11. Consideraciones finales .....	72
<b>CAPÍTULO II:</b> .....	74
<b>ALCANCES SOBRE PRUEBA, VERDAD Y DECISIÓN JUSTA EN EL PROCESO CIVIL</b> .....	74
I. Prueba y verdad en el proceso civil.....	75
1. Nociones elementales sobre la prueba judicial .....	75
2. Superación de la dicotomía entre verdad material y procesal.....	77
3. Distinción entre «verdad» y «certeza» .....	78
4. Concepciones sobre la función de la prueba .....	80
5. Limitaciones de la finalidad de la prueba.....	86
II. Presunciones y ficciones en el proceso civil .....	91
1. Etimología y breve relato histórico de las presunciones .....	91
2. Definición de presunción .....	92
3. Fundamento de las presunciones.....	95
4. ¿Las presunciones constituyen medios probatorios? .....	96
5. ¿Las presunciones normas materiales o procesales?.....	98
6. Indicio y prueba indiciaria .....	99
7. Relación existente entre presunción e indicio .....	101

8. Elementos o presupuestos de las presunciones .....	102
9. Clasificación de las presunciones .....	102
10. Definición de ficción jurídica .....	104
11. Diferencia y similitudes entre presunción «iure et de iure» y ficción legal.....	108
III. Proceso civil y decisión justa .....	111
1. La función del Juez.....	111
2. Proceso y decisión judicial .....	112
3. La motivación de resoluciones judiciales.....	114
4. Decisión justa .....	117
5. Decisión justa desde la perspectiva de Michele Taruffo.....	120
<b>CAPÍTULO III:</b> .....	126
<b>LA REBELDÍA EN EL PROCESO CIVIL</b> .....	126
1. Nociones preliminares.....	128
2. Antecedentes.....	128
2.1. Procedimiento civil en Roma .....	128
3. Teorías acerca de la naturaleza jurídica de la rebeldía .....	135
3.1. Teoría de la pena.....	135
3.2. Teoría de la renuncia.....	136
3.3. Teoría de la autodeterminación.....	137
3.4. Teoría de la inactividad .....	137
4. La rebeldía en las tres legislaciones procesales civiles: 1852, 1912, y 1993 .....	138
4.1. La rebeldía en el Código de Enjuiciamiento en materia civil de 1852 .	138
4.2. La rebeldía en el Código de Procedimientos Civiles de 1912 .....	142
4.3. La rebeldía en el Código Procesal Civil de 1993 .....	146
4.4. <i>Continúa:</i> la rebeldía en el CPC/1993. Crítica a Juan Monroy Gálvez.	152
5. La rebeldía.....	154
5.1. Rebeldía o contumacia: ¿una distinción relevante?.....	160
5.2. La rebeldía y la omisión específica de actos procesales.....	165
5.3. La rebeldía y sus efectos jurídicos.....	166

5.4. La rebeldía y la prueba del oficio .....	171
6. Sistemas de <i>ficta confessio</i> y <i>ficta litis contestatio</i> .....	174
6.1. Sistema de la <i>ficta confessio</i> o confesión tácita .....	175
6.2. Sistema de la <i>ficta litis contestatio</i> .....	176
6.3. El silencio en el proceso .....	178
7. Requisitos de la rebeldía .....	180
7.1. El demandado sea una persona determinada y cierta .....	180
7.2. El demandante haya señalado el domicilio del demandado .....	180
7.3. El demandado haya sido debidamente emplazado .....	183
8. Sobre la denominada «presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda» (art. 461 CPC/1993) .....	187
9. Excepciones de la aplicación de la presunción relativa de verdad .....	190
9.1. Cuando la demanda es contestada por uno de los emplazados .....	190
9.2. Cuando la pretensión se sustente en un derecho indisponible .....	192
9.3. Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, éste no fue acompañado a la demanda .....	199
9.4. El Juez declare, en resolución motivada, que no le producen convicción .....	200
10. ¿Otra excepción a la regla?: En los procesos relativos o conexos de expropiación .....	204
11. Presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en el acta de conciliación, según la Ley N° 26872 .....	206
12. Inaplicación de la «presunción relativa» de la verdad de los hechos expuestos en la solicitud de arbitraje .....	208
13. <i>Excursus</i> : artículos 507 y 508 del CPC ¿únicos supuestos de (sobre) protección al rebelde? .....	210
<b>CAPÍTULO IV</b> .....	<b>213</b>
<b>UNA MIRADA A LA REBELDÍA DESDE EL DERECHO COMPARADO</b> .....	<b>213</b>
I. Notas Introductorias .....	214
1. Modelo Portugués: <i>Código de Processo Civil</i> de 2013 .....	215
2. Modelo Italiano: <i>Codice di Procedura Civile</i> de 1940/1942 .....	218
3. Modelo Francés: <i>Code de Procédure Civile</i> de 1975 .....	219

4. Modelo Alemán: El ZPO o <i>Zivilprozessordnung</i> .....	220
5. Modelo Austriaco: El ZPO o <i>Zivilprozessordnung</i> .....	222
6. Modelo Español: Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC/2000) .....	224
7. Modelo Brasileiro: <i>Código de Processo Civil</i> de 2015 .....	226
8. Modelo Chileno: El Código de Procedimiento Civil de 1902 .....	228
9. Modelo Colombiano: Código General del Proceso de 2012/2016 .....	229
10. El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica .....	230
<b>TÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	231
1. TIPO DE INVESTIGACIÓN .....	232
2. MATERIAL Y PROCEDIMIENTOS .....	232
3. MÉTODOS:.....	232
4. TÉCNICAS .....	235
5. INSTRUMENTOS: .....	236
<b>TÍTULO IV: PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS</b> .....	237
RESULTADOS .....	238
DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS .....	245
<b>TÍTULO V: CONCLUSIONES</b> .....	249
CONCLUSIONES .....	250
<b>TÍTULO VI: ANEXOS</b> .....	253
BIBLIOGRAFÍA .....	259

**TÍTULO I:**  
**EL PROBLEMA**

## 1. EL PROBLEMA

### 1.1. Planteamiento del problema

Se entiende que el proceso es el *instrumento* para la satisfacción o reivindicación de los derechos intersubjetivos lesionados o en inminente amenaza de serlos, y es en tal razón que las personas —sean naturales o jurídicas, o entes colectivos— acuden al Estado, pues éste último al conferir la potestad a un sujeto independiente e imparcial le corresponde garantizar el otorgamiento de una tutela jurisdiccional efectiva, adecuada, y oportuna a los ciudadanos, o sea, solucionando o precaviendo un conflicto de intereses o simplemente erradicando una incertidumbre jurídica. Por tanto, tal sometimiento a la jurisdicción ordinaria, nos revela que las partes en un proceso asumen una condición en particular, la cual conlleva a una determinada situación jurídica activa y pasiva dentro del aquel, que bien podría denominarse en el plano instrumental, como una *situación jurídica de ventaja procesal* y una *situación de desventaja procesal*, respectivamente.

El demandante quien se encuentra en una situación jurídica de ventaja procesal, al afirmar los hechos *constitutivos* que configuran su pretensión o sus pretensiones materializadas en su demanda, tiene la carga de probarlo, siendo que esa equivalente carga le corresponderá al demandado que al encontrarse en una situación jurídica de desventaja procesal, *decidirá* oponerse o no a tales afirmaciones desplegadas por su adversario.

Si el demandado decide por lo primero, lo hará posiblemente alegando hechos *impeditivos*, *modificativos* o *extintivos* contenidos en sus escritos de

contestación de demanda, de excepciones o defensas previas, según sea el caso; no obstante, si opta por lo segundo, o sea, de no contestar la demanda en el plazo legal correspondiente o de hacerlo defectuosamente, sin subsanarlo después, el juez si más lo declarará en rebeldía durante todo el *iter* procesal.

Es así, que dicha situación jurídica procesal genera *per se* diversos efectos jurídicos, centrándonos en la presente investigación en uno en particular, a lo que el Código Procesal Civil de 1993 —en adelante, indistintamente CPC o CPC/1993—, ha denominado: «presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda».

En efecto, nuestro sistema procesal, en caso de rebeldía de la parte demandada<sup>1</sup> parece haber adoptado por el sistema de *ficta confessio* (o confesión tácita) o al menos, poseer en cierta forma algunos rasgos de aquel, es decir, que ante la no contestación de la demanda (o eventual reconvencción) por regla general podrá presumirse relativamente la veracidad de las alegaciones expuestas en la demanda (o eventual reconvencción), como puede apreciarse según lo estipulado por el artículo 461 del CPC.

No obstante, cuestión particular, es lo regulado por la Ley N° 26572 —Ley General de Arbitraje, modificada por el D. Leg. N° 1071, de fecha 28/06/2008—, por el cual, el tribunal arbitral no tendrá por aceptadas las alegaciones del demandante, si es que el emplazado no presentara su contestación de demanda arbitral en el plazo legal, continuándose con las actuaciones respectivas. En efecto, si nos remitimos al literal b) del artículo

---

<sup>1</sup> Se deja constancia de ello, por cuanto también existe rebeldía del demandante.

46 del mencionado cuerpo legislativo, verificamos que dicho dispositivo legal expresa lo siguiente: «*El demandado no presente su contestación en plazo, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere como una aceptación de las alegaciones del demandante*»; situación ésta que llama la atención, *máxime* si consideramos que el Código de Procedimientos Civiles de 1912, jamás reguló a la aludida institución jurídica como regla general, siendo nuestro Código Procesal Civil actual, el primero que la incorpora de tal forma, sin que el legislador haya expresado los fundamentos que expliquen tal tipificación, en razón de la inexistencia de una Exposición de Motivos Oficial que padece nuestro Código instrumental.

Siguiendo esta línea, no podemos dejar de advertir, que la parte procesal declarada en rebeldía que se incorpora al proceso se encontrará supeditada a una «presunción relativa» que en teoría deberá rebatir, toda vez que tal presunción legal al ser «relativa» y no absoluta, supone obviamente ser refutada con prueba en contrario; pero en el caso de la parte procesal declarada en rebeldía: ¿con qué pruebas podrá contradecir dicha presunción, si los medios probatorios ofrecidos por éste no se tendrán en cuenta por los órganos jurisdiccionales? Sobre el particular la procesalista ARIANO DEHO se interroga lo siguiente: ¿es razonable pensar que la “prueba en contrario” se encuentre entre —meramente— ofrecidas por el actor en su demanda? Puede ser, escribe la profesora san marquina, pero es un tanto improbable —acota— que el actor ofrezca pruebas que le perjudican<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> ARIANO DEHO Eugenia, *Hacia un Proceso Civil flexible. Críticas a las preclusiones del Código Procesal Civil de 1993*, 1º ed., Ara Editores, Lima, 2013, pp. 124-125.

Entonces, resulta de sumo interés, determinar si la aplicación de la referida «presunción» posibilita a los órganos jurisdiccionales la emisión de una decisión justa en el proceso civil peruano, más aún, si hoy en día, prevalece las ideas del *Estado social*, en que al Estado se le reconoce la función fundamental de promover la plena realización de los valores humanos, eso debe servir, de un lado, para mejorar la función jurisdiccional pacificadora como factor de eliminación de los conflictos que afligen las personas y les trae angustia; de otro, para advertir los responsables del sistema, cuanto la necesidad de hacer del proceso un *medio efectivo* para la *realización de la justicia*<sup>3</sup>, como moderadamente puede leerse en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

## 1.2. Orientación teórica

Es preciso señalar que el presente trabajo de investigación recoge el marco teórico del profesor italiano Michele TARUFFO, esencialmente, la manera cómo concibe el proceso civil y su finalidad en un Estado Constitucional de Derecho, así como la teorización que tiene él sobre la emisión de una «decisione giusta» (decisión justa) en el proceso civil actual.

En efecto, dicha monografía fue intitulada «*Idee per una teoria della decisione giusta*», publicada primigeniamente en la reconocida *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Cedam, Padua, junio, 1997, n° 2, pp. 315-328, y posteriormente en: *Sui Confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, 2002, pp. 219 y ss. (en esp. *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2006, pp. 199-208).

---

<sup>3</sup> CINTRA Antonio Carlos Araujo, DINAMARCO Cândido Rangel, y GRINOVER Ada Pellegrini, *Teoria Geral Do Processo*, 28<sup>va</sup> ed., Malheiros Editores, Brasil, 2012, p. 46.

### 1.3. Antecedentes del problema

A nivel local, tras visitas indagatorias a diversos repertorios de tesis de las universidades de ciudad de Trujillo, y algunas de la ciudad de Lima, se ha verificado que la presente tesis: «La rebeldía, presunción relativa de verdad y la posibilidad de una decisión justa en el proceso civil peruano» no ha sido materia de investigación.

En lo referente a trabajos bibliográficos a nivel nacional, se advierte que el presente tema de investigación no ha sido desarrollado en toda su amplitud o de manera profunda, pues tan solo existen comentarios o análisis de manera exegética del Código Procesal Civil vinculados al tema de la rebeldía en general; asimismo, existen algunos contados artículos publicados en revistas especializadas de Derecho, siendo los dos más resaltantes el publicado en el año 2008, en la Revista «Actualidad Jurídica» por el profesor Juan MORALES GODO, intitulado: «La rebeldía y sus consecuencias procesales», en donde desarrolla de manera breve los antecedentes, naturaleza jurídica, fundamentos, requisitos para declaración de rebeldía y los efectos de la declaración de rebeldía; así como el publicado en el año 2013, en la Revista «Gaceta Civil & Procesal Civil» por el profesor Sergio CASASSA CASANOVA, denominada «La rebeldía: ¿el que calla otorga?», en el cual analiza la rebeldía adhiriéndose a la tesis que asume la comparecencia del demandado como una carga que no limita la continuación del proceso; empero, manifiesta ciertos reparos acerca de cómo el Código Procesal Civil ha regulado las presunciones que la rebeldía genera en torno al momento en el que el juez debe formarse convicción sobre los hechos de la demanda. Finalmente, sostiene que no

obstante la declaración de rebeldía, el actor debe cumplir con probar su derecho pues de otro modo se desestimaría la demanda. Asimismo, encontramos trabajos monográficos que de manera transitoria hacen referencia a la rebeldía en el Proceso Civil peruano, como por ejemplo, es el libro denominado: «Hacia un Proceso Civil flexible. Críticas a las preclusiones del Código Procesal Civil de 1993», publicado en el año 2013, cuya autora es la profesora san marquina Eugenia ARIANO DEHO, donde efectúa fuertes críticas a las preclusiones del vigente Código Procesal Civil, y en la cual indudablemente se pronuncia sobre la *ficta confessio* derivada de la rebeldía demandado. Por último, manifestamos que, en el crepúsculo de la presente investigación, tomamos conocimiento de un importante e interesante trabajo de Mario MONROY PALACIOS, denominado *Apuntes sobre la rebeldía en el proceso civil peruano*, publicado en el 2017, en *Dialogo en la Jurisprudencia*, tomo n° 220, Lima, en el cual tal autor de pasada se pronuncia sobre la presunción legal relativa de verdad como consecuencia de la rebeldía, en el proceso civil peruano.

En sede foránea, el panorama es disímil, pues el presente trabajo de investigación ha sido estudiado de manera más profunda, por ejemplo, existe la tesis intitulada: «La pasividad del demandado en el proceso civil en la figura de la Rebeldía. Análisis comparado y revisión crítica» para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas Sociales, de la facultad de Derecho de la Universidad de Chile, elaborada por Constanza LAPOSTOL FORESTIER y Pabla PERELLO CARVALLO, en abril del año 2010, por el cual abarcan los efectos del silencio procesal o actitud no colaborativa de las partes en un proceso, para tal efecto, los mencionados coautores realizan un análisis de dicha institución jurídica procesal en el Derecho

Comparado, principalmente en los Estados Unidos de América y en España, para finalmente remitirse a su normatividad legal.

#### **1.4. Justificación del problema**

El presente trabajo de investigación es de enorme relevancia teórica y práctica. Lo primero ocurre, por cuanto la rebeldía o el efecto material que aquella trae consigo, ha sido escasamente estudiada en nuestro medio local. La rebeldía es una institución que deriva del Derecho Procesal, pero sin duda alguna, su estudio no se aleja ni un tanto del Derecho Constitucional, la Teoría del Derecho, así como de la Filosofía del Derecho, materias que, si bien tienen plena autonomía, todas ellas finalmente se complementan. Y lo segundo se da, pues a lo largo de la investigación, no sólo se analizará sucintamente la doctrina nacional y extranjera, sino las decisiones judiciales: la jurisprudencia (ejecutorias supremas, superiores y de primer grado) del derecho nacional.

Asimismo, la presente investigación tiene una justificación social, puesto que debemos tener presente que todas las decisiones judiciales —autos o sentencias— emitidas por los órganos jurisdiccionales, tienen gran impacto en el seno de nuestra comunidad, siendo justo y razonable que todas personas conozcan como los despachos judiciales resuelven determinados asuntos o materias civiles, y bajo qué criterios, generando de ésta manera predictibilidad en las resoluciones judiciales que ellos emiten, y por ende, seguridad jurídica, el cual constituye pilar fundamental en un Estado Constitucional de Derecho.

Y finalmente, la presente investigación tiene un interés académico-científico, ya que permitirá desarrollar al discente la capacidad de análisis e investigación propios de estudiante universitario. Además, dicha investigación (la cuál evidentemente por limitaciones temporales y bibliográficas, es provisoria) tiene por finalidad llamar la atención al poco interés que ha tenido la rebeldía y sus efectos dentro del ámbito nacional, pues su estudio, a nuestro modo de ver, constituye a todo justiciable, estudiante de derecho u operador jurídico (abogados, jueces y fiscales) de gran importancia en el proceso, y del resultado del mismo: la decisión judicial.

## **2. ENUNCIADO**

¿La aplicación de la presunción legal relativa de la verdad de los hechos expuestos en la demanda como consecuencia de la rebeldía, posibilita la emisión de una decisión justa en el proceso civil peruano?

## **3. HIPÓTESIS**

La aplicación de la presunción legal relativa de la verdad de los hechos expuestos en la demanda como consecuencia de la rebeldía, no posibilita la emisión de una decisión justa en el proceso civil peruano, por cuanto aquella es una ficción jurídica incompatible con los lineamientos del Estado Constitucional de Derecho.

## **4. VARIABLES**

**4.1.** Variable independiente: La emisión de una decisión justa.

**4.2.** Variable dependiente: La aplicación de la presunción legal relativa de la verdad de los hechos expuestos en la demanda como consecuencia de la rebeldía del proceso civil peruano.

## **5. OBJETIVOS**

### **5.1. GENERAL:**

- Determinar si la aplicación de la presunción legal relativa de la verdad de los hechos expuestos en la demanda como consecuencia de la rebeldía posibilita emitir una decisión justa en el proceso civil peruano.

### **5.2. ESPECÍFICOS:**

- Analizar en su amplitud la institución jurídica de la rebeldía.
- Estudiar la figura de la presunción legal relativa de la verdad de los hechos expuestos en la demanda derivada de la rebeldía.
- Explicar los alcances de una decisión justa.
- Realizar un estudio comparativo de las diversas legislaciones procesales civiles de ordenamientos jurídicos extranjeros en lo referente a su regulación de la rebeldía y sus consecuencias jurídicas.

**TÍTULO II:**  
**MARCO TEÓRICO**

**CAPÍTULO I:**  
**PROCESO CIVIL Y CONSTITUCIÓN**

## PROCESO CIVIL Y CONSTITUCIÓN

**SUMILLA:** 1.- Introducción. 2.- Del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho. 3.- Fundamento del Estado Constitucional de Derecho. 4.- El Proceso. 5.- El fin y función del proceso civil. 6.- El binomio: Constitución-Proceso. 7.- La denominada «constitucionalización del derecho procesal». 7.1.- Nociones generales. 7.2.- Neoconstitucionalismo y neoprocesalismo. 8.- Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional. 8.1.- Breves apuntes sobre la tutela jurisdiccional. 8.2.- Origen. 8.3.- Titularidad. 8.4.- ¿Existe una tutela jurisdiccional efectiva «ex ante» e «intra» procesal? 8.5.- La tutela jurisdiccional en el ordenamiento jurídico interno. 8.6.- Elementos o componentes esenciales de la tutela jurisdiccional. a) Adecuación (o idoneidad). b) oportunidad (o tempestividad). c) efectividad. 8.7.- El derecho a la tutela jurisdiccional en el Tribunal Constitucional. 9.- Derecho fundamental a un proceso justo. 9.1. Breve reseña histórica del debido proceso. 9.2. El derecho fundamental al debido proceso (o también proceso justo). 9.3.- Una discusión no muy difundida acerca el debido proceso en sede nacional. 9.4. El debido proceso concebido como cláusula general procesal. 9.5.- ¿Qué dice la Corte Suprema? 9.6.- La dicotomía entre las dimensiones del debido proceso. 9.6.1. Debido proceso sustantivo o material. 9.6.2. Debido proceso formal, adjetivo o judicial. 10.- Relación existente entre tutela jurisdiccional y debido proceso (proceso justo). 11.- Consideraciones finales.

### 1. Introducción

En principio, es conveniente tener un alcance sumario de aquel significativo tránsito que se generó del Estado de Derecho (s. XIX) al Estado de Derecho

Constitucional de Derecho actual, pues si bien su surgimiento se dio en países europeos, no demoró mucho en extenderse en países latinoamericanos.

## 2. Del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho

Podemos comenzar manifestando que el Estado de Derecho decimonónico (denominado también «Estado Legislativo de Derecho» o «Estado Legal»), consistía en el condicionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad, en el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley<sup>4</sup>, es decir, en aquellos tiempos imperaba con vigor el *principio de legalidad*, el cual, vale decir, significaba la sumisión de la Administración y del Juez a la ley, por cuanto norma general y abstracta y expresión de voluntad general, era también garantía de justicia<sup>5</sup>.

Sin embargo, posteriormente surgió el Estado Constitucional de Derecho, el cual postula la *supremacía política* de la Constitución y, derivadamente, su *supremacía jurídica* o *supralegalidad*<sup>6</sup>.

En ese sentido, si el Estado legislativo de derecho había supuesto la sumisión de la Administración y al Juez al Derecho, y en particular la ley, el Estado Constitucional de derecho supone que también el legislador viene sometido a Derecho, en este caso a la Constitución. Podría decirse, pues, que el Estado

---

<sup>4</sup> ZAGREBELSKY Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón A., 10ª ed., Trotta, Madrid, 2011, p. 23. Para mayor detalle, desde una perspectiva francesa, v. CHEVALLIER Jacques, *El Estado de Derecho*, 1º ed., trad. Oswaldo Pérez O., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

<sup>5</sup> GASCÓN ABELLÁN Marina, *El papel del Juez en el Estado de Derecho*. En: GASCÓN ABELLÁN Marina & GARCÍA FIGUEROA Alonso J., *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2015, p. 17.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 21-22. Refiere la autora que suele decirse que el Estado constitucional es un estadio más de la idea de Estado de derecho; o mejor, su culminación (*Ibid.*).

constitucional de derecho incorpora, *junto al principio de legalidad, el principio de constitucionalidad*<sup>7</sup>.

Ante el mencionado cambio paradigmático, esto es, del Estado Legislativo al Estado Constitucional de Derecho, pueden verse al menos tres alteraciones trascendentales.

El primer cambio que podemos encontrar, está referido a la *teoría de las normas*. Así, en el Estado Legislativo, se admitía que toda «norma» era sinónimo de «regla», y que los principios eran comprendidos como fundamentos para normas<sup>8</sup>, o más precisamente, como técnicas de integración de Derecho, pero jamás como normas; empero, hoy en el Estado Constitucional de Derecho, los principios pasan hacer una especie de normas jurídicas<sup>9</sup>. Por lo que, actualmente, se puede afirmar que la teoría de las normas se articula en dos grandes especies: las normas pueden ser encuadradas en principios y reglas<sup>10</sup>.

El segundo cambio, es en cuanto a la *técnica legislativa*, se pasa de una legislación redactada de forma *casuística* a una legislación en donde se mezcla la técnica casuística con la técnica *abierta*<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> *Ibíd.*

<sup>8</sup> MITIDIERO Daniel, *A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional*, Revista de Processo, Ano 39, v. 229, Março-2014, pp. 51-52, existe una versión en castellano, *La tutela de los derechos como fin del proceso civil en el Estado Constitucional*, trad. Renzo Cavani. En: MITIDIERO Daniel, *La justicia civil en el Estado Constitucional. Diálogos para un diagnóstico*, 1º ed., Palestra, Lima, 2016, 187-218. Véase, también en *Id*, *Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*, trad. Renzo Cavani, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 130-133.

<sup>9</sup> DIDIER Jr. Fredie, *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito procesual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v. I, 17ª ed., Editora Jus Podivm, Salvador, 2015, p. 41.

<sup>10</sup> En la doctrina brasileña se habla de «postulados normativos aplicativos». Sobre el particular, puede encontrarse en la obra del profesor ÁVILA Humberto, *Teoría de los principios*, 9ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2011. Para dicho autor, esta nueva categoría son normas inmediatamente metódicas que establecen los criterios de aplicación de otras normas situadas en el plano del objeto de la aplicación (*ibidem*, pp. 111-161).

<sup>11</sup> MITIDIERO Daniel, *A tutela dos direitos como fim do processo civil*, *ob. cit.* p. 52.

Finalmente, respecto al tercer cambio, ello ocurre con la *interpretación jurídica*, por cuanto en el Estado Legislativo, los términos «texto» y «norma» eran lo mismo, en cambio en el Estado Constitucional, ello queda atrás, entendiéndose por el primero el texto legal, y por el segundo el significado que se le atribuye a ese texto legal<sup>12</sup>.

En este orden ideas, compartimos lo señalado por FERRAJOLI<sup>13</sup>, cuando manifiesta que, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional garantista, la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> GUASTINI Riccardo, *Fuentes del Derecho. Fundamentos teóricos*, 1º ed., trad. Luis Cárdenas y César Moreno, Raguel, Lima, 2016, pp. 85 - 93.

<sup>13</sup> FERRAJOLI Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, 1º ed., Trotta, Madrid, 1999, p. 26. En extrema síntesis, el autor hace una crítica a la concepción («formal») entre los máximos teóricos del derecho (H. Kelsen, a H. Hart y N. Bobbio), refiriendo que ellos, identifican la validez de las normas (cual fuera su contenido), con su existencia o vigencia: o sea, con la pertenencia a un cierto ordenamiento, determinada por su conformidad con las normas que regulan su producción y que también pertenecen al mismo, cuando aquella, sólo guarda relación con la *forma* de los actos normativos, en cambio, la validez, según su concepción, está referida al *significado* o contenido, dependiendo de la coherencia con las *normas sustanciales* sobre su producción (*Ibidem*, pp. 20-22).

<sup>14</sup> *Ibid*, p. 26.

Por tanto, es indudable sostener que, la idea de que la función del juez residía en la mera aplicación de la ley, ha quedado ampliamente superada, así como la célebre frase de MONTESQUIEU, cuando señalaba que los jueces, «seres inanimados», eran: la boca que pronuncia las palabras de la ley («*la bouche qui prononce les paroles de la loi* »)<sup>15</sup>. Pues, como bien lo señala MARINONI, el Estado Constitucional de Derecho se caracteriza por la fuerza normativa de los derechos fundamentales, a los cuales están vinculados todos los actos del Poder Público, inclusive las decisiones judiciales y leyes, sometidas al control judicial<sup>16</sup>.

### 3. Fundamento del Estado Constitucional de Derecho

Podemos afirmar que el fundamento primordial del Estado Constitucional es la persona, o más en específico: su dignidad<sup>17</sup>, pues aquella, como lo señala Peter HÄBERLE, constituye la «premisa antropológico-cultural»<sup>18</sup>. Es por ello, que el art. 1 de la Constitución Política del Estado, expresa de manera categórica que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad<sup>19</sup>-<sup>20</sup> son el «fin supremo» de la sociedad y del Estado.

---

<sup>15</sup> Cfr. MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, t. I, versión castellana por Buenaventura Selva, Imprenta de Don Marcos Bueno, Madrid, 1845, p. 197.

<sup>16</sup> MARINONI Luiz G., *Introducción al Derecho Procesal Civil*, trad. Christian Delgado S., 1° ed., Palestra, Lima, 2015, p. 82.

<sup>17</sup> Cfr. HÄBERLE Peter, *El Estado Constitucional*, 1° ed. (1° reimp.) trad. Héctor Fix-Fierro, UNAM, 2003, p. 172.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, p. 14.

<sup>19</sup> Esta fue la novedad de la actual Constitución, pues la precedente Constitución (1979), no regulaba de manera expresa la defensa de la dignidad humana, tan sólo se limitaba en señalar en el art. 1: «La persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla»; sin embargo, con un nimio esfuerzo interpretativo, podía haberse llegado a la misma conclusión, por ésta inherente al ser humano.

<sup>20</sup> Sobre el particular, CAVANI refiere «[s]i es verdad que el modelo de Estado Constitucional tiene por fundamento la *dignidad*, por fines la *libertad* e *igualdad*, y, como medios para conseguir estos últimos, la *verdad* y la *seguridad jurídica*, entonces el proceso civil debe ser pensado a partir de la persona humana y no del Estado». CAVANI Renzo, *Comentarios al artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil*, en: CAVANI Renzo, *Código Procesal Civil comentado* (coord.), 1° ed., Gaceta jurídica, 2016, p. 37. Por su parte, BUSTAMANTE ALARCÓN Reynaldo, *Derechos fundamentales y proceso justo*, 2° ed., Ara Editores, Lima, p. 39, refiere que «(...) de la

#### 4. El Proceso

Clásicamente se entendía por proceso, a una serie de actos coordinados y regulados por el derecho procesal y a través de los cuales se verifica el ejercicio de la jurisdicción<sup>21</sup> o bien, como el conjunto de las actividades de los órganos jurisdiccionales y de las partes necesarias para el desenvolvimiento de la función civil<sup>22</sup>. Se dice con razón que lo aludido, constituye una lección vieja y conocida. Normalmente, esos actos que componen el proceso son designados como *actos procesales*<sup>23</sup>. El proceso es un «acto complejo», que se trata esencialmente de un acto jurídico cuyo soporte fáctico (entiéndase supuesto de hecho) es complejo y está conformado por varios actos jurídicos, es así que llegan a la conclusión que en tal acto complejo hay un *acto final* y los *actos condicionantes*, es decir, existe un supuesto condicionante para un resultado, y obviamente el resultado mismo<sup>24</sup>.

Así, el proceso civil contemporáneo, visto a través de los derechos fundamentales, tiene que ser un proceso de resultados; es decir, el proceso debe ser capaz de otorgar una tutela lo más próximo posible a las exigencias

---

supremacía de la dignidad humana derivan unos valores superiores (como la libertad, la igualdad y la justicia) y unos derechos, con sus correspondientes deberes, que son anteriores al ordenamiento jurídica político (pues al derivar de la naturaleza humana no están sujetos, ni pueden estarlo, a la voluntad de un individuo, de la sociedad o del Estado) por lo que tiene y deben tener propia fuerza normativa de la mayor jerarquía».

<sup>21</sup> CALAMANDREI Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, v. I, Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 319.

<sup>22</sup> UGO ROCCO *apud*. PARRA QUIJANO Jairo, *El Proceso. En Derecho Procesal Civil*, t. I, Temis S.A., Bogotá, 1992, p. 75. Entre nosotros, no hace mucho, el profesor MONROY GÁLVEZ ha referido que el proceso es la suma de una cuestión procesal principal, más cuestiones procesales incidentales (excepciones, tachas, medidas cautelares, entre otros): MONROY GÁLVEZ Juan F., *La Teoría de la Cuestión Procesal*, En: Ponencia disertada en el XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Cartagena-Colombia, 2014. Análogamente, véase también: MONROY PALACIOS Juan José, «Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano» en: Revista Oficial del Poder Judicial, vol. 1º, N° 1, Lima, 2007, pp. 293-308.

<sup>23</sup> DIDIER JR. Fredie & NOGUERIA Pedro Pedrosa, *Teoría de los hechos jurídicos procesales*, trad. Renzo Cavani, 1º ed., Ara Editores, Lima, 2015, p. 41.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

del derecho material. Existe, por tanto, un derecho que toda parte tiene a que el proceso satisfaga su necesidad de justicia trayendo un resultado en el plano de los hechos. Se trata del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva<sup>25</sup>.

## 5. El fin y función del proceso civil<sup>26</sup>

Es impresionante lo mucho que se ha escrito sobre el fin y la función del proceso civil, así como de las diversidades de teorías (y como éstas son concebidas) en torno a la naturaleza jurídica de aquel<sup>27</sup>. En efecto, basta remitirnos a cualquier reconocido Manual o Tratado de Derecho Procesal Civil, para darnos cuenta que algunos autores pretendían explicar que el fin del proceso oscilan entre cuestiones diferentes: saber si se trata de resolver un conflicto material (sociológico) o de actuar el derecho (jurídico); si se persigue un fin individual, solucionar un conflicto subjetivo, o un fin público, la actuación de ley, del derecho, y, en último término, los fines de este: paz, justicia<sup>28</sup>.

Por nuestra parte, nos evitaremos ese sinfín de disquisiciones teóricas de muchísimos autores que han escrito sobre el tema, para remitirnos a las

---

<sup>25</sup> CAVANI Renzo, *La nulidad en el proceso civil*, 1º ed., Palestra, Lima, 2014, p. 66.

<sup>26</sup> De manera previa a ingresar al discurso acerca de los fines y las funciones del proceso civil, es menester tener conocimiento qué se entiende por «fin» y por «función». Así tenemos, que según la DRAE, el primero significa «objeto o motivo con que se ejecuta algo», y segundo, «tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas».

<sup>27</sup> Si bien es cierto existe numerosas teorías dadas a lo largo de la historia, siendo las más conocidas las siguientes: (i) teoría contractualista de *litiscontestatio*, (ii) teoría cuasi contractualista de *litiscontestatio*, (iii) teoría de la relación jurídica (O. VON BÜLOW), (iii) de la situación jurídica (J. GOLDSCHMITH), (iv) de pluralidad de relaciones (F. CARNELUTTI); sin embargo, en pleno siglo XXI aún no se dado una respuesta suficientemente convincente sobre la naturaleza jurídica del proceso, tanto así, que no falta alguien, en señalar que el tema no tiene utilidad alguna: MONTERO AROCA Juan, *Introducción al Derecho Jurisdiccional peruano*, 1º ed., Enmarce E.I.R.L., Lima, 1999, p. 161 y ss.

<sup>28</sup> Cfr. VÉSCOVI Enrique, *Teoría General del Proceso*, 2ª ed., Temis, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1999, pp. 89 y ss.

enseñanzas del profesor italiano TARUFFO, para quien existen esencialmente dos fines en el proceso civil. El primero hace referencia que el proceso civil tiene como finalidad la mera solución de conflictos, y la segunda que, si bien la finalidad es la solución de conflictos, pero esta deba darse mediante la emisión de decisiones justas.

Es incuestionable que el citado autor, acoge la segunda de las dos posturas<sup>29</sup>, cuando señala:

No dudo, por tanto, que el proceso sea dispuesto para resolver controversias, y ni siquiera dudo que el proceso, para ser justo, deba incluir la actuación de todas las garantías fundamentales impuestas por los principios constitucionales: destaco antes bien que la cualidad de la decisión, y en particular la justicia de la misma, no puede sino entrar en la definición de las condiciones que deben concurrir para que un proceso sea definido como justo. Por un lado, de hecho, parecería difícil considerar justo un proceso que fuese sistemáticamente orientado a producir decisiones injustas, o que fuese sistemáticamente indiferente a la cualidad de las decisiones que de él resultan. Por otro lado, se debe evitar caer en el círculo vicioso consistente en el considerar *a priori* como justa cualquier decisión que derive de un proceso que se considera “procedimentalmente justo” (en el sentido de *procedural justice*) sólo porque en él se aplican las garantías procesales de las partes. En realidad un proceso “garantista”, en el cual por tanto las partes han podido ejercer adecuadamente todas sus defensas, puede perfectamente producir decisiones sustancialmente injustas, como la experiencia muestra cotidianamente, porque el juez se equivoca al interpretar o aplicar la ley o porque se producen errores en la determinación de los hechos, o por otras varias razones.

A párrafo seguido el mencionado autor, manifiesta:

Debido a que considero contrariamente que los procesos se hacen no con el mero fin de hacer procesos, sino con el fin de resolver controversias con decisiones justas, se deriva de ello que la justicia de la decisión es un factor determinante de la justicia del proceso<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> TARUFFO Michele, *¿Verdad Negociada?* En: Revista de Derecho, vol. XII, n° 1, julio, 2008, p. 135. Véase también: *Id. La Prueba*, 1° ed., trad. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 229-249; *Id. Simplemente la verdad*, 1° ed., trad. Daniela Accatino Scagliotti, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 140-148.

<sup>30</sup> *Ídem*.

En esta perspectiva, ORTELLS RAMOS acota que la elección por una de estas dos posibilidades incide, decisivamente, en la apreciación de la eficiencia. Si se tratara solamente de restablecer la paz social, resolviendo los conflictos, la eficiencia dependería estrictamente de la minimización de los factores de tiempo y de coste. Sin llegar a la «optimización» de estos factores que se conseguiría haciendo depender el resultado del proceso de un juego de azar —paradigma que Rawls utilizó para ilustrar el concepto de la «justicia procesal pura»—, sí que podríamos decir que la eficiencia dependería del tiempo y del coste imprescindibles para cumplir en esencia las garantías procesales fundamentales. Si la opción debe ser la segunda —«paz con justicia», según la feliz expresión carneltuttiana— la apreciación se torna más compleja, porque la eficiencia no sólo está ligada a la menor duración y al menor coste, sino a una razonable calidad del resultado del proceso, lo que justifica —hace eficiente— determinada aplicación de tiempo y de dinero más allá de lo que vendría estrictamente impuesto por un mínimo respeto a las garantías procesales fundamentales<sup>31</sup>.

Así, Leonardo GRECO, parece adoptar por la segunda posición antes expuesta, cuando refiere que, si los derechos resultan de los hechos, la búsqueda de la verdad en el proceso no torna al proceso necesariamente en autoritario. Al contrario, la eficacia de los derechos de los ciudadanos solamente será real si la justicia es capaz de revelar con seguridad la verdad de los hechos de los cuales ellos resultan. Ahora bien, el proceso no es un

---

<sup>31</sup> ORTELLS RAMOS Manuel, *Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil*. En: Revista *Ius et Praxis*, Año 16, N° 1, 2010, pp. 425-426. Cabe agregar, que ORTELLS RAMOS prefiere atenerse a la idea de que «la calidad del resultado del proceso civil consiste en: a) el acierto del juicio de hecho, lo que requiere suficientes posibilidades de aportación de hechos relevantes y de prueba de los mismos; b) el acierto del juicio de Derecho, que depende de la formación jurídica del juez y de una suficiente posibilidad de debate sobre los aspectos jurídicos. Condicionante común de estos aciertos lo es una suficiente posibilidad de reflexión en el momento del enjuiciamiento».

juego de astucias, sino un procedimiento arduo y serio que debe conseguir aproximarse lo más posible a la revelación de la verdad como ella es, porque solamente así se podrá determinar quién tiene la razón y consecuentemente tutelar sus intereses<sup>32</sup>.

De igual perspectiva que el anterior autor, es Oliviero MAZZA, quien manifiesta que el fin del proceso sólo puede ser el de la búsqueda de la verdad y la decisión justa, en la que se reflexiona que el ideal de justicia es sólo la que contiene la reconstrucción de la verdad judicial basada en pruebas obtenidas a través del respeto del principio de contradictorio<sup>33</sup>. Sobre la teorización de la «decisión justa» en la perspectiva de Michele TARUFFO, de quien como sabemos nos respaldaremos en la presente investigación, volveremos más adelante.

En este momento, nos importa conocer (o al menos intentar conocer) cuál es la finalidad del proceso civil peruano, tomando como base el Derecho positivo, y la jurisprudencia nacional. Ello indudablemente, no resulta una tarea fácil.

Así las cosas, en principio, resulta menester remitirnos al art. III del Título Preliminar del Código Procesal Civil de 1993, que a la letra señala:

Art. III.- Fines del proceso e integración de la norma procesal. El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia (...).

---

<sup>32</sup> GRECO Leonardo, *Publicismo e privatismo no processo civil*. En: Revista de processo, v. 33, N° 164, out/2008, Revista dos Tribunais, pp. 45-46.

<sup>33</sup> MAZZA Oliviero, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 6-7.

De conformidad al dispositivo legal transcrito, que dicho sea de paso, ha sido susceptible de traer muchas lecturas, por cierto, no muy positivas<sup>34</sup>, podemos extraer una significativa y consistente idea: la coexistencia o confluencia de dos fines en el proceso civil patrio: (i) finalidad concreta (o inmediata) que vendría a ser la resolución de conflictos de intereses o eliminación de una incertidumbre jurídica, «haciendo efectivos los derechos sustanciales». (ii) finalidad abstracta (mediata) lograr la «paz social en justicia».

Nosotros creemos que dichas finalidades, están en una misma dimensión o en un similar plano, y que ninguna de ellas, es más trascendental que la otra. Así, concordamos con COUTURE, cuando señalaba que «el interés de la colectividad no procede al interés privado, sino que se halla en idéntico plano que éste. El Estado no tiene en el proceso un interés superior a la suma de los intereses individuales»<sup>35</sup>.

Ahora bien, pasando al plano jurisprudencial nacional, reparamos que, en una interesante sentencia emitida por la Corte Suprema, se prescribió que:

La finalidad concreta del proceso es resolver el conflicto de intereses que tiene como correlato la búsqueda la verdad histórica o real más que la verdad legal<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Así, ARIANO DEHO Eugenia, *Un Código de fin de siglo: El Código Procesal Civil Peruano de 1993*. En: *Problemas del Proceso Civil*, 1º ed., Jurista Editores, Lima, 2003, p. 4, al comentar dicho dispositivo legal, refiere que dichas declaraciones principistas que verían el proceso como *instrumento-garantía* de protección de los derechos sustanciales; sin embargo, después –siguiendo a (SPRUNG, *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, Riv. Dir. Proc. 1979)– hace notar que el término «lograr la paz social en justicia» se enmarcaría en el mito «kleiniano» de ver que el proceso es un fenómeno social de masas y que debe ser regulado cual instituto de bienestar, bajo la premisa de que las controversias son «males sociales relacionadas con pérdida de tiempo, dispendio de dinero, indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, fomento del odio y de la ira entre las partes litigantes y de otras pasiones fatales para la convivencia de la sociedad», por lo cual «la sociedad tiene un gran interés en sanar lo más rápido posible tales heridas sobre su propio cuerpo». En tal línea de pensamiento el proceso «instituto de derecho público» debe asegurar que sean satisfechos no sólo los intereses privados de las partes, sino primordialmente «los más altos valores sociales».

<sup>35</sup> COUTURE Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., Montevideo - Buenos Aires, B de f, 2002, p. 119.

<sup>36</sup> Cas. N° 315-96-Junín (*El Peruano*, 23 de abril de 1998, p. 753).

Asimismo, recientemente el máximo órgano judicial en materia civil, apuntó:

Que, bajo esa línea de argumentación, el Juez durante el desarrollo del proceso puede realizar diligencias necesarias para la obtención de la verdad material, en el caso concreto (...) el juez en su afán de llegar a la verdad real frente a la verdad formal, tiene la facultad, conforme a lo dispuesto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, de recurrir a los principios generales del derecho a fin de lograr la paz social en justicia<sup>37</sup>.

Dichas decisiones judiciales (más allá de las desatinadas distinciones entre «verdad histórica o real» y «verdad legal» o «verdad formal», que se verá más adelante) nos trata de expresar algo muy valioso: el fin concreto del proceso civil peruano, es la resolución de controversias jurídicas, como correspondencia o relación recíproca, y no podría ser de otra manera, la búsqueda de la «verdad».

Y lo manifestado anteriormente, es sin duda, lógico y coherente, pues, la única manera de concebir un proceso civil que haga efectivos los derechos sustanciales o materiales (art. III del T.P. del CPC), es que en aquel se trate en la medida de lo posible —reconociendo por supuesto, los límites probatorios que ello implica— acercarse a la verdad de los enunciados fácticos expuestos por quien solicita tutela jurisdiccional, y para ello, naturalmente resulta necesario no sólo un proceso justo —en resguardo irrestricto de las garantías fundamentales procesales—, sino además, que el resultado final, de tal procedimiento, sea catalogado como una decisión justa. De tal suerte, que la finalidad abstracta del proceso civil peruano, también se vería realizada.

---

<sup>37</sup> Cas. N° 1688-2016-Lima (*El Peruano*, 02 de octubre de 2017, p. 97422-97425).

## 6. El binomio: Constitución-Proceso

Actualmente, es totalmente correcto afirmar que Constitución y Proceso, resultan dos términos indisolubles. El profesor Cândido DINAMARCO, manifestaba que la visión analítica de las relaciones entre proceso y Constitución revela al estudioso dos sentidos vectoriales: a) en el sentido Constitución-proceso, en el cual está la *tutela constitucional* de éste y de los principios que deben regirlo, elevados al plano constitucional; b) en el sentido proceso-Constitución, la llamada *jurisdicción constitucional*, destinada al control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos, y la preservación de las garantías ofrecidas por la Constitución (*jurisdicción constitucional de las libertades*), así como toda la idea de instrumentalidad procesal en sí misma, que presenta establecido para la realización del ordenamiento jurídico-constitucional<sup>38</sup>. Lo que nos interesa abordar en este espacio, es el primero de aquellos sentidos.

En ese sentido, la tutela constitucional del proceso es representada por los principios y garantías que, provienen de la Constitución, dictan padrones políticos de la vida de aquel. Se trata de imperativos cuya observancia es empeño de la fidelidad del sistema procesal al orden político-constitucional del país<sup>39</sup>.

Así vistas las cosas, no hay forma de concebir a un proceso sin contradictorio<sup>40</sup>, es decir, que antes de la emisión de una decisión judicial, se

---

<sup>38</sup> DINAMARCO Cândido Rangel, *Instrumentalidad del proceso*, 1º ed., Communitas, Lima, 2009, p. 33.

<sup>39</sup> DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 7ª ed., Malheiros Editores, Brasil, 2013, p. 194.

<sup>40</sup> Entre nosotros, existe una interesante obra: ALFARO VALVERDE Luis G. *El Principio de audiencia. Evolución e influencia en el Proceso Civil*, 1º ed., Bosch, Barcelona, 2014. Este autor, refiere que «[...] la noción sustancial del principio de audiencia, acorde [a] una visión de Estado Constitucional [...] implica que toda decisión debe estar precedida del ejercicio efectivo del

otorgue la posibilidad eminente al adversario (sea demandante o demandado, ejecutante o ejecutado) la elección de efectuar o no sus alegaciones o medios de defensa (réplicas, descargos). De ahí, que se mencione que, para la emisión de una decisión justa, resulta necesario respetarse el derecho al contradictorio.

Es por ello, que no le faltaba razón a Piero CALAMANDREI, cuando hace más de seis décadas, esto es, en el año 1952, en un cursillo desarrollado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), a través de seis conferencias, manifestaba con firmeza, que el proceso moderno responde a principios constitucionales de los nuevos ordenamientos democráticos, siendo que las dos partes son indispensables, es en tal razón, que «el principio fundamental del proceso, su fuerza motriz, su garantía suprema, es el “principio del contradictorio”: *audiatur et altera pars; nemo potest inauditus dammari*»<sup>41</sup>.

---

principio de audiencia, incluso, sobre todo respecto aquellas potestades o iniciativas que muchos ordenamientos reconocen al juez (*ex officio*); no concibiéndose su utilización sin que previamente se haya escuchado a las partes, descartando con ello las “decisiones-sorpresa” o de tercera vía (*terza via*)» (*Ibidem* pp. 97-98). Sobre éste último tema: prohibición de las «decisiones sorpresa» o *terza via*, v. CAVANI Renzo, *La nulidad en el proceso civil, ob. cit.*, p. 491 y ss. En sede brasileña, véase a MITIDIERO Daniel, *Colaboración en el Proceso Civil*, trad. Juan J. Monroy Palacios, Communitas, Lima, 2009, pp. 175 y ss.

<sup>41</sup> CALAMANDREI Piero, *Proceso y Democracia*, trad. Héctor Fix-Zamudio, Ejea, Buenos Aires, 1960, p. 148. Dicho principio de contradicción, no sólo ha llamado fuertemente la atención a destacados procesalistas, sino también a importantes civilistas. Por citar uno de ellos, Karl LARENZ, quien manifestaba que una de las condiciones fundamentales del proceso *fair*, a parte del principio de imparcialidad, es el de contradicción. Dicho autor alemán, refería con claridad, que dicho principio significa que el juez debe oír a las partes; que hay que dar a cada parte la ocasión de tomar posición respecto de todas las manifestaciones de la parte contraria, de alegar todo lo que según su opinión sea pertinente en el asunto y de explicar el juicio jurídico que en su opinión hay que formular. Sólo cuando cada parte ha tenido esta posibilidad y ha hecho uso adecuado de ella puede considerarse cierto que el tribunal no ha pasado por alto ningún dato de importancia para la decisión, ni ningún punto de vista jurídico que en opinión de las partes sea significativo, adquiere un cuadro completo de la situación y logra una sentencia justa o por lo menos acertada en el sentido del Derecho vigente. Para dicho autor, el principio de contradicción se compone de dos aspectos, uno estricto y otro amplio. Para más detalle: Cfr. LARENZ Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, 1° ed. (1° reimp. 1985) trad. Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1993, p. 186 y ss.

En efecto, para el profesor de Florencia, dicho principio «es indispensable en el proceso, no para exacerbar la litigiosidad de las partes o para dar oportunidad a los abogados para hacer ostentación de su elocuencia, sino en interés de la justicia y del juez, ya que precisamente en la contraposición dialéctica de las defensas contrarias encuentra fácilmente el medio más adecuado para descubrir toda la verdad, iluminada bajo sus más diversos aspectos»<sup>42</sup>.

Dicha idea, fue consolidada por su connacional Elio FAZZALARI, cuando afirmaba que el proceso es un procedimiento en el cual participan (están habilitados a participar) aquellos en cuya esfera jurídica el acto final está destinado a desplegar efectos: en contradictorio, y de modo que el demandante del acto no pueda obliterar sus actividades<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> CALAMANDREI Piero, *Proceso y Democracia*, ob. cit., p. 150. Debemos tener en cuenta que Calamandrei, esbozaba el carácter *dialéctico* del proceso, cuando manifestaba que «[e]l proceso no es un monólogo sino un diálogo, una conversación, un cambio de proposiciones, de respuestas y de réplicas, un cruzamiento de acciones y reacciones, de estímulos y de contraestímulos, de ataques y de contraataques”, es decir, “que la voluntad del juez no tiene ya, en ningún caso, el carácter de soberanía absoluta, sino que está siempre condicionada (inclusive en el proceso penal) a la voluntad y al comportamiento de las partes, es decir, a la iniciativa, al estímulo, a la resistencia o a la aquiescencia de las mismas. Y lo mismo puede decirse para cada de unas de las partes, cuya voluntad y actividad se plasman y se adecuan en todo momento del proceso a los estímulos provocados por la conducta del juez y de su contraparte” *Ibidem* p. 131-132. Para ahondar más en la idea del profesor de Florencia, respecto al principio de dialecticidad (*principio di dialetticità*), véase: CALAMANDREI Piero, *Il processo come giuoco*, en: *Opere giuridiche*, a cura di CAPPELLETTI Mauro, vol. I, Morano, Napoli, 1965, pp. 537-562. En sede latinoamérica, COUTURE, refería que «[e]l proceso es, en último término, una lucha dialéctica» En: AA.VV. *Estudios de Derecho procesal en honor a Hugo ALSINA*, Ediar S. A., 1946, pp. 158-173.

<sup>43</sup> FAZZALARI Elio, *Istituzioni di Diritto Processuale*, Padua, Cedam, 1975, existe una versión portuguesa, la cual se tuvo a la vista: *Instituições de Direito Processual*, 1º ed., trad. Elaine Naddif, Bookseller, 2006, pp. 118-119. Esa misma idea, ya lo esbozaba años anteriores, cuando manifestaba que existe proceso cuando en el *iter* de formación de un acto hay contradictorio, es decir, se permite a más interesados a participar en la fase de reconocimiento de los supuestos en pie de mutua y simétrica igualdad de participar en actividades en cual el demandante debe tener en cuenta, cuyos resultados, es decir él puede incumplir, pero no obliterar: Fazzalari Elio, *Diffusione del processo e compiti della doctrina*, En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958, p. 869.

Todo lo manifestado hasta el momento, nos conlleva a concluir provisionalmente que, en todo proceso judicial debe tratarse de respetar todas las garantías procesales y tener una visión o perspectiva constitucional de las normas procesales. Lo contrario implicaría repudiar el carácter *instrumental* que tiene el proceso, y contrariar el fin teleológico de aquel.

Efectivamente, una vez superada la fase *conceptual* del derecho procesal civil y no más siendo objeto de preocupación su autonomía ni prevaleciendo la visión interna del sistema, cada vez más nítida se torna la necesidad de encarar al proceso desde una perspectiva teleológica, instrumentalista, con el reconocimiento de su importancia misión de cara a la sociedad y a sus instituciones políticas<sup>44</sup>.

En ese sentido, para PROTO PISANI, el proceso asume una función instrumental respecto al derecho sustancial, en cuanto busca asegurar las mismas utilidades garantizadas por el derecho sustancial al titular del derecho<sup>45</sup>. En esa misma perspectiva, ALVARO DE OLIVEIRA, manifestaba que se hace necesario reconocer la indispensabilidad del derecho material para el derecho procesal, en el sentido que este último no tendría razón de ser o ni siquiera posibilidad de existir si no contase con el derecho material. Al mismo tiempo, y correlativamente, sin el derecho procesal no podría existir un ordenamiento que es caracterizado por la prohibición de auto tutela<sup>46</sup>.

Entonces, hablar sobre el tema de la instrumentalidad del proceso o de su efectividad significa, hablar de aquel como algo puesto a disposición de las

---

<sup>44</sup> DINAMARCO Cándido Rangel, *Instrumentalidad del proceso*, ob. cit., pp. 524-525.

<sup>45</sup> Cfr. PROTO PISANI Andrea, *Derecho sustancial y proceso*, trad. Chiara Marinelli. En: *La Tutela Jurisdiccional*, 1<sup>era</sup> Ed., trad. Eugenia ARIANO et al., Palestra, Lima, 2014, p. 54.

<sup>46</sup> ALVARO DE OLIVEIRA Carlos A., *Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional*, 1<sup>o</sup> ed., trad. Juan J. Monroy Palacios, Communitas, Lima, 2008, p 258.

personas con miras a hacerlas más felices (o menos infelices), mediante la eliminación de los conflictos que las involucran con decisiones justas<sup>47</sup>.

Por tal motivo, creemos que hasta en la actualidad aún sigue (o debe seguir) vigente entre nosotros la reconocida e inmortal frase chiovendana, que reza así: «el proceso debe dar, en cuanto sea posible prácticamente, a quien tiene un derecho todo aquello y precisamente aquello que él tiene derecho de conseguir»<sup>48</sup>.

## 7. La denominada «constitucionalización del derecho procesal»

### 7.1. Nociones generales

El desarrollo y evolución del proceso y la necesidad de otorgar garantías a las partes con respaldo constitucional ha permitido el nacimiento de la denominada *constitucionalización* de la ciencia procesal<sup>49</sup>, pues dicha idea se va germinando como una necesidad y una natural consecuencia a través de la construcción de un principio que explique la actividad jurisdiccional a través del proceso y que traslade las fuentes del Derecho Procesal desde la estática de la legalidad de un código hacia la dinámica de la socialización de una Constitución<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> DINAMARCO Cándido Rangel, *Instrumentalidad del proceso*, ob. cit., p. 525.

<sup>48</sup> Cfr. CHIOVENDA Guiseeppe, *Principios de Derecho Procesal Civil* [1913, 3° ed.] t. I, trad. José Casáis y Santaló, Editorial Reus, Madrid, 1922, p. 99. Luego, CHIOVENDA Guiseeppe, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, mencionaría dicha frase en sus conocidos: *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, t. I, Foro Italiano, Roma, 1930, p. 110, cuando señalaba que: «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quelle e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire».

<sup>49</sup> HURTADO REYES Martín, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., t. I, Idemsa, Lima, 2014, p. 60.

<sup>50</sup> SUMARIA BENAVENTE Omar, *Introducción al sistema de la tutela jurisdiccional*, 1° ed., Ara Editores, Lima, 2013, p. 138.

A decir de Freddie DIDIER, la constitucionalización del derecho procesal, se revela en dos dimensiones: primero, existe la incorporación a los textos constitucionales de normas procesales, inclusive como derechos fundamentales. Prácticamente todas las constituciones occidentales posteriores a la Segunda Guerra Mundial consagran expresamente derechos fundamentales procesales. Los tratados internacionales de derecho humanos también lo hacen (art. 6, 1, de la Convención Europea de los Derechos del Hombre y los arts. 8, 10 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica son ejemplos paradigmáticos)<sup>51</sup>.

De otro, la doctrina pasa a examinar las normas procesales infraconstitucionales como concretizadoras de las disposiciones constitucionales, valiéndose, para tanto, del repertorio teórico desarrollado por los constitucionalistas. Se intensifica, cada vez más, el diálogo entre procesalistas y constitucionalistas, con avances recíprocos, finaliza dicho autor<sup>52</sup>.

Ahora bien, los primeros vestigios que encontramos en Latinoamérica, en cuanto a éste fenómeno (o si se quiere denominar nuevo paradigma<sup>53</sup>) lo hallamos en los trabajos elaborados nada más por aquel

---

<sup>51</sup> DIDIER JR. Freddie, *Sobre la Teoría General del Proceso esa Desconocida*, 1º ed., trad. Christian Delgado Suárez, Raguel, Lima, 2015, pp. 183-184.

<sup>52</sup> *Ídem*.

<sup>53</sup> En nuestro medio es el profesor Giovanni PRIORI POSADA, quien ha denominado a estos cambios en el derecho procesal, como *paradigmas*, tomando el término prestado del famoso físico estadounidense Thomas KUNT (1922-1996). En efecto, PRIORI POSADA refiere que: «[e]l derecho procesal no ha sido ajeno a ese cambio de paradigma que se produce luego de la Segunda Guerra Mundial, sin embargo, el panorama en el ámbito de nuestra disciplina es todavía más rico, en la medida que en el periodo que va desde la Revolución Francesa hasta nuestros días el derecho procesal ha sufrido lo que podríamos denominar dos revoluciones científicas y por ello, dos cambios de paradigma. Uno de ellos (el que hace transitar al derecho procesal desde el procedimentalismo hacia lo que se conoce como el procesalismo científico) a consecuencia de razones propias del derecho procesal; en cambio el otro (el que transita del procesalismo científico a la constitucionalización del derecho procesal) es más bien consecuencia de lo que viene ocurriendo con el derecho en general»: PRIORI POSADA Giovanni,

profesor de Montevideo, COUTURE<sup>54</sup>, quizás el más brillante procesalista latinoamericano. Dicho autor charrúa, —acota VALLESPÍN PÉREZ— se vio influenciado por los tímidos intentos de dos grandes juristas: ROMANO y CALAMANDREI, procediendo a examinar el proceso como un sistema repleto de garantías para lograr la defensa de los derechos fundamentales<sup>55</sup>.

Así, Luiz MARINONI y Daniel MITIDIERO<sup>56</sup>, manifiestan que, la vereda abierta por COUTURE abrió largos horizontes. En Italia, para retratar apenas con un ejemplo más próximo, entre el inicio de la década del 60 y la mitad de la década del 70 aparecen los clásicos ensayos de Mauro CAPPELLETTI<sup>57</sup>, las monografías de Luigi Paolo COMOGLIO<sup>58</sup>, Vincenzo VIGORITI<sup>59</sup>, Nicolò TROCKER<sup>60</sup>, todos tratando específicamente las relaciones entre el proceso civil y la Constitución.

---

*La constitucionalización del derecho procesal*, XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Colombia, 2014, p. 912.

<sup>54</sup> COUTURE Eduardo J., *Las garantías constitucionales del proceso civil*. En: AA.VV. Estudios de Derecho procesal en honor a Hugo ALSINA, Ediar S. A., 1946, pp. 158-173.

<sup>55</sup> VALLESPÍN PÉREZ David, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Barcelona, 2002, p. 47, *apud* LORCA NAVARRETE María, *La constitucionalización del proceso*. In: Revista *Ius et Veritas*, N° 52, Lima, 2016, p. 291. Este último autor desea poner de relieve que los tradicionales conceptos de verdad y justicia utilizados tradicionalmente por la epistemología jurídica no son tenidos en cuenta por la norma procesal y que, consecuentemente, la justicia y la verdad que garantiza el derecho procesal es la justicia y la verdad de un proceso justo con todas las garantías constitucionales.

<sup>56</sup> MARINONI Luiz Guilherme y MITIDIERO Daniel, *Eduardo Couture y el proceso civil brasileiro*, trad. Christian Delgado S. En: Revista de la Maestría en Derecho Procesal PUCP, Vol. 6, N° 1, enero-junio, 2016, Lima, p. 166-167.

<sup>57</sup> CAPPELLETTI Mauro, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (art. 24 Costituzione e 'due process of law clause')*. En *Processo e ideologie*, Il Mulino, Bologna, 1969, pp. 499-509, *apud* MARINONI Luiz Guilherme y MITIDIERO Daniel, *idem*.

<sup>58</sup> COMOGLIO Luigi Paolo, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Cedam, 1970, (existe una reciente traducción al español: *La garantía constitucional de la acción y el proceso civil*, trad. César Moreno M. Raguél, Lima, 2016).

<sup>59</sup> VIGORITI Vincenzo, *Garanzie costituzionali del processo civile. Due Process of Law e art. 24 Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1970, *apud* MARINONI Luiz Guilherme y MITIDIERO Daniel, *idem*.

<sup>60</sup> TROCKER Nicolò, *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*, A. Giuffrè, Milano, 1974, *apud* MARINONI Luiz Guilherme y MITIDIERO Daniel, *ob. cit.*, p. 167.

## 7.2. Neoconstitucionalismo y neoprocesalismo

Todo lo expuesto hasta ahora, nos conduce inevitablemente al fenómeno denominado como *neoconstitucionalismo*<sup>61-62</sup>. En efecto, el surgimiento del neoconstitucionalismo se dio, entre otros aspectos, por (i) el cambio de la letra constitucional, que se vuelve detallada sobre derechos fundamentales, es decir, con el crecimiento del catálogo explícito de los derechos fundamentales en las nuevas Constituciones, a lo que se suma (ii) el reconocimiento implícito de contextos principales fundamentales por Constituciones abiertas y cada vez más rígidas; (iii) la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, de modo que se diferencia en su cima su ámbito constitucionalizado; (iv) una jurisprudencia sobreinterpretativa de los contenidos

---

<sup>61</sup> Dicho término fue acuñado por POZZOLO Susanna, *Neoconstitucionalismo, y la especificidad de la interpretación constitucional*, trad. Josep M. Vilajosana, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, vol. 21, n° 2, 1998, p. 339, cuando señalaba «[s]i bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofía del derecho viene defendida, en particular, por un grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al derecho. He llamado a tal corriente de pensamiento neoconstitucionalismo». Texto disponible en internet: <<https://doxa.ua.es/article/view/1998-v2-n21-neoconstitucionalismo-y-especificidad-de-la-interpretacion-constitucional>> (consultado 26 de marzo de 2017).

<sup>62</sup> El profesor PRIETO SANCHÍS, refiere que las distintas manifestaciones o formas de entender el neoconstitucionalismo presentan, sin embargo, un sustrato común, que es justamente el modelo de Estado constitucional de Derecho, principalmente en la versión que se desarrolla en Europa a partir de la segunda guerra mundial y en algunos países iberoamericanos durante la última década del siglo pasado, aunque tampoco resulta extraño a la tradición jurídica norteamericana, Cfr. Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, 1era. ed., Trotta, Madrid, 2013, p. 24. Para STERLING CASAS, el Neoconstitucionalismo de un Estado de Derecho surge entonces como un paradigma que pretende la consolidación de un Estado Constitucional de Derecho, esto supone la superación del modelo francés, instaurado desde la Revolución, a partir, de unos puntos esenciales como por ejemplo: el concepto de Constitución cómo norma y límite a la actuación estatal, la garantía y mecanismos de defensa de los derechos fundamentales, la eficacia directa de la Constitución, la existencia de principios, un marcado activismo judicial a través de una interpretación extensiva y sistemática del ordenamiento jurídico y la elaboración de políticas públicas por parte del juez., *vid.* STERLING CASAS Juan Pablo, *Hermenéutica y argumentación jurídica: límites a la discrecionalidad*, en: GRÁNDEZ Pedro y MORALES Félix, *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, 1° ed., Palestra editores, Lima - México D.F., 2013, p. 140. En cuanto a una breve crítica al (neo)constitucionalismo (o si prefiere llamar «neopositivismo»), *vid.* DIDIER JR. Fredie, *Sobre la Teoría General del Proceso esa Desconocida, ob. cit.*, pp. 185-188.

fundamentales y profusamente teorizante y esclarecida sobre los mismos; y (v) una doctrina explosiva cada vez más penetrante de las teorías principales fundamentales, argumentativas y del precedente, tocante de asuntos muy específicos (derechos y garantías fundamentales, proporcionalidad, razonabilidad, etc.) que se pueden sintetizar en la emigración de la moral hacia el derecho; etc.<sup>63</sup>

Por ello, no le falta razón a Mauro BARBERIS, cuando señala que en realidad, se trata de verdaderas teorías (sólo cognitivas); sin embargo, muchas veces se trata de filosofías (también normativas) que se encargan de justificar, más que explicar, el derecho del Estado Constitucional: el Estado caracterizado por la rigidez constitucional y, sobre todo, por la irradiación de los principios constitucionales<sup>64</sup>.

Ahora bien, GONZÁLES ÁLVAREZ, refiere que cuando la constatación de los cinco aspectos anteriormente indicados, fluye de la materia procesal, se configura el *neoprocesalismo*, de manera que es un error querer ver a éste con el ojo endurecido en el *paleoprocesalismo*<sup>65-66</sup>. Agrega dicho

---

<sup>63</sup> GONZÁLES ÁLVAREZ Roberto, *Neoprocesalismo (Teoría del proceso civil eficaz)*, 1° ed., Ara editores, Lima, 2013, pp. 576-577.

<sup>64</sup> BARBERIS Mauro, *Introducción al Derecho*, 1° ed., Palestra, Lima, 2015, pp. 41-42. Para Prieto Sanchís, «[l]as distintas manifestaciones o formas de entender el neoconstitucionalismo presentan, sin embargo, un sustrato común, que es justamente el modelo de Estado constitucional de Derecho, principalmente en la versión que se desarrolla en Europa a partir de la segunda guerra mundial y en algunos países iberoamericanos durante la última década del siglo pasado, aunque tampoco resulta extraño a la tradición jurídica norteamericana» *vid.* Prieto SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, 1° ed., Trotta, Madrid, 2013, p. 24.

<sup>65</sup> GONZÁLES ÁLVAREZ Roberto, *Neoprocesalismo, ob. cit.*, p. 577.

<sup>66</sup> El profesor argentino Alfredo GOZAÍNI, hace más de una década se interrogaba que ante el cambio de paradigma se había cambiado los pilares del derecho procesal o era solo necesario reforzar sus cimientos al conjuro de los modelos de controversias. El profesor de la Universidad de Buenos Aires, a reglón seguido señalaba, que así como en el derecho constitucional se ha pensado que desde el “neoconstitucionalismo” se avizoran algunas respuestas para esta suerte de cambio de formación de los valores constantes y trascendentes que proclaman las Normas Fundamentales, donde los derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales que los interpretan, provocan una influencia innegable en las funciones de

autor que, el neoprocesalismo no es patrimonio de una tradición jurídica, de modo que la tendencia doctrinal es configuradora de diversas perspectivas neoprocesales. En esa línea, el integrativismo trialista expone su postura neoprocesal en lo que entiende por proceso civil eficaz, el mismo, que nace de la percepción filosófica del integrativismo trialista del derecho procesal, que identifica la estructura del derecho procesal a partir del estudio de la estructura de su objeto jurídico: la interacción litigiosa eficaz. Consecuentemente explica lo siguiente:

a) El objeto jurídico procesal en su ámbito ontológico se traduce en eficacia, efectividad y eficiencia de la interacción humana litigiosa (por eso lo de «eficaz» pues efectividad y eficiencia son desprendimientos de la eficacia por exigencia de la conformación óptica del objeto jurídico) y en su ámbito óptico denota los métodos *jurísticos* dikelógico (justicia), normológico (norma) y sociológico (hecho), por los cuales trascienden los desprendimientos ontológicos del objeto jurídico, haciendo tangible la cognición jurídica procesal en atención a sus dimensiones finalista (teoría de la justicia), fundamental (neoconstitucionalismo, garantismo) y funcional (eficientismo, análisis económico del derecho, argumentación jurídica); b) Obedece a un escenario neoconstitucional del derecho, en su ámbito normológico, que supedita al escenario eficientista procesal; c) Reconoce que los principios procesales fundamentales son los derechos procesales fundamentales (v. g. acción y contradicción) y sus correlativas garantías procesales (v. g. jurisdicción, debido proceso, tutela jurisdiccional). Aclaro, no existen derechos-garantías, los derechos fundamentales son distintos a sus garantías fundamentales, lo que no significa que no tengan interdependencia normativo-estructural; d) El proceso, consecuentemente, no es una garantía, tampoco un sistema de garantías. El proceso es un método de interacción sistemática litigiosa eficaz, de modo que esa interacción no tiene únicamente corte subjetivo, sino, entre otros aspectos, también tiene uno normativo general; e) La interacción principal fundamental de eficiencia

---

los demás poderes (en especial al ejecutivo y parlamentario); también cree que existe un “neoprocesalismo”, que con iguales estándares de seguimiento y observación, tienden a crear un emplazamiento renovado para nuestra ciencia. GOZAÍNI Osvaldo Alfredo, *El “Neoprocesalismo”*, en: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, año VI, n° 9, Buenos Aires, 2006, p. 241.

(principios técnico-políticos) procura el máximo u óptimo beneficio procesal al menor costo procesal, siempre en sujeción a la proporcionalidad y razonabilidad; f) Determina la validez de las decisiones jurisdiccionales eficientistas según el principio de proporcionalidad y el criterio de razonabilidad; g) Es, sin duda, eficientista sin dejar de ser garantista<sup>67</sup>.

## 8. Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional

Corresponde abordar ahora sucintamente un tema demasiado espinoso, que ha traído al debate, no sólo a autores nacionales, sino también internacionales <sup>68</sup>. Nos referimos a la tutela jurisdiccional, también denominada como «tutela judicial» y/o «tutela procesal efectiva». Veremos más adelante, que ha sido el Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237, publicada el 31 de mayo de 2004), que ha regulado ésta última denominación «tutela procesal efectiva».

### 8.1. Breves apuntes sobre la tutela jurisdiccional

En palabras de LEONARDO GRECO, en el Estado Democrático Contemporáneo, la eficacia concreta de los derechos constitucionales y legalmente asegurados depende de la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva, porque sin ella el titular del derecho no dispone de la protección necesaria del Estado y de su pleno goce. La tutela jurisdiccional efectiva es, por tanto, no apenas una garantía, pero, ella

---

<sup>67</sup> GONZÁLES ÁLVAREZ Roberto, *Neoprocesalismo, ob. cit.*, p. 577.

<sup>68</sup> AA.VV., *Algunas reflexiones sobre el posible cambio de paradigma respecto a la tutela jurisdiccional efectiva*. En: Revista *Ius et Veritas*, n° 39, Lima, 2009, pp. 318-329. En donde se realizó una mesa redonda entre los profesores: Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN (Perú), Francisco CHAMORRO BERNAL (España), Luiz G. MARINONI (Brasil), Giovanni PRIORI POSADA (Perú). Disponible en internet: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12185>> (consultado el 26 de marzo de 2016)..

misma, también es un derecho fundamental, cuya eficacia irrestricta es preciso asegurar, en respeto a la propia dignidad humana<sup>69</sup>.

En ese contexto, BERIZONCE expresa de una manera diáfana y precisa que «el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva constituye un principio cardinal de raigambre constitucional sobre el que asienta todo el ordenamiento jurídico»<sup>70</sup>. Por su parte, MONTAÑO DE CARDONA, acota que el derecho a la tutela jurisdiccional «efectiva» o «real», es el «apoteagma de un Estado constitucional democrático, recogida en las constituciones contemporáneas, en su parte dogmática y respaldada por las declaraciones, derechos, principios y garantías». Dicha autora, en su momento señalaba que la médula del proceso debido era la tutela jurisdiccional efectiva, sin embargo, actualmente aclarando su postura, refiere que ésta última es el mismo derecho de acción fruto de la evolución histórica<sup>71</sup>.

Por otro lado, es interesante lo manifestado por el profesor brasileño Alvaro DE OLIVERIA, cuando confiesa que, entre los estudiosos de su país, fue el profesor Rangel Dinamarco (1993) quien rescató el concepto de tutela jurisdiccional, pues él buscó establecer unas nociones básicas respecto al tema. Primero, porque para Dinamarco la tutela jurisdiccional no es el mero ejercicio de la jurisdicción, o solamente el

---

<sup>69</sup> GRECO Leonardo, *Estudos de Direito Processual*, Ed., Faculdade de Direito de Campos, Brasil, 2005, p. 225.

<sup>70</sup> BERIZONCE Roberto O., *Principio pro actione, informalismo y exceso ritual manifiesto. En: El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje del profesor Almagro Nosete*, GIMENO SENDRA Vicente (Dir.), 1º ed., Iustel, 2007, p. 7.

<sup>71</sup> Cfr. MONTAÑO DE CARDONA Julia V., *Instituciones procesales desde el Constitucionalismo*, 1º ed., Leyer, Colombia, 2002, p. 83. La referida autora colombiana, entiende que la tutela jurisdiccional tiene varios tiempos, cada uno de los cuales presenta múltiples manifestaciones. Así, los divide de la siguiente manera: 1) El acceso al órgano jurisdiccional; 2) Debido proceso jurisdiccional; 3) Sentencia de fondo justa; y, 4) Instancia supranacional e internacional: (*Loc. cit.* p. 85-99).

otorgamiento del proveimiento jurisdiccional, en cumplimiento del deber estatal que figura al poder de acción, pues ésta se considera satisfecha y completa siempre que sea emitido dicho proveimiento, no importando en sentido estimatoria o no. En ese sentido, resalta que la tutela jurisdiccional está más ligada a un proceso civil de *resultados* y, —apoyándose en el profesor italiano Enrico Liebman—, sustenta que sólo tiene derecho a la tutela jurisdiccional quien tiene razón, no quien ostenta un derecho inexistente. Agrega el autor, —citando siempre a Dinamarca—, que incluso existe tutela jurisdiccional ante el caso de una demanda (*rectius*: pretensión) desestimada, pues el demandado recibe una tutela jurisdiccional opuesta y de intensidad semejante a la que habría recibido el acto en caso de fundabilidad<sup>72</sup>.

Finalmente, para su connacional, MARINONI, la expresión tutela jurisdiccional de los derechos revela un compromiso con la instrumentalidad sustancial del proceso; constituye una alerta contra el dogma de la neutralidad del proceso en relación a los derechos sustanciales<sup>73</sup>.

## 8.2. Origen

En cuanto al origen del término «tutela jurisdiccional efectiva», éste resulta un poco incierto, toda vez que existen autores que consideran que éste tiene su umbral en el sistema italiano, con la elaboración del artículo 24 de la Constitución Italiana de 1948, que señala lo siguiente: «*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi*

---

<sup>72</sup> ALVARO DE OLIVEIRA Carlos A., *Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional*, ob. cit., p. 169 y ss.

<sup>73</sup> MARINONI Luiz Guilherme, *Efetividade do processo e tutela de urgência*, Sérgio A. Fabris, Porto Alegre, 1994, p. 1.

*legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento (...)»<sup>74</sup>, mientras otros manifiestan que el mencionado derecho tiene sus raíces en el sistema teutón, con la dación de los artículos 19.4 y 103.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, y otros finalmente —siendo la posición mayoritaria— prefieren asumir que dicho derecho fundamental emana del sistema español, con la confección del artículo 24<sup>75</sup> de la Constitución Española de 1978<sup>76</sup>.*

### 8.3. Titularidad

La titularidad<sup>77</sup> de este derecho está reconocido tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas o colectivas<sup>78</sup>, hasta al propio Estado. No se agota en la garantía del acceso a la justicia, sino que faculta obtener un pronunciamiento sobre el mérito de las pretensiones

---

<sup>74</sup> «Todos pueden actuar en juicio para la tutela de sus derechos e intereses legítimos. La defensa es un derecho inviolable en cada estado y grado del procedimiento (...)» (trad. libre). Si nos remitimos al artículo 113 de dicha Carta Magna podemos evidenciar lo siguiente: «*Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa*»; es decir, tal Carta Fundamental, otorga siempre «tutela jurisdiccional de los derechos» (ante cualquier órgano judicial ordinario o administrativo) contra los actos de la Administración Pública. Sobre este punto, puede verse COMOGLIO Paolo Luigi, *La garantía constitucional de la acción y el proceso civil*, ob. cit. p. 275-293.

<sup>75</sup> Si verificamos la referida Carta Magna, específicamente en su Título I: «De los derechos y deberes fundamentales» del Capítulo segundo: «Derechos y libertades», de la Sección 1: «Delos derechos fundamentales y de las libertades públicas» encontramos al artículo 24, que a letra señala: «*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia (...)*».

<sup>76</sup> En ese sentido, *vid.* HURTADO REYES Martín, *tutela jurisdiccional diferenciada*, 1° ed., Palestra, Lima, 2006, pp. 36-38.

<sup>77</sup> Los sujetos titulares de este derecho fundamental, serán los mismos, cuando nos toque tratar sobre el derecho fundamental al debido proceso (o proceso justo), por lo que, desde ya, advertimos que nos ahorraremos ese trajín, por cuestión de espacio.

<sup>78</sup> La protección o tutela a los *interés colectivos* o *difusos* en nuestro medio local, merece una regulación más exhaustiva, pues la regulación del artículo 82 del CPC/1993 a mi modo de ver, es insuficiente.

deducidas, el que solo podrá ser eludido cuando tales pretensiones resulten inadmisibles o improcedentes, de acuerdo con las normas legales.

#### 8.4. ¿Existe una tutela jurisdiccional efectiva «ex ante» e «intra» procesal?

En cuanto a la afirmación de la existencia de una tutela jurisdiccional efectiva «ex ante» e «intra» procesal, encontramos la opinión del profesor MONROY GÁLVEZ<sup>79</sup>, quien manifiesta que existe una «tutela judicial» *antes y durante* el proceso. En el primer caso sostiene que aun cuando el ciudadano no tenga un conflicto concreto ni requiera en lo inmediato de un órgano jurisdiccional, el Estado debe proveer a la sociedad de los presupuestos materiales y jurídicos indispensables para que el proceso judicial opere y funcione en condiciones satisfactorias. Así, debe existir un órgano jurisdiccional autónomo, imparcial e independiente; preexistir al conflicto las reglas procesales adecuadas que encausen su solución; existir infraestructura (locales y equipos) adecuada y suficiente para una óptima prestación del servicio de justicia; existir el número necesario y suficiente de funcionarios que presten el servicio. En el segundo caso, esto es durante el proceso la tutela judicial efectiva debe verificarse en todos sus momentos, acceso, debido proceso, sentencia de fondo, doble grado y ejecución de sentencia. En buena cuenta, «se trata del derecho al proceso y el derecho en el proceso», acota el citado autor. En similar sentido, el profesor HURTADO REYES, indica que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que otorga el Estado al solucionar conflictos tiene dos vertientes, la primera, antes del proceso, entendida por la doctrina más autorizada

---

<sup>79</sup> MONROY GÁLVEZ Juan F., *Introducción al Proceso Civil*. t. I, Temis, Colombia, 1996, pp. 245-246.

como la estructura normativa e institucional que genera el Estado para quien sin estar involucrado en un conflicto de intereses tenga los mecanismos y normas necesarias para acceder al Estado en busca de tutela, el Estado entonces debe preparar (prescindiendo si será utilizado o no) anticipadamente un sistema normativo e institucional para que de presentarse el conflicto existan pautas predeterminadas para que el ciudadano común puede acceder al servicio de justicia en busca de tutela jurídica. En lo referente a la segunda vertiente, encontramos a la exigencia de tutela jurídica en un proceso concreto, es decir en este caso el conflicto desembocó en un proceso, por haberse producido una crisis de colaboración, y en este estadio el Estado debe proporcionar las garantías mínimas a los sujetos del proceso para lograr la tutela que anhelan, esto implica que se le debe conceder a las partes un conjunto de derechos que configuren un soporte concreto para desarrollar su actividad en el proceso<sup>80</sup>.

De una manera no muy alejada a lo mencionado, Luiz MARINONI —bajo la óptica de su Carta Fundamental—, refiere que, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, según el artículo 5, (parágrafo) 1 de la Constitución Federal, tiene aplicabilidad inmediata, y así vincula inmediatamente al Poder Público, esto es, al legislador, obligado a diseñar técnicas procesales adecuadas para la tutela de los derechos — y al juez— que tiene el deber de prestar tutela jurisdiccional efectiva. En realidad, este derecho fundamental incide de forma objetiva, o como valor, sobre el juez. Mejor dicho, el juez, ante tal derecho fundamental, debe preocuparse por las necesidades del derecho material, vale decir, sobre la tutela del derecho que debe ser otorgada por el proceso, para

---

<sup>80</sup> HURTADO REYES Martin, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pp. 111 y ss.

entonces buscar en la norma técnica procesal idónea para su efectiva prestación, otorgándole la máxima efectividad<sup>81</sup>.

## 8.5. La tutela jurisdiccional en el ordenamiento jurídico interno

En nuestro ordenamiento jurídico el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional se encuentra reconocido en diversos cuerpos legales<sup>82</sup>.

Por ejemplo, nuestra Constitución de 1993, de la siguiente manera:

Art. 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)  
3.- La observancia del debido proceso y *tutela jurisdiccional* (...).

De igual forma, lo vemos tipificado en el artículo 7 de la Ley orgánica del Poder Judicial, que a la letra prescribe:

Art. 7. Tutela jurisdiccional y debido proceso. - En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena *tutela jurisdiccional*, con las garantías de un debido proceso.

Por su parte, nuestro Código Procesal Civil, en su Título Preliminar también ha reconocido el derecho a la «tutela jurisdiccional», en consonancia a nuestra Carta fundamental, pero añadiendo en aquel cuerpo legal —a nuestro modo de ver— algunas de sus manifestaciones esenciales del mismo, esto es: «efectividad» o «idoneidad».

Art. I.- 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.

---

<sup>81</sup> MARINONI Luiz G., *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, trad. Aldo Zela Villegas, 1° ed., Palestra, Lima, 2007. p. 15 (parte introductoria). Para el profesor brasileño, «la tutela jurisdiccional» constituye una especie del género «tutela de derechos». En efecto, así lo refiere páginas más adelante, cuando acota: «La tutela jurisdiccional, por tanto, debe ser comprendida solamente como una modalidad de tutela de los derechos. O mejor, *la tutela jurisdiccional y las tutelas prestadas por la norma de derecho material y por la Administración constituyen especies del género tutela de los derechos*»: (Loc. cit. p. 174).

<sup>82</sup> Las cursivas que tendrán a continuación los dispositivos legales serán citados, son nuestras.

Asimismo, está estipulado en el art. 2 del mismo cuerpo legal, expresando lo siguiente:

Art. 2. - Por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la *tutela jurisdiccional efectiva* y en forma directa o a través de representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica. Por ser titular del derecho a la *tutela jurisdiccional efectiva*, el emplazado en un proceso civil tiene derecho de contradicción.

Sin embargo, ha sido nuestro Código Procesal Constitucional (CPConsti./2004), el primer cuerpo legislativo que ha conceptualizado las manifestaciones esenciales de la tutela jurisdiccional, denominándolo desde ahora, como «tutela procesal efectiva», tal como puede apreciarse en la parte *in fine* del artículo 4, que a la letra prescribe:

**Art. 4.-** El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la *tutela procesal efectiva*, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso [...] Se entiende por *tutela procesal efectiva* aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación *adecuada* y *temporalmente oportuna* de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

Como puede apreciarse en el presente CPConsti., la «tutela procesal efectiva» es una situación jurídica, que comprende una amalgama de derechos, el cual incluye el derecho de acción, el derecho al debido proceso, entre otros. Asimismo, observamos que el derecho a la tutela

jurisdiccional, tiene tres manifestaciones principales, que a continuación pasaremos a desarrollar.

## 8.6. Perspectivas esenciales de la tutela jurisdiccional

A nuestro juicio, no resulta descabellado extraer tanto del lenguaje legal, esto es, del artículo 4 del Código Procesal Constitucional, así como del lenguaje jurídico, esto es, la doctrina de juristas<sup>83</sup>, tres perspectivas esenciales de la tutela jurisdiccional (o «tutela procesal efectiva»<sup>84</sup>); siendo éstos los siguientes: a) adecuación o idoneidad; b) oportunidad (o tempestividad); y finalmente, c) efectividad.

### a) Adecuación (o idoneidad)

Leonado CARNEIRO DA CUNHA, refiere que el proceso debe, como se sabe, ser *adecuado* a la realidad del derecho material, valiendo decir que el procedimiento previsto en la ley para determinado proceso debe atender a las finalidades y a la naturaleza del derecho tutelado. Es preciso, en fin, que exista una *adecuación* del proceso a las particularidades del caso concreto. Por esa razón, existen varios procedimientos especiales, estructurados en virtud de las peculiaridades del derecho material. Significa que la tutela jurisdiccional exigida por la parte autora debe ser proferida en

---

<sup>83</sup> SARLET Ingo Wolfgang, MARINONI Luiz Guilherme y MITIDIERO Daniel, *Curso de Direito Constitucional*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, pp. 627 y ss.

<sup>84</sup> Dicha denominación ha sido por nuestro Código Procesal Constitucional (en adelante, CPCConst./2004)

*procedimiento adecuada* para la satisfacción del interés material o del derecho subjetivo que se busca proteger<sup>85</sup>.

En opinión de PRIORI POSADA —siguiendo a PROTO PISANI—la idoneidad o adecuación de la tutela jurisdiccional hace referencia a la necesidad de que el proceso esté en condiciones de dar aquello que el ordenamiento jurídico ha previsto como medio para la protección del derecho material. De este modo, se trata entonces de una idoneidad en doble sentido; una idoneidad material y una idoneidad instrumental<sup>86</sup>.

#### **b) Oportunidad (o tempestividad)**

Como es bien sabido, el proceso civil como cualquier otra actividad humana, está necesariamente inmerso en el tiempo; requiere más bien un largo periodo de tiempo para desarrollarse desde el episodio inicial de la proposición de la demanda judicial hasta el evento conclusivo de la formación de la cosa juzgada<sup>87</sup>.

Así, el elemento de oportunidad o tempestividad, se vincula estrechamente con una frase muy difundida en el lenguaje ordinario, cuando se señala que «una justicia que tarda o demora, simplemente no es justicia». Creemos que, toda persona que considere detentar un determinado derecho, o alegue que el mismo ha sido vulnerado (o exista posibilidades inminentes de serlo), pretenderá que el mismo

---

<sup>85</sup> CARNEIRO DA CUNHA Leonardo, *Negocios jurídicos procesales en el proceso civil brasileño*, trad. Marco Antonio Flores. En: HENRIQUE NOGUEIRA Pedro y CAVANI Renzo, *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, vol. I, Raguél, Lima, 2015, pp. 262-263.

<sup>86</sup> PRIORI POSADA Giovanni, *Del derecho de acción a la efectiva tutela jurisdiccional de los Derechos*. En: Revista Ius Et Veritas, N° 49, diciembre, 2014, p. 158.

<sup>87</sup> ANDOLINA Italo, «Cognición» y «Ejecución Forzada» en *el sistema de la tutela jurisdiccional*, 1° ed., Communitas, Lima, 2008, p. 23.

(derecho) sea declarado o reconocido, así como la vulneración de éste, sea erradicado o evitado, en el tiempo más rápido posible.

Por ello, no le faltaba razón a ALZAMORA VALDÉZ, cuando manifestaba que la «tardanza significa tanto como una complicidad con la injusticia. Toda demora, no solamente causa inseguridad o malestar, sino que tiende a que se prolonguen situaciones contrarias al derecho, a que se origine un sentimiento de desconfianza en la justicia»<sup>88</sup>.

Efectivamente, dicho derecho a obtener una tutela jurisdiccional oportuna o tempestiva no sólo corresponde al demandante, sino también al demandado, siendo que ambos van a pretender obtenerlo, dependiendo en muchos casos, naturalmente de quién tenga la razón.

Según Luiz MARINONI, la tempestividad se liga al «tiempo razonable» y a las «resistencias injustificadas». El referido autor nos indica, que es el legislador que debe emitir técnicas para la distribución isonómica del tiempo del proceso, bien como sancionar las dilaciones indebidas. Así, actúa de modo a *promover* la duración razonable del proceso y de forma *reprimir* los actos procesales que injustificadamente prolonguen el tiempo del proceso<sup>89</sup>.

Así, para PRIORI POSADA, la oportunidad hace más bien referencia al momento en el que debe darse esa respuesta jurisdiccional. De este modo, se parte de la idea que la tutela jurisdiccional debe llegar en el momento necesario como para no (i) generar mayor lesión de la que ya

---

<sup>88</sup> ALZAMORA VALDÉZ Mario, *Derecho Procesal Civil. Teoría del Proceso Ordinario*, Ediciones Peruanas, Eddili, 1966, p. 156.

<sup>89</sup> MARINONI Luiz G., *Introducción al Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 138.

se está produciendo o (ii) evitar que ella se vuelva irreparable, e (iii) incluso evitar que dicha lesión se produzca. De este modo, en el momento en el que el derecho material requiera que la tutela jurisdiccional intervenga de inmediato, el proceso debe estar en capacidad de hacerlo, sea de modo provisional o definitivo<sup>90</sup>.

Lo cierto es que nuestra legislación procesal civil sí ha dotado al Juez, como director del proceso, de mecanismos sancionatorios a efecto de impedir y erradicar cualquier conducta dilatoria de las partes (véase, la parte *in fine* del art. IV<sup>91</sup> del T.P. o inciso 1 del art. 50<sup>92</sup> del CPC/1993), ya sea en cualquiera de sus etapas procesales (esto es, desde su etapa inicial hasta la etapa de ejecución) o incluso antes de iniciado el proceso, como bien puede ser frente a la ejecución de las medidas cautelares *ante causam*.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado sobre el derecho al plazo razonable de la duración de un proceso estableciendo que:

El derecho a ser juzgado en un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso (artículo 139º, inciso 3 de la Constitución), y goza de reconocimiento expreso en el artículo 14º, inciso 3.c de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas... c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas”; y en el artículo 8º, inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prescribe: “ Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías

---

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>91</sup> **Art. IV.- Principios de iniciativa de parte y de conducta procesal.** «(...) El Juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria».

<sup>92</sup> **Art. 50.- Deberes.** «Son deberes de los Jueces en el proceso civil: 1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas convenientes para impedir su paralización (...).».

*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. (cursivas son originales)*

Es el propio Tribunal Constitucional, quien ha señalado, que tales disposiciones internacionales cobran vigencia efectiva en nuestro ordenamiento a través del artículo 55, y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, toda vez que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

### **c) Efectividad**

*Last but not least*, está el elemento de efectividad. El profesor PROTO PISANI, respecto a este elemento de la tutela jurisdiccional, manifestaba «o es *efectiva* (es decir, idónea para proteger el derecho necesitado de tutela) o *no es tutela jurisdiccional*»<sup>93</sup>. Seguidamente, nuestro autor italiano, refería que en cuanto a las situaciones sustanciales, la intervención jurisdiccional solo tiene significado si es inmediata o de todas formas rápida —es decir, a las situaciones sustanciales que sufren un daño irreparable al prolongarse en el tiempo su estado de insatisfacción— o la tutela jurisdiccional rápida o sino el proceso termina en una negación sustancial de justicia<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> PROTO PISANI Andrea, *Tutela jurisdiccional diferenciada y nuevo proceso laboral* (pub. *Foro it.*, 1973, 5, 207). En: *La Tutela Jurisdiccional*, trad. Chiara Marinelli et al., Palestra, Lima, 2014, p. 79.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 79-80.

En sede nacional, PRIORI POSADA reconociendo el aporte del autor citado, refiere que el derecho a la realización plena de los efectos de las resoluciones judiciales. Este derecho ha sido normalmente predicado respecto de las sentencias de condena, a través de la necesidad de ejecución de las resoluciones judiciales como parte esencial de la tutela jurisdiccional efectiva. Pero este derecho no se restringe a ellas, pues alcanza también a las resoluciones meramente declarativas y a las constitutivas que, aunque de modo distinto a las resoluciones de condena, protegen de igual modo a los derechos materiales<sup>95</sup>.

Análogamente, TARUFFO<sup>96</sup> al tocar el tema sobre la *efectividad* de las garantías procesales, refiere que puede hablarse de esta al menos en dos sentidos diversos, a los que él denomina: «efectividad *institucional*» y «efectividad *concreta*». Por la primera, entiende el citado autor, la presencia en un ordenamiento dado, de todos los mecanismos institucionales y procesales que son necesarios para darle un contenido efectivo a las garantías. Por ejemplo: para dar un contenido efectivo a la garantía del acceso de todos a la tutela jurisdiccional, es necesario que haya formas eficaces de asistencia jurídica a los desfavorecidos, que existan medidas cautelares adecuadas, que se ejerza el derecho a la prueba excluyendo limitaciones probatorias injustificadas, que los procedimientos sean simples y rápidos, que existan remedios ejecutivos idóneos para llevar a cabo la actuación de los derechos, etc. Como se sabe, en efecto, la llamada garantía de acción no tiene que ver solo con el derecho a dar inicio al proceso, sino que «cubre» todo el arco del

---

<sup>95</sup> PRIORI POSADA Giovanni, *Del derecho de acción a la efectiva tutela jurisdiccional*, ob. cit., p. 158.

<sup>96</sup> TARUFFO Michele, *Páginas sobre Justicia Civil*, Trad. Maximiliano Aramburo Calle, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 68-69. No está demás precisar que, el autor italiano denomina a la *garantía de la acción* a lo que constituye el *acceso a la tutela jurisdiccional* (Loc. cit. p. 165).

procedimiento dirigido a hacer efectivo el derecho sustancial, desde las medidas cautelares *ante causam* hasta la formación de la cosa juzgada y la ejecución de cosa juzgada. Ahora bien, por el segundo, esto es, «efectividad *concreta*», menciona que tiene que ver con la aplicación directa y específica, en la realidad de cada proceso, de las garantías fundamentales y de los mecanismos institucionales dirigidos a su realización. La diferencia ésta con la primera, señala el autor, ocurre porque puede suceder que en un ordenamiento dado los mecanismos que ejecutan las garantías estén formalmente previstos pero no funcionen o lo hagan de modo inadecuado, con la consecuencia de que tal realización de las garantías termina por eludirse. Bastan pocos ejemplos sobre ello. Un ordenamiento procesal puede incluir normas dirigidas a asegurar un desarrollo razonablemente rápido y ordenado del proceso, pero si estas normas no se aplican por los jueces y por los abogados, el proceso se hará, de hecho, largo, costoso e ineficiente. Un ordenamiento puede incluir procedimientos para la ejecución de sentencias, pero no son aplicables siempre (por ejemplo, porque faltan instrumentos de coacción referidos al incumplimiento de determinadas prestaciones) o no son eficaces, o si son excesivamente largos, complejos y costosos, la garantía de la ejecución del derecho se quedará sobre el papel.

Finalmente, agrega, nuestro autor citado<sup>97</sup>:

[u]n ordenamiento puede conferir al juez todos los poderes necesarios para hacer que el proceso sea conducido de manera ordenada, racional y esté dirigido a conseguir una decisión justa, pero si el juez no ejerce adecuadamente los poderes de los que dispone, y deja que los abogados «hagan» el proceso, difícilmente el proceso será rápido y capaz de producir una decisión meticulosa y fundada en una determinación verdadera de los hechos

---

<sup>97</sup> *Ídem.*

En base a lo esbozado precedentemente, tenemos que la efectividad de la tutela jurisdiccional, no sólo debe otorgarse a todo sujeto de derecho, sino que además aquella *debe* comprender la plena realización de toda clase de sentencia (*de condena, declarativa o constitutiva*). Efectivamente, de qué serviría iniciar un proceso de desalojo (ya sea cualquier de sus modalidades: ocupación precaria, vencimiento de contrato o falta de pago), si a la conclusión del mismo, con victoria irrefutable del demandante, este no puede obtener la pronta *restitución* (o «entrega» en términos del IV Pleno Casatorio) del inmueble materia de litigio. Igual ocurre, quien en un proceso de prescripción adquisitiva de dominio, se le declaró judicialmente propietario, sin embargo, le es complicado inscribir su derecho en los Registros Públicos respectivos.

Por último, el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias ha manifestado que el derecho a la ejecución de las resoluciones constituye una parte inseparable de la exigencia de *efectividad* de la tutela jurisdiccional<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> Cfr. Exp. N.º 00246-2012-PA/TC-JUNÍN de fecha 18 de julio de 2012. En efecto, en las Sentencias 0015-2001-AI/TC, 0016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC, ha dejado establecido que “[e]l derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una *vis expansiva* que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (...). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido” [fundamento 11]. En esta misma línea de razonamiento se ha precisado en otra sentencia que “la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela”, reiterando la íntima vinculación entre tutela y ejecución al establecer que “el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte imprescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución” (STC 4119-2005-AA/TC, fundamento 64).

## 8.7. El derecho a la tutela jurisdiccional en el Tribunal Constitucional (TC)

El Tribunal Constitucional ha señalado en numerosas sentencias que el derecho a la tutela jurisdiccional no solamente es derecho constitucional o procesal, sino que además es un derecho humano, uno de carácter fundamental.

El máximo interprete en la Constitución Política del Estado, en la STC N° 763-2005-PA/TC, señaló:

La tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no sólo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia.

## 9. Derecho fundamental a un proceso justo<sup>99</sup>

### 9.1. Breve reseña histórica del debido proceso

Se ha dicho que el debido proceso (o también conocido por la doctrina contemporánea como proceso justo), es un derecho que tiene origen

---

<sup>99</sup> En Italia, se puso énfasis en el “*giusto processo*” ante la modificación del artículo 111 de la Constitución Italiana (1948), mediante la cual incorporó nueve párrafos, siendo que los dos primeros enuncian una serie de garantías aplicables a todos los procesos en general, los tres siguientes dedicados al proceso penal. El artículo mencionado, prescribe «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge».

anglosajón, y su antecedente más remoto se encuentra en Inglaterra, a inicios del siglo XIII, cuando el Rey Juan sin tierra promulgó la Carta Magna de 1215 o *Magna charta libertatum*, siendo que en su capítulo XXXIX, se reconoció la expresión «*law of the land*», en donde se otorgó la garantía de que ninguna persona libre sea juzgada, sin previo proceso, ante un Juez competente y aplicando las leyes vigentes.

En efecto, el precitado Rey<sup>100</sup>, compelido por la fuerte presión de los señores Feudales, la Nobleza y el Clero, apuntó lo siguiente:

Ningún hombre libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación.

Sin embargo, la expresión «*due process of law*» recién apareció en el año 1354, en el *Statutum de anno vicésimo octavo*, del rey de Inglaterra Eduardo III. ALVAZZI DEL FRATE<sup>101</sup>, refiere que la expresión francesa utilizada en la legislación inglesa, en aquella época medieval fue *due procès de lei*:

Item que nul homme, de quel estate ou condicion q'il soit, ne soit osté de tere ne de tenemenz, ne pris, n'emprisoné, ne déshérité, ne

---

<sup>100</sup> Sobre ese pasaje hartamente conocido, Mirjan DAMAŠKA, manifiesta que si bien es cierto se ha reconocido el derecho a un juicio justo por primera vez en la Carta Magna del rey Juan en Inglaterra del siglo XIII, también es cierto que la Carta contenía la declaración de que el rey "no perseguirá a un hombre libre sin un juicio legal", una afirmación que ha demostrado ser muy importante en las épocas posteriores. Agrega DAMAŠKA que, tal afirmación en sí misma difícilmente puede ser considerada una novedad: ya que, en el siglo XII, muchos autorizados juristas canonistas escribían que el procedimiento judicial era un requisito previo a una imposición legítima de la pena. DAMAŠKA Mirjan, *La ricerca del giusto processo nell'età dell'inquisizione*, trad. it. Alessandro Corda. En: *Annuario di scienze penalistiche*, Edizioni ETS, Firenze, 2013, pp. 46-47.

<sup>101</sup> ALVAZZI DEL FRATE Paolo, *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, G. Giappichelli, Turín, 2011, p. 151 (existe una traducción parcial al castellano, esto es, del Capítulo VII: *Garantismo e «Giusto Processo»*, que hemos tenido a la vista: <[http://alvazzidelfrate.weebly.com/uploads/2/5/3/4/25343223/garantismo\\_giusto\\_processo.pdf](http://alvazzidelfrate.weebly.com/uploads/2/5/3/4/25343223/garantismo_giusto_processo.pdf)>. *Garantismo y «proceso justo»*, Roberto González Álvarez (Dir.), Huella Siete, Cusco, 2016, p. 54).

mis à la mort, saunz estre mesné en response par due procès de lei.

Al respecto, el autor argentino Juan LINARES indica que la institución del «debido proceso» en el momento de su trasplante a las colonias tenía las dos siguientes características: a) Era una garantía procesal de la libertad personal contra las detenciones arbitrarias del Estado, y accidentalmente contra las penas pecuniarias y confiscaciones, es decir; contra penas sin juicio legal por los pares. No obstante –sigue el autor– debe reconocerse que ya en la *Institutas* de Coke había anticipos claros de la posibilidad de que pudiera constituir una garantía contra la aplicación injusta de las normas del *common law* o aun de los estatutos. b) El debido proceso ofrecía garantías contra la arbitrariedad del monarca y de los jueces, pero no del Parlamento. Esto, por lo demás, es una característica común a los *Bill of Rights* ingleses<sup>102</sup>.

Es así, que dicha Carta Inglesa, posteriormente fue complementada con la «Petition of Rights» de 2 de junio de 1628, el «Habeas Corpus Act» de 1640 y 1679, y el «Bill of Rights» de 1688.

Posteriormente, el «debido proceso legal» fue consagrado en la V Enmienda (aprobada en 1791) de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, la cual señaló lo siguiente<sup>103</sup>:

---

<sup>102</sup> LINARES Juan Francisco; *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución argentina*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 16.

<sup>103</sup> Al comentar dicha enmienda, el autor norteamericano PELTASON nos señala que contiene la cláusula del debido proceso, la declaración de que ninguna persona podrá ser privada de la vida, la libertad, o la propiedad “sin el debido procedimiento legal” es una de las disposiciones más importantes de la Constitución. Las mismas palabras aparecen en la 14ª Enmienda como restricciones al poder de los estados. El enunciado refleja la idea de que la vida, la libertad y la propiedad de una persona no están sujetas a la discreción total de los funcionarios del gobierno. El origen de esta idea se puede rastrear hasta la Carta Magna, en la cual se dispuso que el rey de Inglaterra no podía encarcelar o dañar a persona alguna, “salvo por un juicio

Ninguna persona será obligada a responder por un delito capital o infamante si no es en virtud de denuncia o acusación por un Gran Jurado, salvo en los casos que ocurran en las fuerzas armadas de mar y tierra, o en la Milicia, cuando estén en servicio activo en tiempos de Guerra o de peligro público; ni podrá persona alguna ser sometida dos veces, por el mismo delito, a un juicio que pueda ocasionar la pérdida de su vida o de su integridad corporal; ni será compelida a declarar contra sí misma en ningún proceso penal, ni será privada de su vida, su libertad o sus bienes **sin el debido procedimiento legal**; ni se podrá expropiar una propiedad privada para destinarla a uso público sin la justa compensación. (El resaltado es nuestro)

Seguidamente, en el año 1866 fue propuesta la XIV Enmienda de dicha Constitución, la cual fue aprobada en el año 1868, señalando lo siguiente:

Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en el que resida. Ningún Estado aprobará o hará cumplir ley alguna que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; **ni ningún Estado privará a persona alguna de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido procedimiento legal**; ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la protección de las leyes en un plano de igualdad. (El resaltado es nuestro).

En ese orden de ideas, como puede apreciarse, los elementos de la dimensión procesal del derecho a un debido proceso (tales como los derechos a un juzgador imparcial y predeterminado por la ley, defensa, obtención de una sentencia sin dilaciones indebidas, entre otros) se encuentran contemplados para el proceso penal en la Cuarta Enmienda (1791) del texto constitucional norteamericano. En igual tenor, el parámetro de razonabilidad, muy importante expresión del debido proceso sustantivo, está recogido a su vez en la Octava Enmienda

---

legal a cargo de sus iguales o por la ley de la nación”, *Vid. PELTASON, J.W. Sobre Estados Unidos. La constitución de los Estados Unidos de América (con notas explicativas), The World Book Encyclopedia, U.S.A, 2004, pp. 71-72.*

(también de 1791) en el sentido de proscribir de fianzas y multas excesivas<sup>104</sup>.

Debemos hacer hincapié en lo manifestado por GARCÍA CHÁVARRI — quien siguiendo las ideas de ESPINOSA SALDAÑA B.— refiere que en cuanto a la traducción de la frase inglesa “debido proceso legal”, debe tenerse en consideración en primer término que la palabra *due* “debido”, no se ciñe en estricto a una condición de respeto fundamentalmente formal a parámetros normativos previamente establecidos, sino que también comprende el intento de satisfacer consideraciones mínimas de respeto a valores, como el de la justicia (“proceso justo”) . En segundo lugar, el vocablo *process* no se limita únicamente al ámbito de un proceso, pues alcanza a cualquier actuación de quien cuente con autoridad (vinculada, en principio, a la composición de conflictos). Finalmente, las voces *of law* debe entenderse en su sentido amplio, como conformidad con el ordenamiento jurídico vigente. Por lo tanto, podemos señalar que la promulgación de las referidas Enmiendas en la Constitución de los Estados Unidos de América, generó un gran impacto jurídico en diversos países Latinoamericanos respecto al alcance del **debido proceso** (proceso justo); siendo correcto cuando se afirma que en la actualidad aquel derecho es pieza angular y fundamental de casi la mayoría de las Constituciones modernas del mundo, teniendo incluso reconocimiento internacional (Declaración Americana, arts. XVIII y XXVI y Convención

---

<sup>104</sup> GARCÍA CHÁVARRI Abraham, *Apuntes sobre el derecho fundamental al juez predeterminado por ley*. En: SOSA SACIO, Juan Manuel (coord.), *El Debido Proceso. Estudios sobre derechos y garantías procesales*, 1º Ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 83.

Americana sobre Derecho Humanos, arts. 8 y 9), como veremos más adelante<sup>105</sup>.

## 9.2. El derecho fundamental al debido proceso (o llamado también proceso justo)

El proceso del Estado Democrático de Derecho contemporáneo, en definitiva, no se limita a regular el acceso a la justicia, en sentido formal. Su misión, en el orden de los derechos fundamentales, es proporcionar a todos una tutela *procesal* y *sustancial* justa, adecuada y efectiva. De ahí se habla, modernamente, de garantía a un *proceso* justo, en preferencia a la garantía de un debido proceso legal<sup>106</sup>, porque además de ser culturalmente apropiado al Estado Constitucional, desde luego revela el carácter puramente procesal de su contenido<sup>107</sup>.

Así, Luiz MARINONI y Daniel MITIDIERO<sup>108</sup> afirman que el derecho al proceso justo constituye principio fundamental para la organización del proceso en el Estado Constitucional. Agregan que es el modelo mínimo de actuación procesal del Estado y mismo de los particulares en determinadas situaciones sustanciales. Este último autor, refiere que con profundo rastro en la historia y desconociendo cada vez más fronteras, el derecho al proceso justo (*giusto processo, procès équitable, faire Verfahren, fair trial*) es reconocido por la doctrina como un modelo en *expansión* (tiene la ventaja de *conformar la actuación* del legislador infraconstitucional), *variable* (puede asumir *formas diversas,*

---

<sup>105</sup> *Ibidem*.

<sup>106</sup> THEODORO JÚNIOR Humberto, *Direito fundamental à duração razoável do processo*. En: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, N° 29, mar-abril, 2009, p. 88.

<sup>107</sup> WOLFGANG Sarlet Ingo, MARINONI Luiz G., y MITIDIERO Daniel, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 617.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 616.

amoldándose a las exigencias del derecho material y del caso concreto) y *perfectible* (pasible de *perfeccionamiento* por el legislador infraconstitucional) <sup>109</sup> . Finalmente, el mismo autor, siguiendo a ROSENBERG, SCHWAB y a GOTTWALD, acota que el derecho al *proceso justo* busca asegurar la obtención de una *decisión justa*. Aquel es el medio por el cual se ejercita la pretensión de justicia (*Justizanspruch*) y la *pretensión a la tutela jurídica* (*Recjtsschutzanspruch*)<sup>110</sup>.

En sede nacional, HURTADO REYES, comenta que desde en sus inicios el concepto debido proceso estaba casi restringido a ser una mera garantía procesal, con él intentaba frenar las arbitrariedades judiciales como por ejemplo evitar detenciones arbitrarias, confiscación de bienes; de allí que se admitía que nadie podía ser privado de su vida, patrimonio y su libertad sin debido proceso legal, la jurisprudencia y la doctrina se encargaron de desarrollar este concepto, para llevarlo a constituirse en un derecho constitucional, fundamental y humano de cual no debe estar desprovisto ningún sujeto de derecho en la sociedad contemporánea. Sin embargo, cuestión contraria resulta definir los verdaderos alcances de este derecho, tanto así, que es catalogado por la doctrina contemporánea como un «derecho complejo»<sup>111</sup>.

Es así, que el autor mencionado, indica que no puede darse una definición definitiva al derecho al debido proceso, toda vez que no se ha estancado en el tiempo, por el contrario ha venido evolucionando desde la fecha de garantías mínimas en el proceso. No obstante, lo mencionado, puede considerar que el debido proceso es: «un *derecho*

---

<sup>109</sup> MITIDIERO Daniel, *Derecho fundamental al proceso justo*, ob. cit., p. 126.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>111</sup> HURTADO REYES Martín, *Estudios de Derecho Procesal*, ob. cit. p. 61.

*humano*, se trata de un derecho inherente a cualquier sujeto de derecho, que se involucre en un conflicto sujeto a resolución por parte de un tercero imparcial, sea esta autoridad judicial, administrativa, corporativa u de otra naturaleza, siempre que la discusión central pueda afectar derechos intersubjetivos. El objeto de este derecho es otorgar a las partes involucradas en el conflicto, garantías mínimas para ejercitar sus derechos en el proceso, siempre en situación de igualdad y desterrando cualquier forma de indefensión y por ende la afectación de cualquier derecho de las partes, de tal manera que las resultas de los conflictos se encuentren dentro de los parámetros de una resolución justa, con criterio de proporcionalidad y razonabilidad. Se puede indicar que el derecho al debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal de naturaleza (sic) *compleja*, ya que se le puede entender como un *derecho que contiene otros derechos* de la misma naturaleza»<sup>112</sup>.

Ahora bien, en opinión de Luigi COMOGLIO, el proceso civil «viviente» si puede aspirar a definirse realmente como «justo» (no solo en palabras, sino en hechos), en la medida que exista: (i) El acceso a los tribunales sea garantizado efectivamente a «todos», (ii) El contradictorio entre las partes, en condiciones de paridad efectiva, sea

---

<sup>112</sup> *Ibidem* pp. 66-67. Para dicho autor, el debido proceso, está compuesto por los siguientes principios: a) Derecho al Juez Natural; b) Derecho a ser oído; c) Derecho al plazo razonable; d) Derecho a la asistencia de letrado; e) Derecho a la prueba; f) Derecho a Impugnar; g) Derecho a la instancia plural; h) Derecho a la publicidad del proceso; j) La prohibición de forma peyorativa o *reformatio in peius* (*Loc. cit.* Pp. 70-110). Para la actual magistrada del Tribunal Constitucional, Ledesma Narváez el contenido del debido proceso está conformado por los siguientes derechos: derecho al juez ordinario; derecho a la asistencia de letrado; derecho a ser informado de la acusación formulada; derecho a un proceso públicos sin dilaciones indebidas y con todas las garantías; derecho a utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa; derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables; derecho a la presunción de inocencia. En: LEDESMA NARVÁEZ Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5º ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 31.

respetado (y hecho respetar) en cualquier estado e instancia del proceso, con referencia a toda cuestión (de hecho o de derecho, planteada bajo iniciativa de parte o incluso invocada de oficio por el juez) que esté por sí misma dotada de incidencia decisoria, (iii) El derecho a la prueba (y el de la contraprueba), aun cuando en los límites de admisibilidad y de relevancia previsto por la ley (o deducible, de alguna forma, de los principios constitucionales), siempre sea garantizado en su «núcleo esencial» (iv) El juez esté siempre y, de cualquier forma, en condiciones de ejercer responsablemente sus poderes de dirección del procedimiento, de modo que se haga garante no solo de celeridad de este último, sino también de la lealtad de los comportamientos de todo sujeto procesal (v) El propio juez sepa, siempre y de cualquier forma, hacer un uso «imparcial» (y razonablemente «motivado») de sus, ciertamente no marginales, atribuciones instructorias, en el prevalente interés en la comprobación de la «verdad» objetiva de los hechos controvertidos (vi) El control «motivacional» en sede impugnatoria, dentro de los límites de ley, sea siempre y de cualquier forma garantía de «imparcialidad» del órgano juzgador<sup>113-114</sup>. Sin embargo, para tal autor, el verdadero drama del proceso es su duración en gran medida «irrazonable», a causa de la concurrencia de múltiples factores desfavorables (estructurales, organizativos o incluso de costumbres), que de alguna forma perjudican la actuación plena de las recordadas garantías de acción y defensa. Indica finalmente que, por tal motivo, el

---

<sup>113</sup> COMOGLIO Paolo, *La gran ilusión (La búsqueda «incompleta» de un proceso «justo»)*. Actas de la Jornada de Estudios de Luigi Paolo Comoglio «El Derecho de Acción» (Milán, Università Cattolica del Sacro Coure di Milano, 21 de noviembre de 2011). En: COMOGLIO Paolo, *La garantía constitucional de la acción*, ob. cit., pp. 627-629.

<sup>114</sup> TROCKER Nicolò, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civile*, Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, fasc. 2, 2001, pp. 383-384, señalaba que es el proceso que se desarrolla respetando los parámetros fijados por las normas constitucionales y por los valores consagrados por la colectividad. Y tal es el proceso que se desarrolla ante un juez imparcial, en contradictorio entre todos interesados, en tiempo razonable.

proceso «justo» parece ser aún una suerte de espejismo lejano, o de meta ideal que, cada vez que se cree haberlo finalmente alcanzado, se aleja más, a pesar de estar (en apariencia) a nuestro alcance<sup>115</sup>.

### 9.3. Una discusión no muy difundida acerca del debido proceso en sede nacional

Existe una polémica no muy difundida en sede nacional, en torno a los alcances del «debido proceso» o «proceso justo», que vale la pena dedicarle algunas líneas, aunque sea manera sucinta, por la complejidad del tema debatido, y por tema espacio. Se trata de las posiciones adoptadas por los autores Roger ZAVALETA RODRÍGUEZ y Bustamante ALARCÓN REYNALDO.

Todo comienza, con la publicación de la tesis de pregrado de Roger ZAVALETA RODRÍGUEZ, denominada «*El Debido Proceso: Un modelo para armar*» (1997)<sup>116</sup>, luego con la crítica que efectúa Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN en su primera edición de su libro «*Derechos Fundamentales y Proceso Justo*» (2001)<sup>117</sup>, que dicho sea de paso, también fue tu tesis de pregrado en el año el 2000. Y finalmente, —hasta donde tengo conocimiento— con la réplica realizada por ZAVALETA RODRÍGUEZ<sup>118</sup>, en su libro en coautoría, denominado «*Razonamiento Judicial. Interpretación,*

---

<sup>115</sup> COMOGLIO Paolo, *La gran ilusión (La búsqueda «incompleta» de un proceso «justo»)*, ob. cit., p. 629.

<sup>116</sup> ZAVALETA RODRÍGUEZ Roger, *El debido proceso: Un modelo para armar*, tesis para optar el título de abogado, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, 1997.

<sup>117</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN Reynaldo, *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*, 1º ed., Ara Editores, Lima, 2001, p. 217 y ss.

<sup>118</sup> ZAVALETA RODRÍGUEZ Roger, *Motivación de Resoluciones judiciales*. En: CASTILLO ALVA José Luis, LUJÁN TÚPEZ Manuel y ZAVALETA RODRÍGUEZ Roger, *Razonamiento Judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, 2ª ed., Ara Editores, Lima, 2006.

*argumentación y motivación de las resoluciones judiciales»* (2004), aquel reafirma su posición.

La discusión se centra básicamente que, para ZAVALETA la vulneración del debido proceso solamente sucede ante la existencia de errores *in procedendo*. Sin embargo, para BUSTAMANTE, ocurre también ante la presencia de errores *in iudicando*, es decir, cuando se sostiene que la vulneración incide sobre normas sustantivas, en cuanto su inaplicación, su aplicación indebida o su interpretación errónea.

En efecto, BUSTAMANTE<sup>119</sup>, empieza señalando que en sede nacional existe una concepción deformada del debido proceso, toda vez, por razones de seguridad jurídica se circunscribe que del debido proceso únicamente es necesario el cumplimiento de mecanismos procesales mínimos que aseguren a las partes la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa. Para BUSTAMANTE, «de nada sirve garantizar la vigencia de los derechos que integran el debido proceso, o lograr que efectivamente se cumplan, si las decisiones que se emitan en un proceso, o procedimiento, originan una situación de injusticia intolerable que aviva la amenaza de retorno del ejercicio ilegítimo de la acción directa»<sup>120</sup>.

Así, ZAVALETA nos indica:

la injusticia de la sentencia debe reputarse como una cuestión que, de plantearse en un proceso, sería controvertida, sin importar que se aleguen afectaciones por errores *in procedendo* o por errores *in iudicando*. El asunto es que tratándose de los últimos sería como recurrir a una instancia adicional a las legalmente previstas. Distintos

---

<sup>119</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN Reynaldo, *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*, 2º ed., Ara Editores, Lima, 2016, p. 181 y ss.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 182.

es el caso de los vicios insubsanables que trascienden al proceso, pues ellos, al alentar contra la posibilidad de formular alegaciones y de probarlas en plano de igualdad, o al contravenir el principio de congruencia, distorsionan el debate dialectico e inciden en los resultados de la sentencia. Cuando se trata solo de errores *in iudicando* el juez tiene a la vista los argumentos y las pruebas que supuestamente acreditarían la pretensión y la oposición del actor y el demandado, respectivamente. No existen factores exógenos que distorsionen su razonamiento, o aspectos procedimentales que produzcan indefensión a los justiciables<sup>121</sup>.

Agrega, el citado autor:

Admitir la tesis de BUSTAMANTE incentivaría la proliferación de amparos por quienes creen que la decisión final –ya sea de segunda instancia, para los procesos iniciados en juzgado de paz; o en casación, para los procesos iniciados en juzgados– incurre en un error *in iudicando*. El resultado no sería otro que más carga procesal y mayor dilación para otros procesos, así como falta de seguridad jurídica<sup>122</sup>.

Consideramos que, una posición no muy apartada de ZAVALETA, es la del profesor LORCA NAVARRETE, cuando entiende que «la *garantía procesal* a un “proceso justo” no es *garantía de la “justicia” de la sentencia [“fallo”]*. Sólo es *garantía de que se han respetado las garantías procesales*. Y,

---

<sup>121</sup> ZAVALETA RODRÍGUEZ Roger, *Motivación de Resoluciones judiciales, ob. cit.*, p. 415.

<sup>122</sup> *Ibíd.* El fundamento del profesor ZAVALETA a mi modo de ver, es muy interesante, pues en aquel momento la admisión los amparos contra resoluciones judiciales se daban de la interpretación («a contrario sensu») de la parte *in fine* del inc. 2, del art. 200 de la Constitución Política, que nos indica que la garantía constitucional del amparo no procede «contra normas legales *ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular*». De ahí que, con dicha interpretación acotada, se admitía la procedencia del amparo ante la inexistencia de un procedimiento regular (o que vendría ser lo mismo: la presencia de un procedimiento irregular). Pero, ¿Qué significada el término «procedimiento regular»? En opinión de Domingo GARCÍA BELAÚNDE, *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá, 2001, p. 157, *apud*. Abad Yupanqui Samuel B., *Comentario del artículo 200 de la Constitución*. En: Gutiérrez Walter (Dir.), *La Constitución comentada*, t. III, 2da ed., Gaceta Jurídica, 2013, p. 998, señalaba que un «procedimiento regular» es aquel en el cual se han respetado las pautas esenciales de un debido proceso, reconocido por el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. No obstante, posteriormente, el art. 4 del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), precisó que el amparo procede contra «resoluciones judiciales firmes dictadas con *manifiesto agravio* a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y al debido proceso» (cursivas nuestras).

*por ello, ha existido un “proceso justo”. O, en terminología anglosajona, un fair play. Que ha habido “juego limpio”. Pero, nada más»*<sup>123-124</sup>.

Sin embargo, para TARUFFO existe un debido proceso si éste está construido de modo tal que, además de asegurar la efectividad de las garantías, se logren obtener decisiones justas. En apoyo de esta interpretación se puede argumentar que difícilmente se podría reputar «debido» un proceso que esté sistemáticamente dirigido a producir decisiones injustas, o en el que la posibilidad de una decisión injusta sea irrelevante. Para evitar esta posibilidad no es suficiente que el proceso se articule a través de un procedimiento correcto desde el punto de vista de las garantías. No es válido el argumento, puramente verbalista y conceptualmente circular, según el cual las decisiones que derivaran de este procedimiento serían justas por definición. Lo cierto es precisamente lo contrario. También un proceso en el que han sido respetadas las garantías fundamentales puede producir una decisión injusta, como ocurrirá —por ejemplo— si ha sido infringida o mal aplicada la norma sustantiva que regula la situación que es objeto del proceso<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> LORCA NAVARRETE Antonio María, *El denominado «Proceso Justo»*. En: GONZÁLEZ ÁLVAREZ Roberto (coord.), *Constitución, ley y proceso*, Ara editores, Lima, 2013, p. 233 (cursivas del propio autor).

<sup>124</sup> Para el profesor argentino ALVARADO VELLOSO Adolfo, *Garantismo Procesal*. En: AA.VV., *Activismo y Garantismo Procesal*, 1º ed., Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 2009, p. 85, el *garantismo procesal* es una posición doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, del orden legal vigente en el Estado en tanto tal orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de esa misma Constitución. En otras palabras, los autores así enrolados no buscan un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar a todo trance las garantías constitucionales.

<sup>125</sup> TARUFFO Michele, *Simplemente la verdad*, 1º ed., trad. Daniela Accatino Scagliotti, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 135.

En ese mismo sentido, nuestra Corte Suprema<sup>126</sup>, ha señalado:

Cabe indicar, que el debido proceso no se limita a una mera tramitación formal del proceso, lo que debe perseguirse es emitir una sentencia justa, para lo cual se hace necesario que el Juez averigüe la verdad de los hechos a través de la valoración conjunta de los fundamentos expresados por las partes y los medios probatorios aportados al proceso.

#### 9.4. El debido proceso concebido como cláusula general procesal

No conviene extenderse en este espacio, si el debido proceso (o proceso justo) constituye realmente un principio o un derecho de la función jurisdiccional, conforme a lo establecido expresamente por el artículo 139.5 de la Constitución.

Sin embargo, hacemos mención sucintamente que, hace mucho tiempo, al debido proceso se le cataloga como una «cláusula general procesal», siendo dicho término (cláusula general<sup>127</sup>) tomado por la doctrina civilista. En efecto, como lo expresa, Freddie DIDIER las «cláusulas generales se desarrollaron inicialmente en el ámbito del Derecho Privado, cuyos principales ejemplos son las cláusulas generales de la **buena fe**, de la **función social de la propiedad** y de la **función social del contrato**»<sup>128</sup>.

---

<sup>126</sup> Cas. N° 17661-2015-La Libertad (*El Peruano*, 30 de noviembre de 2017, pp. 101167-101168, *vid.* Décimo Primero Considerando).

<sup>127</sup> Desde el punto de vista de la semántica, Vito VELUZZI, (re)define la cláusula general, señalando que «es un término o sintagma de naturaleza valorativa caracterizado por indeterminación, por lo cual el significado de dichos términos o sintagmas es determinable (o dicho de otra manera: las condiciones de aplicación del término o sintagma son individualizables) recurriendo a criterios, parámetros de juicio, internos y/o ajenos al derecho entre ellos potencialmente en competición» *vid.* VELUZZI Vito, *Las cláusulas generales. Semántica y política del derecho*, trad. Sabrina M. Breger. En: *Rev. Responsabilidad civil y seguros*, Año XIII, N° 5, mayo, 2011, p. 228.

<sup>128</sup> DIDIER JR. Freddie, *Cláusulas generales procesales*, trad. Renzo Cavani. En: *Revista Jurídica del Perú*, t. 112, junio, 2010, p. 259.

A reglón seguido –citando a Carlos Alberto de Oliveria–, agrega que «[ú]ltimamente, sin embargo, las **cláusulas generales han “invadido” el Derecho Procesal, que naturalmente sufrió las consecuencias de las transformaciones de la metodología jurídica en el siglo pasado (...)** El principio del **debido proceso legal** es el principal ejemplo de cláusula general procesal»<sup>129</sup>.

## 9.5. ¿Qué dice la Corte Suprema?

La Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República ha establecido que:

El debido proceso es un principio y derecho de la función jurisdiccional consagrado en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Estado, que tiene por función velar por el respeto irrestricto de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales que lo integran, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional de sus derechos, a través de un procedimiento regular en el que se dé oportunidad razonable y suficiente de ser oído, ejercer el derecho de defensa; de producir prueba y obtener una sentencia debidamente motivada<sup>130</sup>.

De otro lado, la misma Sala señala:

Que, la infracción de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso se configura cuando en el desarrollo del mismo, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 259-260.

<sup>130</sup> Cas. N° 1996-2012-Lima, El Peruano 30 de marzo de 2016, pp. 74801.

<sup>131</sup> Cas. N° 3772-2013-Lima, El Peruano 30 de marzo de 2016, pp. 74805.

Por su parte, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, respecto a la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, establece:

[s]e presenta cuando en su desarrollo no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva, cuando el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, o cuando se vulneran los principios.

#### **9.6. La dicotomía entre las dimensiones del debido proceso**

Se dice que en el derecho estadounidense el *due process of law* ha sido interpretado en forma procesal y sustancial<sup>132</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, a pesar que no existe algún dispositivo legal que haga eco de aquella clasificación, es bien sabido, que ha sido el propio Tribunal Constitucional, quien ha adoptado en reiteradas decisiones aquella división bipartita, al afirmar que:

Que el derecho al debido proceso supone el cumplimiento de las diferentes garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los procesos o procedimientos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto estatal o privado que pueda afectarlos. Su contenido presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con formalidades estatuidas, tales como las que establecen el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación, etc. En las de carácter sustantiva o, estas están básicamente relacionadas con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.

A través de esto último se garantiza el derecho que tienen las partes en un proceso o procedimiento a que la resolución se sustente en la interpretación y aplicación adecuada de las disposiciones vigentes,

---

<sup>132</sup> VARELA CASIMIRO A., *Valoración de la prueba*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 26.

válidas y pertinentes del orden jurídico para la solución razonable del caso, de modo que la decisión en ella contenida sea una conclusión coherente y razonable de tales normas.<sup>133</sup>

O véase también, lo desarrollado por dicho órgano constitucional en reiteradas sentencias:

El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; por la primera, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; por la segunda se relaciona con los estándares de justicia, como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer<sup>134</sup>.

### 9.6.1. Debido proceso sustantivo o material

BUSTAMANTE, refiere que tras el desarrollo alcanzado en el derecho estadounidense y en la jurisprudencia argentina, el **debido proceso sustantivo o sustancial** exige que todos los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales inclusive, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás fines jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez<sup>135</sup>.

En forma sustancial alude a una fórmula de razonabilidad, que se concreta en la imposibilidad de que la legislatura pueda violar ciertos principios de derecho y de justicia<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> Exp. N° 02467-2012-PA/TC (fundamento jurídico n° 6).

<sup>134</sup> Véase la STC N° 09518-2005-PHC (fundamento jurídico n° 3). En ese mismo sentido, la STC N° 2192-2002-HC/TC, N° 2169-2002-HC/TC y N.° 3392-2004-HC/TC.

<sup>135</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN Reynaldo, *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*, 2ª ed., Ara Editores, Lima, 2016, p. 171.

<sup>136</sup> VARELA CASIMIRO A., *Valoración de la prueba*, ob. cit., p. 26.

### 9.6.2. Debido proceso formal, adjetivo o judicial

Para BOURGUIGNON el debido proceso adjetivo:

[e]xige que nadie puede ser privado judicial o administrativamente de sus derechos fundamentales sub que se cumplan ciertos procedimientos establecidos por ley, y no por una ley cualquiera sino por una ley que dé al individuo la posibilidad de exponer razones en su defensa, probar esas razones y esperar una sentencia fundada<sup>137</sup>.

De otro lado, HOYOS manifiesta que a nivel comparado existe en Estados Unidos que ha sido diseñado para proteger aquellos principios fundamentales de libertad y justicia que yacen de las instituciones civiles y políticas y para garantizar aquellos procedimientos que sean requeridos para la protección de la decencia en una sociedad civilizada, el corazón del debido proceso en su aspecto procesal ha sido ubicado en la noción que el gobierno tiene el deber de otorgar notificación razonable y una oportunidad de ser escuchados a los individuos o grupos cuyos intereses en la vida, libertad o propiedad pueden ser adversamente afectados <sup>138</sup>. En Argentina se presenta también el desdoblamiento de la garantía en sentido sustantivo o material, como principio de razonabilidad, y en el sentido adjetivo o formal como rito legal de tramitación de procedimientos, en este último que todo justiciable debe tener acceso expedito a un tribunal, que nadie puede ser privado de sus derechos sino en virtud de un procedimiento fijado en la ley, que otorgue la

---

<sup>137</sup> BOURGUIGNON Marcelo; *El Debido Proceso. Garantía Constitucional*. En: Revista La Ley: Derecho Procesal Civil y Comercial. Doctrinas Esenciales, Adolfo Alvarado Velloso (Dir.), t. I, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, 2010, p. 87.

<sup>138</sup> HOYOS Arturo, *El Debido Proceso*, 1º ed., Temis, Colombia, 1996, pp. 20-22.

posibilidad de defensa, de prueba y de sentencia fundada, de duración razonable del proceso<sup>139</sup>.

Desde otra perspectiva, el profesor brasileño Daniel MITIDIERO, realiza una férrea crítica a la expresión «debido proceso legal» contenida por el artículo 5, inciso LIV, de la Constitución Federal brasileña que taxativamente señala: «nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal»<sup>140-141</sup>.

En primer lugar, porque remite al contexto cultural del *Estado de Derecho* (*Rechstaat, État Légal*), en donde el proceso era concebido únicamente como un *anteparo al arbitrio estatal*, al paso que hoy el Estado Constitucional (*Verfassungsstaat État de Droit*) tiene por misión colaborar en la realización de la *tutela efectiva de los derechos mediante la organización de un proceso justo*. Y en segundo lugar, porque da lugar a que se busque a dicha previsión, por causa de la tradición estadounidense en que es tomada, una *dimensión sustancial* (*substantive due process of law*), cuando en realidad en el derecho brasileño no existe necesidad de pensarla más allá de su dimensión procesal.

---

<sup>139</sup> *Ibidem*.

<sup>140</sup> *Ibid.*

<sup>141</sup> ALVARO DE OLIVERIA Carlos Alberto, *Del formalismo en el proceso civil (propuesta de una formalismo-valorativo)*, trad. Juan José Monroy Palacios, 1° Ed., Palestra, 2007, pp. 181-182, señala que cuando la el artículo 5.º, LIV de la Constitución brasileña estatuye que nadie podrá ser privado de su libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal, pretende claramente abarcar cualquier tipo de proceso donde haya un riesgo de pérdida de algún derecho, pues, como es evidente, la expresión «bienes» fue empleada en sentido amplísimo, comprendiendo cualquier situación de ventaja integrante del patrimonio jurídico del sujeto de derecho. Además, el primer significado del *due of law* se refiere naturalmente al propio acceso a la jurisdicción, garantía tradicional en la historia del constitucionalismo brasileño.

De otro lado, es interesante la postura esbozada por dicho autor brasileño<sup>142</sup>, en lo referente a la supuesta dimensión sustancial del debido proceso, pues manifiesta que la mayor parte de la doctrina considera que los deberes de proporcionalidad y de razonabilidad, cuando dichos postulados provienen de principios de libertad y de igualdad, pues las posiciones jurídicas tienen que ser ejercitadas de forma proporcional y razonable dentro del Estado Constitucional. Acota el referido autor —apoyándose en la posición de su connacional Sérgio MATTOS—, que es innecesario recurrir al concepto de *substantive due process of law*, con el objeto de «reconocer y proteger derechos fundamentales implícitos», en la medida que la Constitución Federal brasileña cuenta expresamente con un catálogo abierto de derechos fundamentales (art. 5, párrafo 2), lo que inmediatamente permite la consecución de ese mismo fin: el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales implícitamente previstos e, inclusive, no previstos en la Constitución (concepto material de derechos fundamentales).

Finalmente, el mencionado profesor reconoce que no es posible definir en abstracto la cabal conformación del derecho al proceso justo, y que se trata de un «término indeterminado»; sin embargo, a pesar de ello, refiere que es posible identificar un «núcleo fuerte insuprimible», un «contenido mínimo esencial» sin el cual seguramente no se está frente a un proceso justo. El autor brasileño<sup>143</sup> lo expresa de la siguiente manera:

En primer lugar, desde el punto de vista de la “división de trabajo” procesal, el proceso justo es pautado por la *colaboración* del juez para

---

<sup>142</sup> *Ibidem* pp. 123-124.

<sup>143</sup> *Ibidem* pp. 126-128.

con las partes. El juez es paritario en el diálogo y asimétrico apenas en el momento de la imposición de sus decisiones. [...] En segundo lugar, constituye un proceso capaz de prestar *tutela jurisdiccional adecuada y efectiva*, en donde las partes participan en pie de *igualdad* y con *paridad de armas*, en *contradictorio*, con *amplia defensa*, con *derecho a la prueba*, ante un *juez natural*, en donde todos sus pronunciamientos son *previsibles, confiables y motivados*, en procedimiento público, con *duración razonable* y, siendo el caso, con *derecho a asistencia jurídica integral* y formación de *cosa juzgada*. (cursivas del autor)

## 10. Relación existente entre tutela jurisdiccional y el debido proceso (proceso justo)

A decir de MONROY GÁLVEZ, entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a un debido proceso «existe la misma relación que se presenta entre la anatomía y la fisiología cuando estudia un órgano vivo, es decir, la diferencia solo reside en la visión estática y dinámica de cada disciplina, respectivamente. El primero es el postulado, la abstracción; en cambio, el segundo es la manifestación concreta del primero, es su actuación»<sup>144</sup>.

De otro lado, MARINONI acota que «el derecho a la tutela judicial efectiva y el proceso justo son elementos que se conjugan cuando se tiene un proceso civil preocupado con la tutela de los derechos. El proceso debe observar los derechos fundamentales procesales que garanticen la participación de los jurisdicionados y el adecuado ofrecimiento de sus razones, pero también debe estar estructurado de modo a viabilizar el efectivo alcance de las tutelas de los derechos, sin que la decisión judicial se aparte de su compromiso con las normas constitucionales»<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> MONROY GÁLVEZ Juan, *Introducción*, ob. cit., pp. 248-249.

<sup>145</sup> MARINONI Luiz G., *Introducción al Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 85.

Sin embargo, CAFFERATA realiza un deslinde entre el debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional señalando que: «[L]a identificación resulta inadecuada, no sólo porque se trata de dos derechos que tienen origen diferente (el proceso justo de origen anglosajón y la tutela jurisdiccional efectiva de la Europa continental), sino también porque extienden su fuerza normativa a ámbitos de aplicación también diferentes. Así, mientras la tutela jurisdiccional efectiva está circunscrita a los procesos jurisdiccionales —valga la redundancia—, el proceso justo o debido proceso rige además los procedimientos administrativos, arbitrales, militares, políticos y particulares»<sup>146</sup>.

## 11. Consideraciones finales

En definitiva, luego de efectuar un breve repaso de unas concepciones del debido proceso (o proceso justo) y de la tutela jurisdiccional, observamos que sigue habiendo (y creemos siempre lo habrá) disquisiciones y vacilaciones en la interpretación doctrinal y jurisprudencial. E inclusive, notamos que en la actualidad existe divergencias por parte del propio legislador. Así TARUFFO, refiere que las variaciones, divergencia e incertidumbres de muchas de las garantías procesales que están incluso enunciadas formalmente en términos análogos, son de alguna manera inevitables, cuando en diferentes ordenamientos, se trata de dar significado a conceptos necesariamente vagos e indeterminados como «proceso justo», «remedio efectivo», «duración razonable», entre otros. Lo fundamental, refiere nuestro autor, es que a pesar de dichas divergencias, estamos frente a la ya clara afirmación de la idea fundamental en virtud de la cual existe un *núcleo esencial* de principios irrenunciables que gobiernan la administración de justicia civil en los

---

<sup>146</sup> OBANDO BLANCO, Víctor Roberto; *Proceso Civil y el Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Base para un Modelo*, 1º ed. Ara Editores, Lima, 2011, p. 53.

ordenamientos evolucionados, y que tienen que ver con el *juez*, que debe ser independiente e imparcial; con las *partes*, que deben ver asegurado su acceso a la tutela jurisdiccional y el derecho a defenderse; y con el *procedimiento*, que debe ser rápido, simple, accesible y eficiente para el ejercicio de los derechos<sup>147</sup>.

Por tal motivo debemos considerarnos dichosos de que nuestra Carta Fundamental consagre expresamente dos derechos complementarios de naturaleza fundamental: tutela jurisdiccional y debido proceso (art. 139.3 Consti./1993), siendo el deber primordial de los órganos jurisdiccionales respetar y hacerlos respetar, y no sólo efectuar mera galantería de aquellos, en los inaugurales considerandos de las más trascendentes resoluciones judiciales (autos y sentencias), sino más bien, se trata de ser conscientes que los órganos jurisdiccionales no sirven exclusivamente al Estado, sino a las personas.

Teniendo en claro lo expuesto, actualmente en el proceso de un Estado Constitucional de Derecho, debe erradicarse el ritualismo o formalismo *excesivo*, que sigue estando latente incluso antes de iniciado el proceso (en la irracionalidad de la concesión o rechazo de medidas cautelares *ante causam*) y dentro de aquel.

---

<sup>147</sup> TARUFFO Michele, *Páginas sobre la Justicia Civil*, ob. cit. p. 65.

**CAPÍTULO II:**  
**ALCANCES SOBRE PRUEBA,**  
**VERDAD Y DECISIÓN JUSTA EN EL**  
**PROCESO CIVIL**

## ALCANCES SOBRE PRUEBA, VERDAD Y DECISIÓN JUSTA EN EL PROCESO CIVIL

**Sumilla:** I.- Prueba y verdad en el proceso civil. 1.- Nociones elementales sobre la prueba judicial. 2. Superación de la dicotomía entre verdad material y procesal. 3. Distinción entre «verdad» y «certeza». 4. Concepciones sobre la función de la prueba. 4.1. Concepción retórica o persuasiva de la prueba. 4.2. Concepción cognoscitivista. 5.- Limitaciones de la prueba. II.- Presunciones y ficciones en el proceso civil. 1.- Etimología y breve relato histórico. 2.- Definición de presunción. 3.- Fundamento de las presunciones. 4.- ¿Las presunciones constituyen medios probatorios? 5.- ¿Las presunciones normas materiales o procesales? 6.- Indicio y prueba indiciaria. 7.- Relación existente entre presunción e indicio. 8.- Elementos o presupuestos de las presunciones. 9.- Clasificación de las presunciones. 10.- Definición de ficción jurídica. 11.- Diferencia y similitudes entre presunción «iure et de iure» y ficción legal. III.- Proceso civil y decisión justa. 1.- La función del Juez. 2.- Proceso y decisión judicial. 3.- La motivación de resoluciones judiciales. 4.- Decisión justa. 4.1.- Notas introductorias. 4.2.- Decisión justa en la jurisprudencia civil, constitucional e internacional. 5. Decisión justa desde la perspectiva de Michele Taruffo. - 5.1. Notas introductorias. - 5.2. ¿Decisión justa?

### I. Prueba y verdad en el proceso civil

#### 1. Nociones elementales sobre la prueba judicial

Se comenta con justicia que realizar una definición sobre la prueba no es ciertamente una labor fácil. Y ello, no sólo porque estemos ante un término

*polisémico*, y no únicamente vinculado estrechamente al Derecho, sino a la realidad misma. El norteamericano David SCHUM cuidadosamente manifiesta que se suele utilizar el término prueba con respecto a los fenómenos observables sobre los cuales basamos nuestras inferencias acerca de asuntos de interés e importancia para nosotros<sup>148</sup>.

Sin embargo, existen procesalistas que han asumido ese desafío. Así, Eduardo COUTURE, con una agudeza impresionante, propia de él, refería que «la prueba civil, a pesar de lo que dicen ciertas definiciones legales, no es un medio de averiguación, sino un medio de contralor de las proposiciones de hecho formuladas por las partes»<sup>149</sup>. Y ello, nos conduce inevitablemente, a la respuesta de la interrogante que se formulara SENTÍS MELENDO, consistente en ¿qué se prueba en un proceso?, «*se prueban afirmaciones; no se prueban cosas ni se prueban hechos*. Las cosas existen; los hechos se realizan; las afirmaciones tienen por contenido esas cosas o esos hechos»<sup>150-151</sup>. Y lo dicho, resulta ciertamente innegable, pues todo hecho, deducido en juicio por las partes, es preexistente a éste y constituye el verdadero e insuperable límite de la función judicial<sup>152</sup>. Por ello, no carece de firmeza lo manifestado por Guiseppe CAPOGRASSI, cuando acotaba que el juez, respecto al nudo de intereses que se trata de disolver, a la acción que se trata de juzgar, es, más que un tercero, un ausente. Es ajeno a estos

---

<sup>148</sup> SCHUM David A., *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*, trad. Orión Vargas, Orión Vargas, Bogotá, 2016, p. 35.

<sup>149</sup> COUTURE Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 1950, p. 65

<sup>150</sup> SENTÍS MELENDO Santiago, *La Prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, EJE, Buenos Aires, 1979, p. 38.

<sup>151</sup> Así, UBERTIS Giulio, *Profili epistemologici della prova*. In: *La prova nel processo civile*. Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura. N° 108, 1999, p. 461, indica que un error a evitar en el estudio del fenómeno procesal es aquel de considerar que la prueba versa sobre «hechos», en vez de tener siempre presente que ella atañe más precisamente a «enunciados fácticos» relativos de lo que se afirma (o se niega) acaecidos en el pasado.

<sup>152</sup> MONTELEONE Girolamo, *Notas sobre las relaciones entre jurisdicción y ley en el Estado de Derecho* (trad. Eugenia Ariano). En: *Revista de Derecho Themis*, 2<sup>da</sup> época, n° 43, Lima, 2001, p. 111.

intereses, no ha ciertamente presenciado la acción sobre la que debe juzgar. No sabe nada; es una página en blanco: debe, más bien, no saber nada<sup>153</sup>.

## 2. Superación de la dicotomía entre verdad material y procesal

FERRER BELTRÁN, refiere que las distintas limitaciones procesales, y no procesales (como los intereses de las partes) que pueden interferir en la determinación de la verdad de los enunciados declarativos de hechos probados, producen que en algunas ocasiones se declaren probados enunciados falsos<sup>154</sup>. En ese sentido, ante la exigencia, parecen presentarse dos alternativas excluyentes y exhaustivas: o bien se abandona la definición de la prueba en términos de verdad, esto es, la relación conceptual entre ambas nociones, o bien se sostiene que en los casos en los que se declara probado un enunciado acerca de los hechos que resulta falso, en realidad no está probado<sup>155</sup>.

Así las cosas, fue la doctrina alemana de finales del siglo XX, que postuló la existencia de dos tipos de verdades dependiendo la clase de proceso que se tramitaba. Es así, que «se decía el juicio civil se conforma con la verdad formal y que en el juicio penal se busca la verdad material. Esta aparente divergencia de «verdades» siempre ha chocado a los estudiosos del derecho procesal»<sup>156</sup>; sin embargo, tal «distinción anterior era y es absurda pero fue sostenida (...) durante décadas y, sobre todo, permitió a los procesalistas penales diferenciar la prueba penal de la civil. El mito de la verdad formal fue destruido por CARNELUTTI, simplemente evidenciando que la verdad no

---

<sup>153</sup> CAPOGRASSI Giuseppe, *Juicio proceso ciencia verdad*, trad. Eugenia Ariano. En: Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Vol. 6, N° 2, Lima, 2016 p. 209, de la versión original, *Giudizio processo scienza verità*. In: Rivista di diritto processuale. 1950, pp. 1-22.

<sup>154</sup> FERRER BELTRÁN Jordi, *Prueba y Verdad*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 61.

<sup>155</sup> *Ídem*.

<sup>156</sup> EISNER Isidoro, *La Prueba en Proceso Civil*, ob. cit. p. 42.

puede ser más que una, de modo que, o la verdad formal coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o discrepa de ella, y no es sino una no verdad»<sup>157</sup>.

Al respecto, ALZAMORA VALDEZ, repudiando dicha dicotomía refería que, «en realidad debe desecharse tal criterio de la doble verdad, que es tan absurdo como en que teología lleva el mismo nombre. La verdad es una sola y el juez debe estar dotado de medios para investigarla»<sup>158</sup>.

### 3. Distinción entre «verdad» y «certeza»

Como lo mencionamos anteriormente, para cierto sector doctrinario la verdad era inalcanzable, pero lo que sí puede haber son distintos grados de certeza, distintos grados de certidumbre<sup>159</sup>.

Por su parte, la epistemóloga inglesa Susan HAACK, nos comenta que afirmar —como algunos filósofos posmodernos y algunos estudiosos del derecho hacen— que no hay verdad es *ipso facto* comprometerse a uno mismo con que es *verdadero* que la verdad no existe y, por ello, minar la afirmación incluso al hacerla<sup>160</sup>; por lo tanto, corresponde señalar la diferenciación existente entre los términos «verdad» y «certeza».

---

<sup>157</sup> MONTERO AROCA Juan, *Nociones Generales sobre la prueba*, ob. cit. p. 26.

<sup>158</sup> ALZAMORA VALDEZ Mario, *Derecho Procesal Civil. Teoría del Proceso Ordinario*, Ediciones Eddili, 1966, p. 122. No obstante, lo señalado, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, refiere «la finalidad de los medios probatorios recae en comprobar o verificar (no averiguar o investigar) las afirmaciones que las partes han expuesto tanto en la demanda como en la contestación. Esto no significa que se verifique la veracidad de los hechos sino de las afirmaciones que de ellos hacen las partes, que es diferente. Entonces podríamos decir que la finalidad es llegar a una verdad procesal porque no puede afirmarse que siempre se alcance la verdad real. Esta verdad procesal es la que lleva al Juez al convencimiento y es la que tiene que trasladar a la sentencia como fundamento de su decisión indicando las pruebas que la soportan» (Cas. N° 3906-2012-Huánuco, de fecha 18 de junio de 2013).

<sup>159</sup> EISNER Isidoro, ob. cit. p. 42.

<sup>160</sup> HAACK Susan, *La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple, después de todo*. En: Ferrer Beltrán Jordi y Vásquez Carmen (coords.), *Debatiendo con Taruffo*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 313.

Así, concebimos a la certeza «como adhesión anímica se ajusta más a la idea de sinceridad, porque es una creencia subjetiva de esta en posesión de la verdad, se da con ella y sin ella. Hay otro factor de disparidad entre la certeza y la verdad: un juicio puede darse en formas dubitativas, hay razones para creer o no creer acerca de un asunto y, sin embargo, éste puede corresponder a la realidad. Con estas distinciones queda deslindada la idea de que pueda haber una identidad de términos entre verdad y certeza. La verdad se da cuando el juicio imaginativo-representativo se corresponde con la realidad; la certeza, por anímica, es más subjetivada»<sup>161</sup>.

Del mismo parecer es TARUFFO, quien nos indica que la «verdad» es objetiva y depende de la realidad de los hechos de los que se habla. La «certeza», en cambio, es un estado subjetivo, referido a la psicología de quien habla, y corresponde a un grado elevado (o muy elevado, cuando se habla de «certezas absolutas») de intensidad del convencimiento del sujeto<sup>162</sup>. Entre las dos nociones no existe correspondencia ni implicación. Por un lado, una afirmación es verdadera con independencia de la certeza o del convencimiento de alguien: la Tierra tenía forma esférica aun cuando nadie tuviera certeza de que ello fuera así, y aun cuando muchos tuvieran incluso

---

<sup>161</sup> BORJA NIÑO Manuel Antonio, *La prueba en el Derecho colombiano*, t. I, 2º ed., UNAB, Colombia, 2003, p. 94

<sup>162</sup> Efectivamente, que el Juez esté «convencido» que la veracidad de las afirmaciones de la ocurrencia o inexistencia de determinados hechos, no quiere decir, que ello sea verdad, o que no pueda estar en error. No por nada, CHIOVENDA, manifestaba «el juez, considerando existentes algunos hechos, determinase a actuar la ley. Estos hechos no siempre corresponden a la realidad. La convicción del juez puede ser fruto de error, de dolo, de pruebas insuficientes; a veces la ley ordena el juez, considerar *como existentes* determinados hechos (hechos no contradichos, confesados, jurados). Aún más; en interés del bienestar social, la ley pone límites a la revisión de la sentencia; agotadas algunas reclamaciones o fenecidos algunos términos, la sentencia tiene calidad de cosa juzgada, deviene *res iudicata*, esto es indiscutible, pese a los errores de hecho y de derecho que han viciado la fundamentación del juez»: CHIOVENDA Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal Civil*, *ob. cit.*, p. 92.

certeza de que fuera plana. Por otro lado, un sujeto puede tener certeza de una afirmación verdadera, pero la verdad de esta afirmación no deriva de certeza subjetiva de ese sujeto, sino más bien de la correspondencia de la afirmación con la realidad a la que se refiere<sup>163</sup>.

Lo cierto es que, aquí se prefiere como marco teórico la conocida teoría de la verdad como correspondencia<sup>164</sup>, que implica que el contenido de la decisión es verdadera cuando coincide o se corresponde con los sucesos que realmente ocurrieron en la situación empírica que está en la base de la controversia judicial<sup>165-166</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe mencionar que existen esencialmente dos concepciones de la función de la prueba, que inmediatamente pasaremos a desarrollar.

#### 4. Concepciones sobre la función de la prueba

La dificultad de definir la función de la prueba se conecta directamente con los diversos conceptos de proceso y de objetivos del proceso judicial. El

---

<sup>163</sup> TARUFFO Michele, *Simplemente la verdad*, trad. Daniela Accatino Scagliotti, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 102.

<sup>164</sup> Ha sido Alfred TARSKI quien ha adoptado una versión moderna de la teoría de la verdad correspondencia de Aristóteles. En efecto, dicho filósofo polaco, refiere que «[n]uestra comprensión de la noción de verdad parece estar esencialmente de acuerdo con varias explicaciones que de esta noción se han dado en la literatura filosófica. La que quizás sea la primera explicación se puede encontrar en la *Metafísica* de Aristóteles: Decir de lo que es que no es, o de lo que no es que es, es falso, mientras que decir lo que es que es, o de lo que no es que no es, es verdadero» TARSKI Alfred, *Verdad y Demostración*, versión castellana de Carlos Oller, *Disputatio. Philosophical Research Bulletin* 4:5, 2015, pp. 367-396. Asimismo, quien utiliza esta teoría, es: FERRER BELTRÁN Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, ob. cit., p. 71 (v. nota 27).

<sup>165</sup> TARUFFO Michele, *La Prueba*, ob. cit. p. 28.

<sup>166</sup> Cabe señalar que en la literatura filosófica moderna se discute ampliamente sobre diversas teorías de la verdad, entre ellas, la teoría pragmática, teoría de la coherencia, cuestión que no abordaremos aquí, pues ello implica un estudio muy minucioso y conocimientos especializado en temas filosóficos y epistemológicos, que actualmente carecemos.

problema se puede resolver adoptando teorías conforme a las cuales establecer la verdad de los hechos sea uno de los principales propósitos del proceso judicial<sup>167</sup>.

Así tenemos que, la función de la prueba es concebida desde una perspectiva retórica (persuasiva o psicologista), o desde una perspectiva cognoscitivista (o epistémica), que no debe ser confundida con las dos concepciones de la motivación de las resoluciones judiciales.

#### 4.1. Concepción retórica o persuasiva de la prueba

Desde esta perspectiva se concibe a la prueba como una actividad encaminada a «convencer» o «persuadir» al juez de la ocurrencia de los hechos<sup>168</sup>.

La concepción retórica de la prueba no se preocupa por el conocimiento, porque se basa en la asunción de que la prueba es solo un conjunto de argumentos que se emplean como medios para persuadir al juez de que debe preferir una determinada versión de los hechos. Las ideas centrales de esta concepción son la persuasión y la creencia subjetiva, y no la información y el conocimiento: el propósito al que se orientan las pruebas es la creación de una condición o estatus psicológico en la mente del juez, esto es, de una *persuasión* sobre los hechos del caso. En consecuencia, la toma de decisiones sobre los hechos no se concibe como la búsqueda de la verdad o como la

---

<sup>167</sup> TARUFFO Michele, *La Prueba*, 1º ed., trad. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Marcial Pons, 2008, p. 20.

<sup>168</sup> GASCÓN ABELLÁN Marina, *¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión probatoria*. En: Revista Jueces para la democracia, N° 52, 2005, p. 74.

obtención de conocimiento, sino como una elección a favor de la versión de los hechos que resulte más persuasiva, porque las historias narradas en el curso del proceso parecen ser más atractivas, convincentes provocativas en ese sentido que en cualquier otro. En pocas palabras: el juez no *aprende* ni *descubre* nada sobre los hechos a partir de las pruebas practicadas. Sólo *cre*e que una versión de los hechos es más preferible que otra, a partir de un estado mental que se induce mediante el contacto con la prueba<sup>169</sup>.

Así, MONTERO AROCA, expresa que tradicionalmente la función de la prueba ha venido refiriéndose al descubrimiento de la verdad, dándose así origen a otro mito en materia de prueba, éste con más profundas consecuencias prácticas que en el anterior. En este sentido de la búsqueda de la verdad se pronunció toda la doctrina del siglo XIX y también buena parte de la del presente, para la que «las pruebas son diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad» (BONNIER). Sin pretender plantear cuestiones metafísicas (la verdad a la que se llega por la inteligencia), físicas (la verdad que proporcionan los sentidos) o históricas (la verdad que nos narran otras personas) puede afirmarse que hoy se reconoce comúnmente que esa aspiración era demasiado ambiciosa. La humildad ha exigido acabar con este segundo mito<sup>170</sup>.

Es así, que el citado autor afirma que la búsqueda de la verdad no puede ser la función de la prueba civil. Añade, que si los hechos

---

<sup>169</sup> TARUFFO Michele, *La recolección y presentación de las pruebas en el proceso civil: tradiciones culturales y tendencias teóricas*. En: TARUFFO Michele, *Páginas sobre Justicia Civil*, Trad. Maximiliano Aramburo Calle, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 352.

<sup>170</sup> MONTERO AROCA Juan, *Nociones Generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)*. En: *La prueba*, MONTERO.AROCA Juan (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 23-24.

controvertidos pueden ser sólo los afirmados por las partes, si los medios de prueba a practicar han de ser únicamente los propuestos por las partes y si todo se reduce a que mediante éstos se trata de verificar aquellos, no hace falta más para convencernos de que la verdad ésta fuera del alcance de la prueba procesal<sup>171</sup>.

En palabras de SENTÍS MELENDO<sup>172</sup>, la finalidad de la es «determinar o producir la *convicción* o *persuasión* del juez, convencerlo o persuadirlo». De similar parecer, es su connacional, MIRANDA ESTRAMPES, quien manifiesta que «la finalidad de la prueba no es otro que formar la convicción del Juez acerca de la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes en el proceso, es decir, que el Juez se convenza o persuada de que tales afirmaciones coinciden con la realidad. Mediante la prueba no se trata de convencer a la parte procesal contraria, ni siquiera al Ministerio Público cuando interviene en el proceso, sino que el único destinatario de la prueba es el Juez»<sup>173</sup>.

<sup>174</sup>.

Y finalmente, en ese mismo sentido, Jorge L. KIELMANOVICH, para quien la finalidad de la prueba es «formar convencimiento del juez

---

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>172</sup> SENTÍS MELENDO Santiago, *La prueba, ob., cit.*, pp. 38-39. Por su parte, EISNER Isidoro, *La Prueba en el proceso civil*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 32, refería que en un proceso sólo se trata de llegar lo más cerca posible a la verdad. Pero pretender alcanzar la verdad a través del proceso, del proceso judicial y del proceso humano, es una utopía. Ni siquiera las verdades científicas, a las que se llega por medios mucho más amplios y libres que la reglamentación procesal, son verdades eternas, porque las nuevas verdades de la ciencia cada día son otras y voltean las verdades anteriores, *Loc. cit.* p. 32-32.

<sup>173</sup> MIRANDA ESTRAMPES Manuel, *La mínima actividad probatoria en el Proceso Penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 36.

<sup>174</sup> En contra a la postura de dicho autor, Ferrer Beltrán Jordi, *Prueba y verdad en el derecho, ob. cit.*, pp. 28 y ss.

acerca de la existencia o no existencia de hechos de importancia en el proceso»<sup>175</sup>.

#### 4.2. Concepción cognoscitivista

Al respecto, Marina GASCÓN, nos indica que bajo este enfoque la prueba se concibe «como un *instrumento de conocimiento*, o sea, como actividad encaminada a conocer o averiguar la verdad sobre los hechos controvertidos o litigiosos, pero mismo tiempo como fuente de un conocimiento que es sólo probable. En pocas palabras, desde esta perspectiva se asume que la declaración de hechos probados puede ser falsa. Por lo demás, en esta concepción la valoración de la prueba se concibe como una actividad *racional*, consiste en comprobar la verdad de los enunciados a la luz de las pruebas disponibles, y por ello susceptibles de exteriorización y control»<sup>176</sup>.

La concepción epistémica de la prueba se basa en la asunción de que la prueba es esencialmente un conjunto de información recopilada y presentada con el propósito de guiar al juez para que encuentre una reconstrucción verídica de los hechos en cuestión. Tal reconstrucción puede fundarse en bases más o menos «ciertas» o «probables», dado que todas las verdades judiciales pueden ser sólo relativas y contextuales. Sin embargo, el resultado de las pruebas es «conocimiento», es decir, algo fiable que se dice objetivamente acerca de la ocurrencia de hechos concretos. La prueba, entonces, suministra

---

<sup>175</sup> KIELMANOVICH Jorge L., *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa fe, 2001, p. 61

<sup>176</sup> GASCÓN ABELLÁN Marina, *La prueba de los hechos*. En: GASCÓN ABELLÁN Marina & García Figueroa Alonso J., *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2015, pp. 350-351.

al juez de los hechos las bases epistémicas para ese conocimiento, y en ese sentido es un medio para obtener conclusiones verificadas sobre los hechos del caso. De allí que esta concepción de la prueba sea consistente, y se asocie usualmente al «modelo de la decisión justa», de la sentencia judicial<sup>177</sup>.

En otros términos, la verdad no resulta de una misteriosa intuición individual, sino de un procedimiento cognoscitivo articulado y verificable de manera intersubjetiva<sup>178</sup>.

Bajo esta concepción, la prueba es el instrumento que suministra al juez la información que necesita para establecer si los enunciados sobre los hechos se sustentan en bases cognoscitivas suficientes y adecuadas para considerarlos como «verdaderos». La función de la prueba es, entonces, una función *racional* en cuanto se ubica en el interior de un procedimiento racional de conocimiento y está orientada a la formulación de «juicios de verdad» basados en una justificación racional.

En definitiva, si tomamos como premisa que toda exageración o exceso en la consecución de un determinado acto o finalidad es pernicioso para quien lo efectúa, la búsqueda exacerbada y sin límite alguno de la verdad en el proceso civil también lo es, pues ésta de alguna forma, podrá echar abajo un principio fundamental que incardina a toda la función jurisdiccional, que es el de la imparcialidad, pues el juez so pretexto de llegar a la verdad de los

---

<sup>177</sup> TARUFFO Michele, *La recolección y presentación de las pruebas en el proceso civil*, ob. cit., p. 352.

<sup>178</sup> TARUFFO Michele, *Consideraciones sobre la prueba y la motivación*, ob. cit., p. 533.

enunciados fácticos en el proceso, podría convertirse en un juez realmente autoritario, por otro lado, si concebimos la radical idea “escéptica” de la verdad, esto es, que aquella no puede alcanzarse en el proceso, debiendo renunciarse a tal fin, ello, llevaría a una enorme desconfianza en los tribunales judiciales, incentivando que todos los justiciables hagan su justicia por propia mano, es decir, regresaríamos a autotutela. Acaso, ¿alguien en su sano juicio, se atrevería ir a los tribunales en busca de tutela jurisdiccional bajo dichas hipótesis?

## 5. Limitaciones de la finalidad de la prueba

Es interesante es el parecer de FERRER BELTRÁN, cuando señala que «la prueba debe ser considerada como el medio a través del cual el derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial. Ahora bien, dadas las limitaciones (o imperfecciones, si se prefiere) de ese medio, la presencia del medio (la prueba) no garantiza la obtención del fin (la verdad)»<sup>179</sup>.

De análogo parecer es NIEVA FENOLL, cuando manifiesta que en el proceso lo que realmente se trata es de que el juez pueda acercarse a los hechos tal y como efectivamente sucedieron de la manera más estrecha posible, reconociendo expresamente sus limitaciones, evidentemente <sup>180</sup>. ¿Pero cuáles son aquellas limitaciones de la finalidad de la prueba? Es indudable

---

<sup>179</sup> FERRER BELTRÁN Jordi, *Prueba y verdad, ob. cit.*, p. 31. Preferimos el término «enunciado» toda vez que ésta constituye una formación lingüística que indica una situación objetiva, y por ello posee la propiedad de ser verdadera o falsa. Cfr. MENNE Albert, *Introducción a la lógica* (1966), Gredos, Madrid, 1969, p. 78. Éste último autor, se adhiere a una lógica de enunciados bivalente, donde un enunciado podrá ser únicamente verdadero o falso, no existiendo valores intermedios de verdad.

<sup>180</sup> NIEVA FENOLL Jordi, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 23.

que gran parte de aquellas limitaciones vienen dadas por la regulación de ciertas reglas procesales, pero no son las únicas.

A nuestro juicio, las limitaciones (o restricciones) para alcanzar la finalidad de la prueba pueden darse en dos vertientes, esto es, en un plano extra-procesal y el otro, en un plano netamente procesal (si se quiere, intra-proceso).

La primera de ellas, se manifiesta naturalmente al exterior del proceso, pudiéndose configurarse a su vez, de manera voluntaria o involuntaria. Nos explicamos, existirá una limitación probatoria al exterior del proceso, en forma voluntaria cuando, por ejemplo, es la propia persona (eventual demandante) que a pesar que se atribuye un derecho o la conculcación a éste, no logra aportar todas fuentes de prueba necesarias en aras de respaldar sus futuros hechos constitutivos en el proceso judicial. En dicho grupo, también puede incorporarse, cuando la fuente o medio de prueba, no fue debidamente incorporados al proceso, por un mal asesoramiento (o negligencia) del abogado patrocinador, lo cual, muchas veces sucede, aunque nadie admite, pues en rigor, son aquellos que brindan una estrategia y/o técnica procesal, y muchas veces tienen un rol protagónico en el material probatorio presentado<sup>181</sup>.

---

<sup>181</sup> El profesor brasileño BARBOSA MOREIRA señalaba que «aludimos siempre a “partes”, conformándonos a un generalizado modo de decir. Es hora de señalar que ese tipo de discurso raya muchas veces con el irrealismo y puede resolverse en perversa hipocresía. En efecto, en la mayoría de los ordenamientos procesales contemporáneos, las partes son, en regla, representadas en juicio por abogados. Casi todas las proposiciones en que la parte figura como sujeto se refieren, en verdad, a acciones u omisiones del *abogado*. Sin duda, en el rigor de la técnica, éste actúa en nombre de la parte, y su comportamiento es tenido, en la mayoría de los casos, como comportamiento a ella imputable. Por detrás de ese biombo técnico, entretanto, se abre un profundo abismo»: BARBOSA MOREIRA José Carlos, *El Neoprivatismo en el proceso civil*. En: MONTERO AROCA Juan (coord.), *Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, y quince ensayos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 213-214.

La limitación al exterior del proceso, es de manera involuntaria, cuando dichas fuentes de prueba tienden a desaparecer o a destruirse o deteriorarse, ya sea por efectos del tiempo, o por hechos imprevistos. Aunque para ello, existan determinados mecanismos procesales para evitar su total o parcial desaparición (art. 284 y ss. CPC).

La segunda de las limitaciones es carácter netamente procesal, y dará cuando, en un sistema procesal existan *reglas procesales* que impidan la admisibilidad de un determinado medio probatorio.

A decir, de FERRER BELTRÁN<sup>182</sup>, pueden identificarse fundamentalmente tres tipos de reglas sobre la prueba, en función del objeto sobre el que versan:

- a) *reglas sobre la actividad probatoria*: ocurre cuando se incluyen reglas que establecen el momento que se inicia la fase de prueba y en el que finaliza, los momentos procesales en que pueden y/o deben proponerse las pruebas para su admisión, los sujetos a quien corresponde realizar esta proposición, etc.

En cuanto a este ítem, resulta claro que nuestro Código Procesal Civil ha impuesto claramente a las partes procesales ciertas reglas atinentes a la incorporación del material probatorio. Así el art. 189 del CPC refiere categóricamente que: «*Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios,*

---

<sup>182</sup> FERRER BELTRÁN Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 35. Para dicho autor, estos distintos tipos de reglas no inciden del mismo modo en las posibilidades de determinar los hechos probados de forma coincidente con la verdad. O, dicho de otro modo, no todas las reglas sobre la prueba inciden del modo en las posibilidades de que coincida el valor de verdad del enunciado probatorio («Está probado que *p*») y el del enunciado que se declara probado («*p*») [Loc. cit. p. 36].

*salvo disposición distinta de este Código»* (Estas salvedades pueden ser, los arts. 374; 429 y 440 del CPC).

- b)** *reglas sobre los medios de prueba:* sucede cuando se define los medios de prueba, determina cuáles de ellos son admisibles en un determinado procedimiento o excluye expresamente algunos de ellos, etc.

En lo referente a este ítem, verificamos que en los casos de documentos privados con fecha cierta y produce *eficacia jurídica* como tal en el proceso, cuando está incurso en los incisos del artículo 245 del CPC, entre otras.

- c)** *reglas sobre el resultado probatorio:* acontece cuando indica al órgano decisor qué resultado debe extraer a partir de la presencia en el expediente procesal de algún medio de prueba específico o bien le concede libertad jurídica para que valore los elementos de juicio que tenga disponibles.

Aquí, podemos remitirnos a la forma de actuar del juzgador ante el contenido de las respuestas del interrogatorio en la declaración de parte (art. 218 CPC). Así el citado dispositivo legal señala: *«Las respuestas deben ser categóricas, sin perjuicio de las precisiones que fueran indispensables. Si el interrogado se niega a declarar o responde evasivamente, el Juez lo requerirá para que cumpla con su deber. De persistir en su conducta, el Juez apreciará al momento de resolver la conducta del obligado (...)*», ésta regla procesal puede ser aplicada supletoriamente en el caso de interrogatorio de testigos (art. 230 CPC).

Lo innegable es que dichas reglas procesales pueden ser racionales e inclusive irracionales, ya sea porque tengan un valor epistemológico, protejan un derecho de alto contenido constitucional y/o fundamental o simplemente por el mero capricho del legislador<sup>183</sup>. Piénsese, por ejemplo, en la inadmisibilidad de una prueba ilícitamente obtenida, el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados (art. 2, inc. 10<sup>184</sup>, de la Consti./1993), en la prohibición de dotar de valor las declaraciones obtenidas por violencia o a través de la tortura (art. 24, literal h<sup>185</sup>, de la Consti./ 1993) o a través de simulación, dolo, intimidación o soborno (art. 199<sup>186</sup> CPC); o el rechazo de la declaración de un testigo menor a 25 años, en un proceso de prescripción adquisitiva de dominio (art. 505, inc. 4 CPC), o la prohibición de dejar declarar a un testigo que tenga vínculo de parentesco (dentro del cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad) por alguna de las partes del proceso, que no sea de asuntos de familia (art. 229 CPC).

Otra limitación de orden legal (o, mejor dicho, de orden constitucional) es la institución jurídico procesal de la *cosa juzgada*. Es decir, luego que un

---

<sup>183</sup> Sobre las limitaciones a la finalidad de la prueba, bajo una concepción cognoscitiva de esta, más ampliamente, GASCÓN ABELLÁN Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 128-137.

<sup>184</sup> **Art. 2.-** Toda persona tiene derecho: (...) Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. *Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal (...)*» (cursivas nuestras).

<sup>185</sup> **Art. 2.-** Toda persona tiene derecho: (...) inc. 24.- (...) h) Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. *Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad*» (cursivas nuestras).

<sup>186</sup> **Art. 199.- Ineficacia de la prueba:** «Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno».

proceso civil concluye, y, por consiguiente, la decisión judicial quede firme, adquiriendo la calidad de cosa juzgada (o caso juzgado, como gusta decir, a los argentinos), ya no podrá discutir nuevamente dicho caso. Sin embargo, ello en lo absoluto significa que un caso juzgado y sacramentado torne como verdaderos hechos completamente falaces. No es gratuito, que cierta doctrina autorizada, en dicha institución vea reflejada una verdadera ficción. Entonces, un límite que impide alcanzar la finalidad de la prueba, es justamente la cosa juzgada. Así, EISNER expresa dicha institución «impide seguir discutiendo toda la vida lo que se empezó a discutir al iniciar el juicio»<sup>187</sup>.

## II. Presunciones y ficciones en el proceso civil

### 1. Etimología y breve relato histórico de las presunciones

Etimológicamente se entiende por presunción (*præsumere*) suponer una cosa cierta sin que esté probada o sin que nos conste: aun cuando parece que originalmente el texto latino se refería más bien a un movimiento corporal (por ejemplo, presumir de emperador, en el sentido de asumir sin derecho ese cargo) y solo en sentido figurado se le daba el significado de suponer o admitir<sup>188</sup>.

En la selección de los trabajos de los jurisconsultos clásicos romanos, hecha por encargo del emperador Justiniano, se encuentran ya fragmentados de los clásicos anteriores en la palabra *præsumere* se usa en el sentido de opinión, suposición o creencia; los compiladores los adicionaron en

---

<sup>187</sup> EISNER Isidoro, *La prueba en el proceso civil, ob. cit.* p. 33.

<sup>188</sup> HEDEMAMNN Justus W. *apud.* DEVIS ECHANDÍA Hernando, *Teoría de la Prueba Judicial*, t. II, Temis, Bogotá, 2002, p. 676.

ocasiones, contraponiendo las voces *præsumere* y *adprobare* o *probare*, con lo cual se le da ya el significado de una hipótesis que se tiene por ciertas mientras no se destruya por una prueba en contrario: *præsumere esse debet, nisi contrarium approbetur*<sup>189</sup>.

Refiere el autor antes citado, que no obstante lo señalado anteriormente, en el derecho romano no se encuentra un verdadero sistema de presunciones, con efectos generales sobre la carga de la prueba, sino siglos más tarde, aparecen en el derecho canónico verdaderas presunciones, algunas de ellas que no admiten prueba en contrario, es decir, *iuris et de iure*, tal como actualmente se conciben. Y es así que, al desarrollarse más tarde la teoría legal de la prueba, se generalizó la tendencia a sustituir por presunciones la prueba de indicios, y vino luego la división tripartita, hecha por los glosadores, de *præsumere iuris et de iure*, *præsumptiones iuris tantum* y *præsumptiones facti* (las últimas conocidas como judiciales o de hombre) que fue incorporada al Código Napoleón y subsiste en el derecho moderno<sup>190</sup>.

## 2. Definición de presunción

El autor alemán ROSENBERG tomando como base de su explicación el § 1253, inc. 2 del BGB, expone en forma contundente que las *presunciones legales de hechos son aquellos preceptos jurídicos que deducen la existencia de un hecho que se requiere como característica definidora de un efecto jurídico, de una circunstancia ajena a esa característica*. Por tanto, el presupuesto de la presunción (llamada base de la presunción) debe ser siempre una circunstancia fuera del estado de cosas que produce el efecto jurídico en cuestión; pero el efecto de la

---

<sup>189</sup> *Ídem.*

<sup>190</sup> *Ídem.*

presunción consiste en la deducción que se saca con respecto a la existencia de aquel estado de cosas<sup>191</sup>.

Ahora bien, tomando ahora la concepción de un filósofo del Derecho, encontramos la posición del profesor español AGUILÓ REGLA, quien refiere que la presunción «es una inferencia teórica que lleva de premisas que se afirman verdaderas a una conclusión que también se afirma verdadera»<sup>192</sup>. Manifiesta el citado el autor, que «la garantía expresa una regla de presunción que se fundamenta en un juicio de regularidad, normalidad o probabilidad de verdad»<sup>193</sup>.

Siguiente la misma perspectiva conceptual, tenemos que para los autores PEÑA y AUSÍN, lo característico de las presunciones es que con ellas obtenemos ciertas conclusiones a partir de una determinada información fáctica y a falta de otros datos, con la posibilidad de que modifiquemos esa conclusión si nueva información no es proporcionada<sup>194</sup>.

De otro lado, para el profesor ABEL LLUCH la presunción es «un método judicial de inferencia probatoria, en virtud del cual partiendo de un hecho base se alcanza un hecho presunto mediante un nexo lógico, estableciéndose dicho nexo unas veces *ex lege* (presunción legal) y otras por el juez (presunción judicial)»<sup>195</sup>.

---

<sup>191</sup> ROSENBERG Leo, *La carga de la prueba*, 2ª ed., trad. Ernesto KROTOSCHIN, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 238.

<sup>192</sup> AGUILÓ REGLA Josep, *Presunciones, verdad y normas procesales*, Isegoría, N° 35, 2006, p. 12. En: <<http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/27/27>> (Consultado el 13 de junio de 2016).

<sup>193</sup> *Ídem*.

<sup>194</sup> PEÑA GONZALO Lorenzo y AUSÍN DÍEZ Txetxu, *La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria*, Anuario de Filosofía del Derecho, T. XVIII, 2001, p. 96.

<sup>195</sup> ABEL LLUCH Xavier, *Derecho probatorio*, 1º ed., Bosch, España, 2012, p. 410. *Vid*, también en: *La valoración de la prueba en el proceso civil*, 1º ed., La Ley, Madrid, 2014, p. 159.

Siguiendo a éste último autor<sup>196</sup> tenemos que la presunción como método de razonamiento tiene tres caracteres: (a) está basado en la «inferencia»<sup>197</sup>, toda vez que la esencia de la presunción radica en el proceso deductivo — guiado por las reglas de la lógica— del juez por el que partiendo de un hecho base (conocido) se alcanza un hecho presumido (desconocido), (b) no requiere de un procedimiento probatorio externo, es decir, que a diferencia de las fuentes de prueba que acceden al proceso través de un medio de prueba propuestos en un tiempo y forma determinada, las presunciones no son «propuestas» por las partes, sino que son deducidas por el juez, y tratándose de una actividad intelectual de éste último, no se precisan las normas de procedimiento que regulen su utilización; y finalmente (c) la presunción es un método del razonamiento que despliega efectos probatorios.

En sede nacional, el procesalista san marquino ALZAMORA VALDEZ, manifestaba que la presunción consiste en tener por verdaderos ciertos hechos porque se han realizado otros cuyo enlace con aquellos ha sido demostrado por la experiencia (se presume que el poseedor de un mueble es su propietario)<sup>198</sup>.

Finalmente debemos señalar que, en nuestra legislación procesal civil, hallamos en el artículo 277 una definición legal de la presunción, concibiendo ésta como:

---

<sup>196</sup> ABEL LLUCH Xavier, *La valoración de la prueba en el proceso civil, ob. cit.* pp. 159-160.

<sup>197</sup> El término *inferir* viene de latín «*inferre*» que significa «llevar a». Según la Real Academia Española (RAE) *inferir* significa «deducir algo o sacarlo como conclusión de otra cosa».

<sup>198</sup> ALZAMORA VALDEZ Mario, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 9ª ed., Ediciones Eddili, 1984, Lima, p. 254.

**Art. 277.- Presunción.** Es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado.

### 3. Fundamento de las presunciones

Los autores PEÑA y AUSÍN expresan que las presunciones en general se fundamentan principalmente —aunque no exclusivamente— en un juicio de probabilidad o normalidad, fruto de la experiencia, sobre el enlace entre un hecho cierto (el hecho indicio o base) y un hecho que se toma como cierto (el hecho presunto)<sup>199</sup>.

Por su parte, el argentino Lino PALACIO manifiesta que «frente a la conveniencia de brindar seguridad a ciertas situaciones jurídicas que, de conformidad con las reglas extraídas de la experiencia, pueden considerarse existentes, el legislador las tiene por tales y dispensa por lo tanto de la carga de la prueba a la parte a quien favorece el hecho supuesto por la norma. Es el caso de las denominadas presunciones legales, las que si bien importan una alteración parcial del objeto probatoria por vía de exención de una actividad procesal que sería necesaria en caso normales, no configuran un medio de prueba»<sup>200</sup>.

Chaim PERELMAN refiere que «normalmente las presunciones tienden a proteger un estado de cosas existentes, pues se presume que el hecho es conforme al derecho (...) A veces las presunciones protegen al individuo contra los abusos del poder, tal como la presunción de inocencia. A veces protegen una institución como el matrimonio legítimo, tal como la presunción de paternidad. Las mismas tienen, pues, una gran variedad de

---

<sup>199</sup> PEÑA GONZALO Lorenzo y AUSÍN DÍEZ Txetxu, *ob. cit.*, p. 96

<sup>200</sup> PALACIO Lino, *Derecho Procesal Civil*, t. V, 3<sup>era</sup> ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 450.

aplicaciones. Pero en todo sistema, cuanto más una situación se prolonga, más aparece como conforme al derecho, en un momento determinado, variable según los casos y los sistemas, la prescripción juega e impide toda prueba contraria al estado de hecho. Gracias a la presunción *juris et de jure* que resulta de la prescripción, el hecho consolidado en derecho»<sup>201</sup>.

Es interesante lo acotado por TARUFFO, cuando afirma que «un mecanismo que se utiliza con mayor frecuencia para trasladar la carga de la prueba es la regulación de presunciones legales»<sup>202</sup>. Así, dicho autor manifiesta, que cuando «el derecho “presume” un hecho que debería ser probado por una de las partes, la consecuencia es que esa parte queda liberada de la carga y la carga de probar lo contrario se traslada a la otra parte. Si esta parte logra probar lo contrario ganará el pleito; si no, ganará la parte favorecida por la presunción»<sup>203</sup>.

#### 4. ¿Las presunciones constituyen medios probatorios?

El profesor LLUCH precisa que las presunciones no son medios de pruebas, por las siguientes razones:

[...] no responde a las exigencias de un procedimiento de proposición y práctica de los medios de prueba, y ni siquiera aparecen recogidas en la enumeración legal de los medios de prueba (art. 299 LEC), preocupándose el legislador de distinguir las presunciones de los medios de prueba en la rúbrica legal («De los medios de prueba y las presunciones», Capítulo VI, Título I, Libro II)<sup>204</sup>. No son tampoco unas reglas de valoración de prueba, ni tasada, ni libre, sino que constituyen un método de razonamiento basado en la inferencia.

---

<sup>201</sup> PERELMAN Chaim, *El razonamiento jurídico*, Centro de estudios de filosofía del derecho, Universidad de Zulia, Maracaibo, 1973, pp. 26-27.

<sup>202</sup> TARUFFO Michele, *La Prueba*, ob. cit. p. 151.

<sup>203</sup> *Ibíd.*

<sup>204</sup> A diferencia de la legislación española (LEC 2000), en nuestro ordenamiento procesal vigente (CPC 1993), las presunciones están acogidas por el Capítulo VIII «Sucedáneos de los medios probatorios» (arts. 275 a 283), Título VIII «Medios Probatorios», Sección Tercera «Actividad Procesal».

No son unas reglas de la carga de la prueba, puesto que esta es una norma de juicio dirigida al juez y opera sobre el presupuesto de falta de prueba de un hecho relevante, mientras las presunciones, sean legales o judiciales, requieren siempre la prueba de un hecho, el hecho base. No son un mecanismo de dispensa de la prueba (*levanem probationes*), pues incluso en las presunciones legales, se deberá probar siempre el hecho base. No son un indicio, puesto que éste es solo uno de los elementos que permite la construcción de las presunciones, pero no puede confundirse la parte (el indicio) con el todo (las presunciones), puesto que el indicio o afirmación base constituye un elemento inicial, a partir del cual se constituye las presunciones. No son *facta concludentia*, puesto que esta no admiten más que una única deducción, mientras que las presunciones permiten en un sola afirmación que se presume sin más, salvo prueba en contrario, mientras que en las presunciones existen dos afirmaciones distintas, la afirmación base y la afirmación presumida, unidas mediante un nexo legal o judicial<sup>205</sup>.

En nuestro ordenamiento procesal civil, si bien es cierto las presunciones están inmersas en el Título VIII bajo la denominación «Medios Probatorios», también lo es que específicamente se encuentran reguladas en el Capítulo VIII, como la designación de «Sucedáneos de los Medios Probatorios».

En ese sentido, podemos evidenciar que al ser considerados por nuestro ordenamiento procesal como «sucedáneos»<sup>206</sup>, aquellos en rigor, no son medios probatorios, sino que constituyen únicamente «sustitutivos» de estos últimos, que producirán consecuentemente en el proceso judicial los mismos efectos que los primeros, es decir, medios probatorios, pero que de ninguna manera puede equipársele como semejante; pensar lo contrario, y afirmar que las presunciones son medios probatorios, cabría suponer que éstos podrían ser objeto de discusión mediante cuestiones probatorias (tacha u oposición), lo que realmente resulta poco improbable, por no decir

---

<sup>205</sup> ABEL LLUCH Xavier, *La valoración de la prueba en el proceso civil*, ob. cit. p. 161.

<sup>206</sup> El DRAE define como sucedáneo: «Dicho de una sustancia: Que, por tener propiedades parecidas a las de otra, puede reemplazarla» En: <<http://dle.rae.es/?id=Yc2Vao>> (consultado el 27 de octubre de 2016).

que imposible, toda vez que ellas se manifiestan como producto del razonamiento judicial plasmado en la etapa decisoria del proceso: la sentencia, o por aplicación legal en la misma etapa.

## 5. ¿Las presunciones normas materiales o procesales?

En cuanto a la naturaleza jurídica de las presunciones, encontramos dos posiciones antagónicas. La primera considera que las presunciones son normas de carácter procesal, mientras la segunda indica que nos encontramos ante normas de carácter sustantivo.

Así, el autor SERRA DOMÍNGUEZ<sup>207</sup> —en base al art. 1253 del CC español, hoy derogado por la LEC/2000— refería que las presunciones (legales y judiciales), tienen carácter procesal. En efecto, acotaba tal autor:

teniendo presente nuestro concepto de presunción, no cabe dudar de la naturaleza procesal de la misma en cuanto la presunción, a nuestro entender, no es sino una actividad intelectual probatoria del juzgador realizada en una de las fases del proceso [...] Idénticamente tiene carácter procesal las denominadas presunciones legales. Dichas presunciones han sido establecidas, según hemos dicho anteriormente, por el legislador como un instrumento de técnica legislativa (...).

Por otro lado, el autor clásico alemán, HEDEMANN<sup>208</sup> manifestaba:

*El concepto de la «praesumptio iuris et de iure» fue un concepto equivocado desde su raíz; se quería alcanzar efectos materiales y la más de las veces se daba irreflexivamente, el inútil rodeo por una regla probatoria de carácter procesal*

---

<sup>207</sup> SERRA DOMÍNGUEZ Manuel, *Estudio de Derecho Probatorio*, Communitas, Lima, 2009, p. 595.

<sup>208</sup> HEDEMANN Justus Wilhelm, *Las presunciones en el Derecho*, trad. Luis Sancho Seral, 1° ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931, p. 79.

## 6. Indicio y prueba indiciaria

Antonio DELLEPIANE, refiere que indicio es «todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía inferencia [a merced de una operación de la mente], al conocimiento de otro hecho desconocido»<sup>209</sup>.

Para MIRANDA ESTRAMPES, puede definirse la prueba indiciaria como «aquella actividad intelectual de inferencia realizada por el juzgador — un vez finalizado el período de práctica de la prueba —, mediante la cual, partiendo de una afirmación base, (conjunto de indicios) se llega a una afirmación consecuencia (hipótesis probada) distinta de la primera, a través de un enlace causal y lógico existente entre ambas afirmaciones, integrado por las máximas de experiencia y las reglas de la lógica»<sup>210</sup>.

De otro lado, para GARCÍA DAMBORENEA<sup>211</sup> «la prueba por indicios resulta del concurso de varios hechos que sugieren la existencia de un tercero, que es el que se pretende averiguar. Sólo cuando son numerosos, coincidentes y relevantes para la conclusión pueden constituir prueba. Por el contrario, resultan nebulosos y equívocos cuando su número es exiguo y las relaciones en que se apoyan están traídas por los pelos».

---

<sup>209</sup> DELLEPIANE Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, 10<sup>ma</sup> ed., Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2011, p. 61.

<sup>210</sup> MIRANDA ESTRAMPES Manuel, *Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal*. En: *Revista cuatrimestral del Poder Judicial del Estado de Sinaloa*, N° 1, Año 1, Sep.-Dic., México, 2012, p. 18.

<sup>211</sup> GARCÍA DAMBORENEA, Ricardo; *Uso de Razón. Argumentos (Estudio detallado de las principales formas de formas de argumentos con sus diagramas de flujo y la relación de falacias correspondientes)*, s/e, 2005, p. 116.

GARCÍA VANEGAS, haciendo una notable distinción entre indicio, conjetura y sospecha, prescribe que el primero —esto es, el indicio— es «una estructura compleja conformada por un hecho indicativo (que debe ser cierto y estar plenamente comprobado en el proceso), un hecho indicativo (que es el que se busca dilucidar) y una relación lógica entre ambos, teniendo como primordial función la de demostrar la existencia de interés procesal»<sup>212</sup>. Agrega el citado autor, refiere que «aceptando *prima facie* al indicio como prueba indirecta, este parte muchas veces de una *conjetura*, frente a la necesidad de investigar un determinado hecho, pero al encontrarnos el hecho indicativo bien puede este llevarnos a la situación que es materia de investigación, con lo cual se configura el indicio, como también puede conducirnos a otros acontecimientos que nada tienen que ver con el campo a tratar, quedando ese hecho indicante en *conjetura* o juicio simple, subjetivo, pero revestido de objetividad, que no siempre eleva a la mente por un camino concreto en el proceso tendiente a hallar la verdad». Y a renglón seguido, finaliza señalando que en cuanto a la sospecha «es la más falaz y gratuita de las instituciones que pueda tener un ser humano, pues no tiene consistencia ni función clara, carece de cuerpo y estructura, ya que es un concepto eminentemente subjetivo, basado en apariencias, y cuando se le confunde con un medio de prueba serio como es el indicio, es utilizada para cometer toda clase de desafueros jurídicos, atentatorios generalmente de la libertad de las personas»<sup>213</sup>.

---

<sup>212</sup> GARCÍA VANEGAS David, *Lecciones de Derecho Probatorio*, 2ª ed., Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá-Colombia, 2005, p. 125.

<sup>213</sup> *Ibíd.*

## 7. Relación existente entre presunción e indicio

Para el profesor español MUÑOZ SABATÉ, existen dos visiones o perspectivas tradicionales del indicio. Una de ellas constituye una «perspectiva historicista», por el cual el indicio es la huella que estampa el hecho histórico y sus circunstancias; y en la otra instituye una «perspectiva jurídica», en donde el indicio es el hecho-base en el cual asienta una «presunción», es decir, el hecho que permite presumir otro hecho<sup>214</sup>.

El referido procesalista español, acota:

Estas dos visiones tomadas tal como vienen expuestas permitirían hablar de una potencia *sindrómica* del indicio que es la capacidad que tiene para determinar generalmente acumulado a otros indicios una presunción, a veces suficiente por sí sola para rendir prueba plena de un hecho, y una potencia *sintómica* que es la capacidad indicativa que le resta al indicio cuando no pueda por sí solo o acomodado con otros determinar una presunción, pero sirve en cambio para corroborar otras pruebas directas (efecto *comodin* en la valoración de la testifical, por ejemplo) o para dar lugar a un mero *acreditamiento*<sup>215</sup>.

De otro lado, el francés François GORPHE, en obra «*L'appréciation des preuves en justice*» (1947), manifestaba que «entre el indicio y la presunción no se encuentra sino una diferencia de matriz por referirse uno al caso concreto y la otra a una situación más general, pero desempeñan el mismo papel en la prueba»<sup>216</sup>.

En sede local, SILVA VALLEJO refiere que generalmente se suele confundir el indicio con la presunción. Para dicho autor, «indicio es la circunstancia

---

<sup>214</sup> MUÑOZ SABATÉ Lluís, *Curso de Probática Judicial*, 1º ed., La Ley, España, 2009, p. 143.

<sup>215</sup> *Ibidem*.

<sup>216</sup> GORPHE François, *Apreciación judicial de las pruebas*, trad. Jorge GUERRERO, 2ª ed., Temis S.A., Colombia, 1998, p. 203.

o antecedente que autoriza a fundar una opinión sobre la existencia de un hecho; mientras que presunción es el efecto que esa circunstancia o antecedente produce, en el ánimo del Juez, sobre la existencia del hecho». Agrega el mencionado autor, que «media, pues, entre indicio y presunción una relación de causa a efecto»<sup>217</sup>.

## 8. Elementos o presupuestos de las presunciones

Estando a las definiciones de los autores antes citados, podemos inferir que los elementos o componentes de las presunciones son tres: a) «hecho base»; b) «hecho consecuencia»; y, c) «nexo lógico».

El primero de ellos es el antecedente de la norma jurídica, dicho en otras palabras, viene a ser el supuesto normativo que el beneficiario de la presunción deberá siempre acreditar en el proceso; el segundo, es el supuesto legal que tiene por presumido, por tal motivo, también es conocido como «hecho presunto», diferenciándose del primer elemento, en la medida que este no es necesario ser probado; y finalmente, encontramos el denominado «nexo lógico», que viene a constituir una conexión o enlace entre el hecho base y el hecho consecuencia.

## 9. Clasificación de las presunciones

Luego de haber explicado la vital importancia que tienen las presunciones dentro del campo del Derecho, prosigue ahora, comentar sucintamente sobre la clasificación ternaria o tripartita que se ha efectuado en el campo del Derecho Probatorio. En ese sentido, podemos

---

<sup>217</sup> SILVA VALLEJO José A., *La ciencia del derecho procesal*, vol. II, 2ª ed., Legales Ediciones, Lima, 2014, pp. 1494-1495.

indicar que las presunciones pueden ser: **(i)** presunción legal relativa o *iuris tantum*; **(ii)** presunción legal absoluta o *iuris et iure*; y, finalmente, **(iii)** presunción simple o *praesumptiones* (también denominada presunción del hombre o judicial).

Sin embargo, a pesar que nuestro CPC/1993 ha regulado las tres presunciones anteriormente anotadas (presunción relativa, absoluta y simple), pareciera que realiza una clasificación bipartita. Lo antedicho, se infiere de la redacción de la parte *in fine* del art. 277 CPC, que refiere: «(...) *La presunción es legal o judicial*». Así, en los siguientes artículos, en lo referente a la primera presunción acotada (esto es, la legal) lo subdivide en presunción legal absoluta (art. 278 CPC), y relativa (art. 279 CPC), es decir, se reconocen expresamente dos tipos de presunciones legales: presunciones *iuris et de jure*, y presunciones *iuris tantum*.

En cuanto a la primera, el art. 278 del CPC, prescribe que: «*Cuando la ley califica una presunción con carácter absoluto, no cabe prueba en contrario. El beneficiario de tal presunción sólo ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de base*». En lo referente a la segunda, el art. 279 del CPC, señala: «*Cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción. Empero, éste ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso*».

El profesor Florencio Mixán Mass<sup>218</sup> respecto a la presunciones legales (*iuris tantum* y *iure et iure*), refiere lo siguiente:

Se excluye del **thema probandum** aquello que es objeto de **juris et de jure** que es una presunción legal absoluta; porque se considera evidente “**ipso iure, vit et potestate legis**” (de pleno derecho, por fuerza y poder de la ley);

---

<sup>218</sup> MIXÁN MASS Florencio, *Teoría de la Prueba*, Ediciones BLG, Trujillo, 1992, p. 194.

y legalmente; por tanto, deviene innecesaria e inútil pretender probar aquello que debe ser considerado evidente por “ministerio de la ley”. En caso de la presunción jurídica “absoluta” (**juris et de jure**) ni siquiera se puede pretender probar lo contrario de lo presumido [...] En cambio, en el caso de la presunción jurídica “relativa” (**juris tantum**) está permitido **demostrar lo contrario de lo presumido**. (resaltado es del propio autor)

Siguiendo esa línea clasificatoria, si nos remitimos al art. 281 CPC/1993, verificamos que allí se regula la presunción simple (denominada también de hombre o judicial). El citado artículo, lo expresa de la siguiente manera:

**Art. 181.- Presunción judicial.** El razonamiento lógico-crítico del Juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados.

## 10. Definición de ficción jurídica

Leo ROSENBERG, refería que la ficción no tiene nada que ver con la presunción, señalando que las ficciones son:

preceptos jurídicos que transfieren la consecuencia jurídica determinada para el estado de cosas *a* al estado de cosas *b*, equiparando el estado *b* al estado *a*, al decir, por ejemplo, que *b* es considerado como *a*. La ficción es un medio de simplificar la técnica legislativa. Su forma: si existe el estado de cosas *b* (llamados ficción), se finge que existe *a*, se asemeja a la forma de la presunción: si existe *b*, se presume *a*. Pero la finalidad y el contenido de la ficción son totalmente distintos de los de la presunción. Por consiguiente, no se admite la refutación de la ficción mediante la prueba de lo contrario. Resulta de ello, que las llamadas *presunciones legales irrefutables (praesumptiones iuris et de iure)* no son otra cosa que ficciones; tienen la forma de la presunción pero la esencia de la ficción y, además al emplear sin orden ni concierto el giro “ser considerado”, característico para las ficciones, ha dificultado innecesariamente la determinación de éstas<sup>219</sup>.

---

<sup>219</sup> ROSENBERG Leo, *La carga de la prueba, ob. cit.*, pp. 248-249. Se porfía igualmente por un verdadero sinceramiento “general” en el mundo del derecho, que entre otras manifestaciones acorrale (reduzca o cancele) el campo en que las “ficciones” o un exceso en el rol de las presunciones únicamente se proyectan en resultados “irreales” y, por tales, injustos. Se ha destacado con discreción que esas herramientas de que se vale el pensamiento son

Para el profesor HERNÁNDEZ MARÍN, las ficciones legales al igual que las definiciones legales son entendidas como «enunciados jurídicos cualificatorios» en general, que no son susceptibles de verdad o falsedad, sin embargo, las ficciones legales tienen, al igual que los otros enunciados jurídicos cualificatorios, forma asertiva. Y a diferencia entre las ficciones legales y los restantes enunciados cualificatorios se halla en el hecho (hipotético) siguiente: si esas oraciones formalmente asertivas, que llamamos «ficciones legales», fuesen consideradas como auténticas aserciones, serían enunciados patentemente falsos<sup>220</sup>.

Desde otra perspectiva, para el profesor brasileño Cristiano CARVALHO las ficciones son *entidades puramente lingüísticas, no tienen existencia concreta, localizable en el tiempo y en el espacio*. Existen, así, en el dominio del lenguaje, en el universo de la comunicación<sup>221</sup>.

Asimismo, es interesante, lo señalado por el filósofo danés, Alf ROSS (1899-1979), cuando manifestaba que «[l]o que ha hecho hablar de 'ficciones' legales es el hecho de que se usen a veces recursos artificiales en los textos legales y en las decisiones judiciales. Una ley puede decir, por ejemplo, que para ciertos propósitos los tanques móviles de aceite se considerarán como propiedad inmueble, o que en ciertos aspectos las mujeres se considerarán como los hombres. Pero esto es un mero asunto

---

claudicaciones doctrinarias y se truecan en 'arbitrariedad', que si bien en la pura positividad es imprescindible y que, en las presunciones, aun se torna necesaria, en el caso de la ficción, 'deviene hasta disvaliosa', MORELLO Augusto, *La Prueba. Tendencias modernas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 137-138.

<sup>220</sup> HERNÁNDEZ MARÍN Rafael, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2<sup>da</sup> ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, pp. 317-318.

<sup>221</sup> CARVALHO Cristiano, *Ficciones jurídicas en el Derecho Tributario*, 1<sup>o</sup> ed., trad. por CABRERA Zain y LAVADO Carlin, Instituto Pacífico, Lima, 2012, p. 115.

de conveniencia y no encierra ningún enunciado falso. Lo que se dice es simplemente que en ciertas circunstancias los tanques móviles de aceite se tratarán de acuerdo con las leyes de propiedad inmueble, y que las mujeres serán tratadas en ciertos casos de acuerdo con las leyes que se aplican a los hombres»<sup>222</sup>.

En nuestra sede nacional, ALZAMORA VALDÉZ, enseñaba que la ficción «es una suposición que hace el derecho sobre la existencia o la realidad de algo que no existe o existe de diversa manera, a fin de lograr, mediante una aplicación de determinadas normas, consecuencias jurídicas que no se obtendrían de otro modo»<sup>223</sup>. El mismo autor, citando al francés François GENY, acotaba que las ficciones «revelan un aspecto artificial de la técnica jurídica, son producto de la mente humana, y su fin es alcanzar lo justo, afirmando como verdadero lo que no es tal a base de un concepto real del que se hace derivar otro arbitrio, con el fin de lograr el objetivo jurídico perseguido»<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> ROSS Alf, *Lógica de las normas*, trad. José S. P. Hierro, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 38-39. Para tal autor, La diferencia entre una ficción y una mentira no es que la en la primera esté descubierta la falta de verdad del enunciado; esto negaría a la ficción su función social, que es guardar las apariencias. A primera vista, el enunciado implicado se presenta de la misma manera que cualquier otro enunciado. El rasgo distintivo de la ficción es, a nuestro juicio, que en estas situaciones la norma básica de la comunicación no se aplica. La convención permite usar estos enunciados sin creer en su verdad. Puede que sean verdaderos, y puede que no; en consecuencia, no es posible usarlos ni para engañar ni para hacer creer. Más apropiado que llamarlos falsos sería decir que no se puede *confiar* en ellos. Que sean verdaderos o falsos es cuestión que queda abierta; pero continuamos comportándonos y hablando como si fueran verdaderos, *ibídem* p. 40.

<sup>223</sup> ALZAMORA VALDEZ Mario, *Derecho Procesal Civil. Teoría del Proceso Ordinario*, Ediciones Eddili, 1966, p. 122.

<sup>224</sup> *Ibíd.* Para Karl LARENZ la ficción legal como medio de fundamentación de la sentencia de un tribunal, «significa que un elemento del supuesto, del juez deriva una consecuencia jurídica, es fingido, es decir, es declarado por él como presente en el hecho, a pesar de que él sabe, o al menos tenía que serle claro, que de hecho no es así. La jurisprudencia de los tribunales ha operado largo tiempo con declaraciones de voluntad ficticias, por ejemplo, cuando quería llegar a una exclusión de responsabilidad. La ficción oculta aquí los fundamentos determinantes de la resolución; rebaja la fundamentación a una fundamentación aparente»: LARENZ Karl, 2ª ed., trad. Marcelino Rodríguez M., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1980, p. 257.

De parecer no muy alejado, es BUSTAMANTE ALARCÓN, quien manifiesta:

se trata de un mandato del legislador que obedece a razones de conveniencia social o de seguridad jurídica. No se basa en las reglas o máximas de la experiencia, o en lo que normalmente ocurre en la vida cotidiana, sino en la voluntad del legislador que busca proteger determinados valores, bienes o principios, partiendo de una constatación: que la realidad es distinta. Por lo tanto, es inútil todo medio de prueba destinado a probar una ficción o a probar en contrario<sup>225</sup>.

Seguidamente, el autor, nos indica algo sumamente interesante:

Sin embargo, **no hay que identificar la ficción legal con la ausencia de razonabilidad; o mejor: no hay que caer en el error de concluir que la ficción legal no requiere ser razonable (es decir, tener un fin lícito y ser proporcionada) para ser válida o eficaz.** En efecto, a pesar de que la ficción legal implica el establecimiento de una conclusión contraria a una máxima de experiencia o a la naturaleza normal de los hechos, debe responder a valores, principios o bienes constitucionalmente protegidos que el ordenamiento jurídico político busca proteger en un aspecto determinado de la realidad social; por lo tanto, en ese sentido, deberá ser razonable (por ejemplo, la ficción que todos conocen del contenido de las inscripciones hechas en Registros Públicos busca proteger la seguridad jurídica). Entonces, será irrazonable o arbitraria aquella ficción legal que carezca de una justa causa de justificación o se base en la mera voluntad del legislador (verbigracia, será arbitraria una ficción que establezca que los ricos dicen siempre la verdad y los pobres dicen siempre mentiras, o que la declaración de un hombre vale más que una declaración de una mujer, etc.). Además, como la ficción legal supone la restricción o limitación que experimenta el bien, valor o principio que restringe y el fin que pretende alcanzarse. Por consiguiente, toda ficción legal

---

<sup>225</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo; *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, 2<sup>da</sup> ed., Ara Editores, Lima, 2015, p. 160.

que resulta desproporcionada o irrazonable será inválida y, por tanto, no deberá ser aplicada en un proceso o procedimiento»<sup>226</sup>.

Por último, debemos manifestar que, en nuestra legislación procesal civil, encontramos en el artículo 283 una definición legal de la ficción legal, concibiendo ésta como:

**Artículo 283.- Ficción legal.** La conclusión que la ley da por cierta y que es opuesta a la naturaleza o realidad de los hechos, no permite prueba en contrario.

## 11. Diferencia y similitudes entre presunción «iure et de iure» y ficción legal

Lamberto RAMPONI a finales del siglo XIX, señalaba que es necesario distinguir bien la presunción de la ficción. Ambas suponen la existencia de un hecho: pero uno de un hecho que posiblemente es verdad, y otra de un hecho que ciertamente no lo es<sup>227</sup>.

---

<sup>226</sup> *Ibid.*

<sup>227</sup> RAMPONI Lamberto, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Fratelli Bocca, Torino, 1890, p. 51. Según dicho autor, las ficciones son introducidas para dar más seguridad y más facilidad a la aplicabilidad del derecho especialmente en los casos de disposiciones benignas, son exclusivamente *legales*, pertenecen al *derecho singular*, no admiten *prueba en contrario*. Son exclusivamente *legales*, en cuanto la suposición de un estado de hecho contrario a la realidad de las cosas, son una anomalía sobre el cual ni el ciudadano puede basar un derecho porque los derechos nacen de los hechos verdaderos, ni el magistrado puede basar una disposición por qué no se provee acerca de lo que no existe, pero solo el legislador puede basar una regla por razones de conveniencia civil que solo él es competente de apreciar. Agrega RAMPONI, es como las creaciones del derecho positivo que se derogan por motivos de necesidad o de utilidad general a los principios de la lógica jurídica son preceptos singulares que en virtud de su naturaleza escapan al dominio de la analogía, así las ficciones no menos que las presunciones legales, deberán ser estrictamente interpretadas. Pero las presunciones legales, como prueba, admiten por regla general contraprueba generalmente según los principios generales, no es lo mismo que la ficción. Las cuales no son prueba, pero figuras jurídicas pensadamente moldeadas a determinar especiales modos de aplicación del derecho. Uno no puede escapar de esta determinación que sólo una nueva ley puede quitar o cambiar (*ibidem*, p. 51-52).

En la medida en que las normas que establecen la presunción no permiten destruir ésta mediante prueba en contrario, tales presunciones han sido a veces a las «ficciones»<sup>228</sup>.

DEVIS ECHANDÍA manifestaba que «la ficción, a diferencia de las presunciones, sólo puede ser obra del legislador y consiste en suponer existente o inexistente un hecho o una cosa *que no es así*, o en trasladar las consecuencias jurídicas de un estado de cosas a otro diferente, como si fueren iguales»<sup>229</sup>.

El autor colombiano, demarca que «la ficción es un mandato legal que no se basa en ninguna regla general de la experiencia, ni en lo constante de los fenómenos físicos o morales y ni siquiera en su carácter ordinario, sino en la voluntad del legislador que parte de una base absolutamente contrario: el conocimiento de que la realidad es distinta»<sup>230</sup>.

TARUFFO refiere que «la ficción puede distinguirse de otros fenómenos tal vez similares, y en alguna medida distintos, como la presunción legal o las reglas de la prueba legal, pero que se pueden insertar en una noción muy amplia de ficción, que incluye todas las hipótesis en las que una norma impone considerar como verdadero algo posiblemente distinto de lo que se cree o se supone es la “realidad efectiva” o “la verdad verdadera”»<sup>231</sup>. Sin embargo, nuestro autor, es consciente que estos fenómenos llevan a ilustrar un desplazamiento — que tiene lugar con el

---

<sup>228</sup> GASCÓN ABELLÁN Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, ob. cit., p. 147.

<sup>229</sup> DEVIS ECHANDÍA Hernando, *Compendio de la prueba judicial*, anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso, t. II, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, pp. 318-319.

<sup>230</sup> *Ibíd.*

<sup>231</sup> TARUFFO Michele, *Observaciones sobre las ficciones jurídica y el proceso civil*. En: *Páginas sobre Justicia Civil*, trad. Maximiliano Aramburú, 1º ed., Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 33-34.

paso del tiempo— de la idea de ficción, que pasa de ser una enunciación que se contrapone a la realidad o la verdad extrajurídica, a ser un mecanismo funcionalmente orientado a resolver problemas que pueden surgir en el contexto del proceso<sup>232</sup>.

En el parecer de Daniel MENDOÇA, las «presunciones y ficciones se distinguen, además, por las consideraciones que les sirven de base. Con relación a las presunciones, se han distinguido tres tipos de consideraciones que pueden justificar su inclusión en el derecho: consideraciones probabilísticas (es más/menos frecuente Y que No-Y, dado X), evaluativas (es más/menos grave aceptar Y que No-Y, dado X) y procesales (es más/menos fácil producir prueba en favor de Y que de No-Y), dado X [...] Pero además de la crítica valorativa, las ficciones pueden ser objeto de crítica técnica porque complican el manejo del derecho, ya sea porque dificultan su conocimiento o porque hacen más oscuras las regulaciones jurídicas correspondientes [...] La ficción lleva consigo, se ha dicho, el peligro de que sobrepase un límite razonable en la equiparación de los supuestos considerados»<sup>233</sup>.

Sin embargo, consideramos que la diferencia más resaltante se encuentra en que las ficciones son una actividad de la naturaleza propia de un «orden narrativo»<sup>234</sup>, mientras que en la presunción existe una operación mental (inferencia lógica).

---

<sup>232</sup> *Ídem.*

<sup>233</sup> MENDOÇA Daniel & SCHMILL Ulises (comp.), *Ficciones juridical (Kelsen, Fuller, Ross)*, 1° reimp. (1° ed., 2003) Fontamara, México, 2006, pp. 18-19.

<sup>234</sup> ALFARO MUIRHEAD Christian y AGÜERO SAN JUAN Claudio, *Sobre las ficciones en el discurso jurídico-penal de las sentencias: el caso chileno*. En: Revista de Estudios de la Justicia, N° 06, Año 2005, p 299. Dichos autores, refieren que las «ficciones no se basan necesariamente en la inferencia lógica; aquellas son siempre de índole narrativa de tal forma que en ningún caso garantizan o están llamadas a garantizar el valor verdad in-mediata de la proposición ficcionada [...]» *ídem.*

De otro lado, el común denominador de las figuras antes mencionadas —la ficción y la presunción *iuris et de iure*— es que ambas no admiten prueba en contrario, es decir, son irrefutables. Así, también lo estipula claramente el art. 278 CPC (“*Cuando la ley califica una presunción con carácter absoluto, no cabe prueba en contrario*”) y art. 283 CPC (“*La conclusión que la ley da por cierta y que es opuesta a la naturaleza o realidad de los hechos, no permite prueba en contrario*”).

Otra semejanza, es lo que ULLMAN-MARGALIT denomina «parcialidad», es decir, la norma legal elige *a priori* una solución para un caso dado, o clase de casos, excluyendo las demás soluciones posibles<sup>235</sup>.

### III. Proceso civil y decisión justa

#### 1. La función del Juez

ALZAMORA VALDÉZ, manifestaba que el Juez realiza la tarea más noble a la vez que la más ardua que es dable desempeñar al hombre. Su tarea es impartir justicia para alcanzar la paz perturbada por la violación del derecho<sup>236</sup>, o su inminente amenaza de ser vulnerado.

Es interesante lo expuesto por el profesor san marquino<sup>237</sup>, cuando manifestaba que tarea del Juez, a pesar la más compleja y más amplia de todas las profesiones, comprende tres operaciones: La *primera* de índole

---

<sup>235</sup> *Loc. cit.* p. 300.

<sup>236</sup> ALZAMORA VALDEZ Mario, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit. p. 149. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con sujeción a la Constitución y a las leyes, prescribe el artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 150.

gnoseológica y lógica: investigación de la verdad, la *segunda* que pertenece al campo de la técnica jurídica: la búsqueda de la norma y la interpretación de su sentido, y finalmente, la *tercera* que implica una valoración, es la aplicación del derecho a los hechos.

Hay que diferenciar de la **actividad** de decidir casos individuales conforme a las normas generales, como al **resultado** de esa actividad. La aplicación del Derecho consiste en la *actividad* de pasar de unas premisas (normativas y fácticas) a una conclusión (fallo), y también en el *resultado* de esa actividad (la resolución judicial), integrado por las premisas, la conclusión y la relación entre ellas<sup>238</sup>.

## 2. Proceso y decisión judicial

Michele TARUFFO, refiere que no es necesario realizar sofisticadas especulaciones teóricas para entender que proceso y decisión están conectados en una relación de medio a fin, de instrumento a resultado, de premisa a consecuencia<sup>239-240</sup>.

---

<sup>238</sup> Cfr. MORESO Juan José y VILAJOSANA Josep María, *Introducción al Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 176.

<sup>239</sup> TARUFFO Michele, *Juicio: Proceso y Decisión*. En: *Páginas sobre Justicia Civil*, trad. Maximiliano Aramburú, 1º ed., Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 231.

<sup>240</sup> Según Césareo RODRÍGUEZ-AGUILERA, la sentencia es un acto personal del juez (o del magistrado ponente), pero no es un acto personalista. No es un acto libérrimo, de plena autonomía en la determinación, sino condicionado por la función que se desempeña, y por la finalidad del propio acto, que, en esencia, es decidir definitivamente las cuestiones del pleito. En ese sentido, la sentencia es una respuesta y un mandato. Pero su formulación ha de ir precedida de una compleja operación mental, en la que intervienen la sensibilidad, la inteligencia y la cultura del juez. Ciertamente también interviene la voluntad, pero esta voluntad no es pura y libre del juez, sino que aparece subordinada al proceso que resuelve y al Derecho objetivo: RODRÍGUEZ-AGUILERA Césareo, *La sentencia*, Bosch, Barcelona, 1974, p. 13-14. Más adelante el mismo autor, refiere que la sentencia resuelve un caso conflictivo y restablece el orden jurídico perturbado, dentro de la legalidad, por supuesto, ya que es su cauce, pero con las matizaciones humanísticas que le permitan los elementos de interpretación o de la equidad, *Loc. cit.* p. 93.

Dicho autor, en cuanto a la emisión «externa» del juicio por parte del juez, nos manifiesta que, debe distinguirse la emisión libre de palabras (que pueden ser pronunciadas también por el juez), de la enunciación de juicios en formas racionales. A este respecto, el punto fundamental es que la decisión judicial debe ser controlable desde el exterior: para ese fin se requiere —con normas incluso de rango constitucional— que los jueces justifiquen sus decisiones motivándolas, es decir, explicando los argumentos que presentan las «buenas razones» de su elección. Esto equivale a decir que los jueces deben explicar de forma racionalmente aceptable los juicios de los que la decisión final representa la conclusión última, enunciando los criterios y los argumentos que fundamentan esos juicios<sup>241</sup>.

En efecto, por ello no le falta razón a ALZAMORA VALDÉZ cuando manifestaba que «es cierto que en sus razonamientos el juez es libre, pero está obligado a dejar constancia de sus fundamentos (motivación del fallo)»<sup>242</sup>, y ello se reduce, a una cuestión no muy difícil de arribar: a mayor carencia de control de los actos procesales del juez, mayor posibilidad que se caiga en arbitrariedad.

Así, la posibilidad-necesidad de emisión de una decisión racional, se deriva una consecuencia importante: la racionalidad de la decisión judicial no está simplemente presupuesta, sino que debe ser constantemente objeto de posible control. Por tanto, la sentencia debe estar motivada y la motivación debe ser adecuada y efectiva. Debe,

---

<sup>241</sup> *Ibíd*, p. 241.

<sup>242</sup> ALZAMORA VALDEZ Mario, *Derecho Procesal Civil. Teoría del Proceso Ordinario*, Ediciones Eddili, 1966, p. 122

entonces, contener argumentaciones justificativas suficientes para hacer considerar que la decisión de hecho y de Derecho está basada en buenas razones<sup>243</sup>.

### 3. La motivación de resoluciones judiciales

Como bien es sabido, aquella obligación de motivar (o, mejor dicho, justificar) las decisiones judiciales, no es una simple o mera obligación, sino es una de carácter constitucional de todo órgano decisor. Efectivamente, dicho imperativo, no sólo se encuentran establecidos en los arts. 50, inc. 6<sup>244</sup> y art. 221<sup>245</sup>, *in fine* del CPC, sino, además, ello resulta tener relevancia constitucional, consagradas por el art. 139. 5 <sup>246</sup> Consti./1993.

Sobre dicha obligación TARUFFO refiere que está orientada principalmente a permitir el control externo sobre el modo en que el juez ha ejercido sus poderes, y en particular sobre el respeto —por parte del juez— de los principios y garantías que apuntan a asegurar la solución justa y correcta de las controversias<sup>247</sup>.

---

<sup>243</sup> TARUFFO Michele, *El control de racionalidad de la decisión, entre lógica, retórica y dialéctica*. En: *Páginas sobre Justicia Civil, ob. cit.*, p. 406.

<sup>244</sup> Art. 50.- «Son deberes de los Jueces en el proceso. (...) 6.- Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia (...)».

<sup>245</sup> Art. 121.- «(...) Mediante sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal».

<sup>246</sup> Art. 139, inciso 5.- «La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan».

<sup>247</sup> TARUFFO Michele, *La cultura de la imparcialidad en los países de Common Law y de Derecho Continental*. En: *Páginas sobre Justicia Civil*, trad. Maximiliano Aramburo, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 53.

Dicho autor agrega:

En la motivación de la sentencia el juez debe desarrollar una argumentación justificativa de la cual deben resultar las «buenas razones» que hacen racionalmente aceptable la decisión, sobre una base objetiva, no sólo para las partes sino también —en un plano más general— para la opinión pública. En la motivación, el juez debe demostrar la consistencia de varios aspectos de la decisión, que van desde la determinación de la verdad de los hechos sobre la base de las pruebas, hasta la correcta interpretación y aplicación de la norma que se asume como criterio de juicio. De la motivación, sin embargo, debe resultar particularmente que la decisión se ha tomado, en todos sus aspectos de hecho y derecho, de manera racional, siguiendo criterios objetivos y controlables de valoración y, por tanto, *de forma imparcial*. De este punto de vista, la demostración de la imparcialidad del juicio termina coincidiendo con la demostración de la racionalidad y de la objetividad de la decisión y con la controlabilidad de las argumentaciones con las cuales el juez justifica todos los aspectos relevantes de la decisión misma. En esencia puede decir que el juez ha sido imparcial si en la motivación de la sentencia demuestra haber sido imparcial.

Entonces se puede decir que la finalidad de la motivación está determinada por el objetivo de proporcionar una justificación racional a la decisión<sup>248</sup>.

En efecto, motivar las decisiones judiciales implica que el juez justifique con argumentos racionales las elecciones que ha realizado en el momento en que ha valorado el resultado de las pruebas y ha derivado de ellas elementos de convicción referidos a la verdad a la falsedad de los enunciados de hecho. En esencia, la libertad de convencimiento implica que el juez no está restringido en su decisión sobre los hechos y que tal decisión es discrecional, pero no implica que el juez pueda liberarse de las reglas de racionalidad para sumergirse en los abismos incognoscibles

---

<sup>248</sup> TARUFFO Michele, *Consideraciones sobre la prueba y motivación*, ob. cit., p. 535.

de su interioridad, y emerger de nuevo con una certeza incontrolable sobre los hechos de la causa<sup>249-250</sup>.

Por ello, se exige también la justificación externa del razonamiento o, en otra terminología, no sólo que el argumento sea lógicamente válido, sino que sea también sólido. Diremos que un argumento está justificado externamente si sus premisas son verdaderas<sup>251-252</sup>.

En sede jurisprudencial, la Sala Civil de la Corte Suprema, ha señalado, que se ingresa al campo de la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales frente a la inexistencia de una debida dilucidación de las controversias jurídicas, conforme lo exige el art. III del Título Preliminar (*finis del proceso*) y art 188 (*finalidad de los medios probatorios*) ambos del Código Procesal Civil. En efecto, el máximo órgano judicial en materia civil, ya apuntado:

«La correcta dilucidación de las controversias planteadas que exige a los Jueces la adecuada aplicación de las disposiciones que emergen de los

---

<sup>249</sup> TARUFFO Michele, *Probabilidad y prueba judicial*, ob. cit. p. 430.

<sup>250</sup> Por su parte, CHIASSONI Pierluigi, *Técnicas de Interpretación Jurídica. Brevario para Juristas*, trad. Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 18, se interroga ¿Cuándo una sentencia está correctamente motivada? Así, CHIASSONI, refiere que una sentencia judicial está motivada correctamente sí, y sólo si, cada una de las decisiones judiciales (disposiciones individuales, juicios jurídicos, normas individuales judiciales) que ésta contiene es *racional* o está justificada *racionalmente*. A su vez, una decisión judicial es racional (está justificada racionalmente) si, y sólo si, se satisfacen tres condiciones, consideradas disyuntivamente necesarias y conjuntamente suficientes. En primer lugar, la decisión tiene que estar justificada desde el punto de vista lógico-deductivo o inferencial (condición de *justificación interna*). En segundo lugar, la decisión debe estar justificada desde el punto de vista de la corrección jurídica de sus premisas normativas (condición de *justificación externa normativa*). En tercer lugar y último, la decisión debe estar justificada desde la óptica de la corrección jurídica de sus premisas fácticas (condición de justificación *externa probatoria*).

<sup>251</sup> FERRER BELTRÁN Jordi, *Motivación y racionalidad de la prueba*, 1º, ed., Grijley, Lima, 2016, p. 33

<sup>252</sup> AARNIO Aulis, *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. En: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, vol. 8, 1990, p. 31, Por su parte, para Aarnio, «la idea de razonamiento judicial racional sólo presupone que las decisiones están bien argumentadas como sea posible. Nuestra expectativa concierne a la “mejor justificación posible”, no a soluciones absolutamente correctas».

Artículos III del Título Preliminar y 188° del Código Procesal Civil; con un objetivo esclarecimiento de los hechos y la obtención de la verdad en justicia desde que el proceso no solo sirve a las partes, sino que además opera en interés del Estado, para el mantenimiento del ordenamiento jurídico y el establecimiento y conservación de la paz jurídica y la comprobación del derecho entre las partes, utilizando las herramientas que considere convenientes para alcanzar esos fines»<sup>253</sup>.

#### 4. Decisión justa

##### 4.1. Notas introductorias

Hace un buen tiempo, Francesco CARNELUTTI (1879-1965) manifestaba que el *proceso* sirve, pues para indicar un *método para la formación o para la aplicación del derecho* que tiene a garantizar la bondad del resultado, es decir, una tal regulación del conflicto de intereses que consiga realmente la paz y, por tanto, sea *justa y cierta*: la justicia debe ser su cualidad interior o sustancial: la certeza, su cualidad exterior o formal; si el derecho no es cierto, los interesados *no saben*, y si no es justo, *no sienten* lo que es necesario para obedecer<sup>254</sup>.

Por su parte, Piero CALAMANDREI (1889-1956), señalaba que, el proceso debe servir para conseguir que la sentencia sea justa, o al menos para lograr que la sentencia sea menos injusta, o que la sentencia injusta sea cada vez más rara<sup>255</sup>.

---

<sup>253</sup> Cas. N° 4197-2015-Cusco (*El Peruano*, 02 de octubre de 2017, p. 97489-)

<sup>254</sup> CARNELUTTI Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*, ob. cit., p. 22.

<sup>255</sup> CALAMANDREI Piero, *Derecho Procesal Civil*. Obra compilada y editada. trad. y comp. por Enrique Figueroa, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1996, p. 232, *apud* BUSTAMANTE ALARCÓN Reynaldo, *El Derecho a una decisión justa como elemento de un Proceso Justo*. En: Revista Derecho & Sociedad, n° 15, Lima, 2000, p. 38

En Latinoamérica, Eduardo COUTURE (1906-1956), manifestaba que el proceso es una relación jurídica continuativa, consistente en un método de debate con análogos posibilidades de defensa y de prueba para ambas partes, mediante el cual se asegura una justa decisión susceptible de cosa juzgada<sup>256</sup>.

Como puede verse de las dos citas de los autores italianos, ya diferenciaban entre el procedimiento como actividad, y como resultado: la decisión judicial, adoptando un adjetivo muy conocido, y a la vez muy pantanoso: justicia. Ello es muy importante, sin embargo, —hasta donde tenemos conocimiento— no teorizaron sobre los alcances de una decisión justa, dejándolo en un modo abierto, como valor.

Veremos inmediatamente que, de igual forma, la jurisprudencia civil (Corte Suprema), constitucional (Tribunal Constitucional) y Corte Internacional de Derechos Humanos, a pesar de mencionar dicho término «decisión justa» o «decisión materialmente justa», tampoco ha definido o a dado alcances para su debida emisión por los órganos jurisdiccionales.

## **4.2. Decisión justa en la jurisprudencia civil, constitucional e internacional**

### **a) La Corte Suprema**

---

<sup>256</sup> COUTURE Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., Montevideo - Buenos Aires, *B de f*, 2002, p. 35.

El máximo órgano judicial en materia civil, en una reciente sentencia<sup>257</sup>, ha expresado lo siguiente:

La motivación de la decisión judicial es una exigencia constitucional, por consiguiente, el Juzgador para motivar la decisión que toma debe justificarla, interna y externamente, expresando una argumentación clara, precisa y convincente para mostrar que aquella *decisión es objetiva y materialmente justa*, y por tanto, deseable social y moralmente (las cursivas son agregadas).

## b) El Tribunal Constitucional

Por su parte, el máximo intérprete de la Constitución, en el Exp. N° 07289-2005-AA/TC-Lima<sup>258</sup>, de fecha 03 de mayo de 2006, señaló que lo siguiente:

El debido proceso, tanto en su dimensión formal como sustantiva, garantiza el respeto de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable para que una causa pueda tramitarse y *resolverse en justicia*»<sup>259</sup> (las cursivas son agregadas).

De la misma forma, la Sala transitoria de Derecho Constitucional y Social, respecto al derecho al debido proceso, señala que:

[t]iene dos dimensiones: sustancial y formal. El debido proceso sustancial, está referido a que el proceso debe culminar en una decisión justa, respetuosa de valores superiores y derechos fundamentales. De otro lado, el debido proceso formal, se encuentra referido a una serie de garantías que impiden que los derechos fundamentales de los individuos se vean afectados por un deficiente proceso. Entre estas últimas encontramos el derecho de acción y contradicción, publicidad del proceso, motivación de las

---

<sup>257</sup> Cas. N° 3001-2013-Ica, El Peruano, de fecha 02 de mayo de 2017, pp. 91569-91571 (Sentencia emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, v. Considerando Segundo).

<sup>258</sup> *Vid.* Fundamento Jurídico N° 3, Caso Princeton Dover Corporation Sucursal Lima-Perú.

<sup>259</sup> Cabe señalar que, dicho criterio es compartido (y citado) por diversas sentencias del TC, por citar: Exp. N° 05037-2011-PA/TC-Lima (f. j. 8), Exp. N° 00037-2012-PA/TC-Lima (f. j. 31); Exp. N° 06430-2013-PA/TC-La Libertad (f. j. 24).

resoluciones, plazo razonable, eficacia de lo decidido, entre otros<sup>260</sup>.

### c) La Corte Internacional de Derechos Humanos

Finalmente, la Corte IDH, en una sentencia emitida el 01 de febrero de 2006 (Caso López Álvarez Vs. Honduras<sup>261</sup>) apuntó:

Todos los órganos que ejerzan funciones materialmente jurisdiccionales tienen el deber de adoptar *decisiones justas* basadas en el respeto pleno a las garantías judiciales del debido proceso [*vid.* fundamento n° 148].

## 5. Decisión justa desde la perspectiva de Michele Taruffo

### 5.1. Notas introductorias

Como lo dejamos en claro al inicio de la presente investigación, ella pretende determinar si la aplicación de la presunción relativa de verdad de los expuestos en la demanda (art. 461 CPC/1993) como consecuencia de la rebeldía posibilita la emisión de una «decisione giusta» («decisión justa»<sup>262</sup>) en el marco del proceso civil peruano.

Asimismo, advertimos que en lo referente al término «decisión justa», nos apoyamos en el marco teórico del procesalista italiano

---

<sup>260</sup> Cas. N° 12013-2015 Moquegua, El Peruano, de fecha 30 de junio de 2017, pp. 94642- 94644. (Sentencia emitida por la Sala transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, v. Considerando Quinto).

<sup>261</sup> Dicha sentencia de la Corte IDH está disponible en internet (consultado el 01 de julio de 2017): «[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf)».

<sup>262</sup> Dejamos constancia que los términos «decisione giusta», no únicamente puede significar al español como «decisión correcta» o «decisión adecuada». Sea como fuere, lo que sí ha dejado en claro Michele Taruffo, es que no se trata de justicia sustancial.

Michele TARUFFO <sup>263</sup> . Dicho autor, escribió una monografía intitulada «Idee per una teoria della decisione giusta<sup>264</sup>» (Ideas para una teoría de la decisión justa) en donde esboza algunas importantísimas ideas para la emisión de una decisión justa en el proceso civil, así como indica las condiciones necesarias y suficientes de aquella.

## 5.2. ¿Decisión justa?

Así vistas las cosas, debemos dejar en claro, que nuestro autor, es consciente de las innumerables situaciones en las cuales se habla de justicia (por ej. justicia distributiva y justicia correctiva de Aristóteles), y sobre todo de las cuales está vinculada con las decisiones judiciales.

Así, refiere —siempre el mismo autor— que la legalidad en la decisión judicial si bien es un requisito indispensable, no es una condición suficiente de justicia. Indica, que la extrema dificultad de reconducir a la justicia de la decisión o cualquier criterio de justicia sustancial ha terminado con inducir a no pocos teóricos del derecho y del proceso a renunciar a tal empresa.

---

<sup>263</sup> En sede nacional, —hasta donde tengo conocimiento— Cavani, en solitario ha sido quien abordado el tema decisión justa desde la perspectiva de Michele TARUFFO. *vid.* CAVANI Renzo, «Decisión justa»: ¿mero *slogan*? —por una teorización de la decisión judicial para el proceso civil contemporáneo—, en: Revista de Derecho Procesal Justicia, N° 01, Bosch Editor, 2015, pp. 335-383, (existe una versión en portugués: Decisão justa»: mero *slogan*? Por uma teorização da decisão judicial para o processo civil contemporâneo) en: RePro, Ano 39, N° 236, Outubro, 2014, pp. 119-155.

<sup>264</sup> Publicada primigeniamente en la famosa: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Cedam, Padua, junio, 1997, n° 2, pp. 315-328. Y posteriormente en: *Sui Confini*. Scritti sulla giustizia civile, Il Mulino, 2002, pp. 219 y ss. (Existe una versión en español: *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2006, pp. 199-208).

Dicho autor además refiere que, el juez cumple a fin de resolver una controversia, entre diversas alternativas posibles, cada una de las cuales corresponde a una hipótesis de decisión. La existencia de estas diversas hipótesis se hace evidente si se reflexiona, incluso en términos muy generales y aproximativos, en el razonamiento que el juez debe realizar para alcanzar la decisión final. Agrega que, si el problema de la decisión consiste en la elección entre varias hipótesis de decisión, puede decirse que el problema de la decisión justa corresponde al problema de la elección de la *mejor* decisión.

Dicho autor, agrega:

La teoría de la decisión justa [...] se funda sobre el presupuesto de que no existe un único criterio idóneo, que pueda constituir el punto de referencia para las valoraciones atinentes a la justicia de la decisión judicial. Más bien, parece necesario referirse a un conjunto de tres criterios: solamente a partir de su combinación podrá resultar un esquema de valoración que permite determinar, si la decisión es justa, y también cuándo lo es.

Los tres criterios aludidos son los siguientes: a) la corrección de la elección y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso; b) determinación fiable de los hechos relevantes del caso; c) empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión.

A lo que atañe a la presente investigación, es el ítem (b), toda vez que no podría existir una decisión justa sin la determinación fiable de los hechos relevantes del caso. En efecto, así lo entiende también, Perfecto IBÁÑEZ, cuando refiere que «no sólo para el procesalista, sino, antes aun, en el sentido común de la mayoría de los ciudadanos, la misma idea de decisión justa se encuentra estrechamente asociada a la fijación veraz de los hechos, por

procedimientos y conforme a criterios que se considera generalmente válidos a ese efecto»<sup>265</sup>.

Así, «un juicio veraz sobre los hechos del caso es una *condición necesaria* (por supuesto no suficiente) de la justicia de cualquier decisión. Cualquier error en la reconstrucción de los hechos implica que las reglas legales, aunque fueron elegidas e interpretadas correctamente, no fueron aplicadas de forma apropiada en el caso específico. Una consecuencia importante de estas afirmaciones es que alcanzar una decisión veraz es uno de los propósitos básicos del litigio, mas no el único, y sin ser un fin general primordial — que es hacer una decisión esencialmente legal, exacta y justa —, sino un propósito instrumental esencial, pues una decisión legal puede basarse únicamente en la reconstrucción veraz de los hechos. Por esto, las regulaciones procesales se deben orientar no sólo a dejar a las partes desarrollar sus actividades en un contexto imparcial y “procesalmente justo”, sino también a maximizar la posibilidad que toda la evidencia relevante y admisible sea recogida y presentada realmente al juicio de los hechos. De hecho, únicamente bajo esta condición, la corte tendría la oportunidad de tomar una decisión informada, exacta y confiable basada en la reconstrucción relativamente mejor, de los hechos de la controversia. La disposición de un procedimiento justo y la orientación del procedimiento a la búsqueda a la verdad no son metas

---

<sup>265</sup> IBÁÑEZ PERFECTO A. *La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia*, En: Ibáñez Perfecto A. y Robert Alexy, *Jueces y ponderación argumentativa*, UNAM, México, 2006, p. 20.

incompatibles; al contrario estas metas podrían ser conminadas en un sistema procesal consistente y eficiente»<sup>266</sup>.

TARUFFO, señala que la justicia de la decisión no presupone solamente su *legalidad*, es decir su derivación de una interpretación y aplicación correcta de las normas sino también su *veracidad*, es decir la comprobación de la verdad de los hechos relevantes: la razón fundamental de todo ello es que ninguna decisión puede considerarse justa si se funda en una comprobación falsa o errónea de los hechos del pleito<sup>267</sup>.

Dicha tesis de la decisión justa, es compartida por muchos juristas reconocidos. Por citar, a BALDASSARE PASTORE, quien refiere que la decisión es considerada justa solo si se cumplen otras condiciones, que se erigen como conjuntamente necesarias. Estas se refieren a la solución de la *quaestio juris*, o sea la exacta elección e interpretación de la regla jurídica aplicable, y una comprobación atendible, veraz, de los hechos relevantes del caso<sup>268</sup>.

Del mismo sentido, MITIDERO, —siguiendo las ideas de Häberle y del propio Taruffo—, refiere que el Estado Constitucional está predestinado a una búsqueda perpetua por la verdad, en la medida en que ella tiene un *valor-político* incuestionable para la sociedad. Agrega el autor —siguiendo esta vez al profesor italiano—, que en

---

<sup>266</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>267</sup> TARUFFO, Michele: Consideraciones sobre prueba y motivación. En: TARUFFO, Michele, et al.: Consideraciones sobre la prueba judicial. Segunda Edición. Editorial Fundación Coloquio Jurídico-Europeo, Madrid, 2010, p. 28.

<sup>268</sup> BALDASSARE Pastore, “*Giusto processo*” e *verità giudiziale*. En: Riv. Filosofia del diritto, 2012-2013, p. 1.

el proceso civil esto quiere decir que no hay como proferir una *decisión justa* si no se parte del presupuesto que el proceso se orienta a búsqueda por la verdad”<sup>269</sup>.

Entre una decisión “justa”, tomada autoritariamente, y una decisión “justa”, construida democráticamente, no puede dejar de haber diferencia, cuando se cree que la dignidad humana se realiza a través de la libertad<sup>270</sup>.

---

<sup>269</sup> MITIDIERO Daniel, *Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 86.

<sup>270</sup> GONÇALVES Aroldo Plínio, *Técnica processual e teoria do processo*, 2ª ed., Belo Horizonte del Rey Editora, 2012, *apud*. MACIEL JÚNIOR Vicente de Paula, *A tutela antecipada no projeto do novo CPC*. En: DIDIER JR. Fredie *et al.*, (org.) *Novas tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*, Editora Jus Podivm, Salvador-Bahía, 2013, p. 303.

**CAPÍTULO III:**  
**LA REBELDÍA EN EL PROCESO**  
**CIVIL**

## LA REBELDÍA EN EL PROCESO CIVIL

**SUMILLA:** 1.- Nociones preliminares. 2.- Antecedentes. 2.1. Procedimiento en Roma. 2.1.1. Sistema acciones de la ley o *legis actiones* 2.1.1.1. Dos etapas: «in iure» e «iudicio» o «apud iudicem». 2.1.2. Sistema formulario u *ordon iudiciorum*. 2.1.3. Sistema extraordinario o *extraordinaria cognitio*. 3.- Teorías acerca de la naturaleza jurídica de la rebeldía. 4. La rebeldía en nuestras tres legislaciones procesales civiles: 1852, 1912, y 1993. 4.1. La rebeldía en el Código de Enjuiciamiento en materia civil de 1852. 4.2. La rebeldía en el Código de Procedimientos Civiles de 1912. 4.2.1. Supuestos de rebeldía en el CPC de 1912. 4.2.2. Consecuencias del rebelde en el CPC de 1912. 4.3. La rebeldía en el Código Procesal Civil de 1993. 4.4. Continua: la rebeldía en el CPC/1993. Crítica a Juan F. Monroy Gálvez 5.- La rebeldía. 5.1.- Rebeldía o contumacia: ¿una distinción relevante? 5.2.- La rebeldía y la omisión de actos procesales. 5.3.- La rebeldía y sus efectos jurídicos. 5.4.- La rebeldía y la prueba de oficio. 6.- Sistemas de *ficta confessio* y *ficta litis contestatio*. 6.1. Sistema de la *ficta confessio* o confesión tácita. 6.2. Sistema de la *ficta litis contestatio*. 6.3. El silencio en el proceso. 7.- Requisitos de la rebeldía. 8.- Sobre la denominada «presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda» (art. 461 CPC/1993). 9.- Excepciones de la aplicación de la presunción. 9.1. Cuando la demanda es contestada por uno de los emplazados. 9.2. Cuando la pretensión se sustente en un derecho indisponible. 9.2.1. El silencio del CPC/1993, en cuanto al término «derecho indisponible». 9.2.2. La ambigüedad de la Ley de Conciliación, respecto al término «derecho indisponible». 9.2.3. ¿Qué debe entenderse por «derecho indisponible»? 9.3. Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, éste no fue acompañado a la demanda. 9.4. El Juez declare, en resolución motivada, que no le producen convicción. 10.- ¿Otra excepción a la regla?: En los procesos relativos o conexos de expropiación. 11.- Presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en el acta de conciliación, según la Ley N° 26872. 12.- Inaplicación de la «presunción relativa» de la verdad de los hechos expuestos en la solicitud de arbitraje. 13.- *Excursus*: artículos 507 y 508 del CPC ¿únicos supuestos de (sobre) protección al rebelde?

## 1. Nociones preliminares

Históricamente durante mucho tiempo, estuvo presente en los diversos sistemas jurídicos, la noción de que el proceso no puede configurarse sin la participación del demandado, este se incorporaba al proceso al responder a la demanda, es decir la *litis contestatio*, considerada por los romanos como la piedra angular del proceso, pues gracias a ésta el Juez podía conocer verídicamente las posiciones de ambas partes.

Sin embargo, paulatinamente, se ha reconocido la posibilidad de instituirse una relación jurídica procesal activamente unilateral a pesar de la naturaleza contenciosa del petitorio, propiamente, que exista proceso sin el concurso activo del demandado en su constitución<sup>271</sup>.

## 2. Antecedentes

### 2.1. Procedimiento civil en Roma<sup>272</sup>

Es incuestionable afirmar que numerosas instituciones jurídicas procesales que en la actualidad irrumpen en diversos sistemas procesales contemporáneos tienen su umbral genuino en el procedimiento civil romano. Por lo que en este apartado, tan sólo me limitaré a resumir de manera sumaria los tres sistemas más importantes en el derecho romano, siendo aquellos los siguientes: (a) Sistema acciones de la ley o «legis

---

<sup>271</sup> PALOMINO MANCHEGO José F. y PAIVA GOYBURU, Dante; *Comentario al artículo 458 del CPC*. En: CAMARGO ACOSTA Johan S. (coord.) *Código Procesal Civil Comentado por los mejores especialistas*. t. III. 1º Ed., Adrus, Lima, 2012, p. 160.

<sup>272</sup> Ampliamente, en IGLESIAS Juan, *Derecho Romano (Historia e Instituciones)*, 18º ed., Sello Editorial, Madrid, 2010, p. 127-150.

acciones», (b) Sistema formulario u «ordo iudiciorum», (c) Sistema extraordinario «extraordinaria cognitio».<sup>273</sup>

### 2.1.1. Sistema acciones de la ley o *legis actiones*

Este sistema fue incorporado en el Derecho Romano en la época preclásica<sup>274</sup>, instituida por la Ley de las XII Tablas, caracterizándose principalmente por su excesivo «formalismo» o «solemnidad», y porque en él no se permitía representación alguna, es decir, era exclusivamente personal.

En efecto, tan enorme fue el grado de formalidad, que ante el error más diminuto (en una palabra o gesto equivocado<sup>275</sup>) daba lugar a la pérdida del pleito o conflicto.

---

<sup>273</sup> Esa misma clasificación sigue, Pietro BARINETTI, *Diritto Romano: parte generale*, F. Vallardi, Milano, 1864, p. 192 y ss. Sin embargo, es importante señalar que los procedimientos (a) y (b), se encuentran inmersos en el sistema ordinario o también denominado *ordo iudiciorum privatorum* (ordenamiento de juicios privados), y quizás esta es la razón, por la cual algunos autores consideran que las tres fases principales del procedimiento civil romano son: (i) *Ordo iudiciorum privatorum*, (ii) *procedimiento de leyes acciones*, y (iii) *apud iudicem*, por citar por ejemplo a FONSECA TAPIA César, en: *Manual Derecho Romano. Comparación con el Código Civil, aforismos y problemas*. 3° ed., Adrus, Lima, 2011, pp. 638-642.

<sup>274</sup> En Roma, las acciones de la ley, conocidas por medio de las fuentes, principalmente de las Instituciones de GAYO, eran las siguientes: a) *Legis actio per sacramentum* («acción de la ley por apuesta sacramental»), tanto en su variante real (*in rem*) como personal (*in personam*); b) *Legis actio per iudicis arbitrive postulationem* o *iudicis postulatio* («acción por ley por petición de juez o árbitro»); c) *legis actio condictionem* («acción de la ley por emplazamiento»); d) *Legis actio per manus iniectioem* («acción de la ley por imposición de la mano»); y, e) *Legis actio per pignoris capionem* o *pignoris capio* («acción de la ley por toma de prenda»): Vid. FERNÁNDEZ BARREIRO A., y PARICIO J., *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, 8ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, pp. 39-44. Cabe resaltar que en las tres primeras eran denominadas acciones declarativas, toda vez que mediante éstas el actor pretendía que se reconociera su derecho en controversia, y a los dos restantes, se les denominaba acciones ejecutivas. Sobre éstas acciones, véase *in extenso*: MORALES Ignacio J., *Derecho Romano*, 3° ed., Trillas, México, 1995 (reimp. 1989), pp. 281 y ss.

<sup>275</sup> El recordado civilista Emilio BETTI, en su momento expresó que «el procedimiento de la *legis actiones* consistía en el contextual cumplimiento de gestos o ademanes prescritos»: citado por NESPRAL Bernardo, *El Derecho Romano en el siglo XXI*, Argentina, 2002, p. 254.

Cabrá recordar, que en dicho proceso era importante y necesaria la presencia de las partes<sup>276</sup>, siendo que ante la incomparecencia del demandado, se le autorizaba al demandante a llamar testigos y recurrir al empleo de la fuerza, si era necesario, obligando a éste a personarse, como será explicado *infra*.

#### 2.1.1.1. Dos etapas: «in iure» e «iudicio» o «apud iudicem».

El procedimiento de las acciones de la ley, constaba de dos etapas, la primera de ellas denominada: *in iure*, que era dirigida por el magistrado o «magistratus», y la segunda denominada *in iudicio* o *apud iudicem* por el juez o «iudex»<sup>277</sup>.

En cuanto, al procedimiento, este se iniciaba de la siguiente manera:

«[E]l demandante tomaba la iniciativa citando al demandado a comparecer ante el magistrado. Esta citación era un acto privado del demandante, es decir, sin intervención de la autoridad, y se denominaba *in jus vocatio*. Presentes las partes ante el magistrado, debían cumplirse ante él todas las fórmulas y ritualidades propias de cada acción, que generalmente eran orales, sin que pudiera cambiarse un vocablo por otro». Era el régimen de los términos sacramentales. Cumplida la plenitud de aquellas ritualidades, dentro de las cuales el magistrado informaba plenamente el objeto y de todos los elementos de la acción, las partes ponían testigos de lo actuado y se producía lo que se llamó la *litis contestatio*, expresión derivada de *litis cum testatio*, que significa *litis* con testimonio. Después de la instancia *in iure* se desarrollaba la instancia *in iudicio* ante el juez. En esta segunda etapa del proceso, sobre la base de los elementos con que se había configurado el juicio ante el magistrado, el juez investigaba la verdad de los hechos por los medios probatorios

---

<sup>276</sup> Cfr. SÁINZ José María, *Derecho Romano*, t. I, 2ª reimp. Limusa S.A., México, 1994, p. 150.

<sup>277</sup> Cfr. BARINETTI Pietro, *Diritto Romano: parte generale, Ob. Cit.* p. 193. A decir de RONSERBEG, en dicha etapa «al magistrado le falta poder de resolución, y al *iudex* el de jurisdicción»: ROSENBERG Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil* [1951], t. I, trad. de Ángela Romera Vera, Ara Editores, Lima, 2007, p. 52.

que adujeran las partes, y aplicaba el derecho en la sentencia que debía pronunciarse»<sup>278</sup>.

Lo mencionado anteriormente, ocurría cuando el demandado se presentaba en juicio, empero ¿qué sucedía si éste se negaba a concurrir ante el magistrado? En este supuesto, en razón de obligatoriedad de la presencia de las partes en dicho procedimiento<sup>279</sup>, el magistrado podía utilizar la «fuerza» y compelerlo a asistir, y si éste se oponía, aquel tenía la potestad de llamar testigos, llevarlo por la fuerza, ello era conocido como «*obtorto collo*»<sup>280</sup>.

### 2.1.2. Sistema formulario u *ordo iudiciorum*

La excesiva formalidad del procedimiento esbozado en líneas anteriores, ocasionó entre los ciudadanos romanos desconfianza, puesto que ello generaba atropellos e inclusive hasta la pérdida de sus derechos sustanciales; y justamente en tal razón, es que dichas solemnidades se vieron *reducidas* —y no eliminadas por completo— prontamente, apareciendo la denominada «Lex Aebutia» (y más tarde dos leyes Julias «*leges Juliae*»), a finales de la República (150 a.C.) para durar hasta el siglo III, y principios de IV, cuando Diocleciano introdujo el procedimiento extraordinario<sup>281</sup>, que posteriormente será desarrollado.

---

<sup>278</sup> MEDELLÍN BECERRA Carlos E., *Lecciones de Derecho Romano*, 15<sup>va</sup> ed., Legis, Colombia, 2009, pp. 352-353.

<sup>279</sup> En el sistema de formulación romana, si una de las partes se negaba a poner fin a la *litis contestatio*, la fase *apud iudicem* podría no tener lugar. En aquel sistema, la voluntad del acusado constituía una condición previa de procedimiento: LUISO Francesco P., *Diritto processuale civile*, t. II, 6<sup>o</sup> ed., Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 214.

<sup>280</sup> Cfr. MATTIROLO Luigi, *Trattato di Diritto Giudiziario Civile*, v. III, 4<sup>a</sup> edizione, Fratelli Brocca Editori, Torino, p. 744 y ss.

<sup>281</sup> DESTRAL Bernardo, *El derecho romano en el siglo XXI*, *ob. cit.* p. 258.

Es así, que ante la situación descrita, se originó el procedimiento formulario<sup>282</sup> o también conocido como sistema de juicios privados o procedimiento *per fórmulas*, denominación derivada de la utilización —en la primera etapa («in iure»)— de un escrito llamado «fórmula», en la cual se redactaba en presencia de ambas partes, y ante el magistrado, en primer término el resumen de la causa jurídica puesta en discusión («demonstratio»), la designación del juez o *iudex* («institutio Judicis»), la pretensión o pretensiones jurídicas-procesales del demandante («intentio»), la condena o absolución al demandado («condemnatio»), y la adjudicación de algunos bienes del demandado, en ciertas circunstancias («adjudicatio»). Asimismo, la fórmula contenía partes accesorias que eran: («exceptio»), y («praescriptio»).

Al respecto, el romanista venezolano CUENCA señalaba que «la resistencia, deserción o falta de comparecencia del actor o del demandado, tanto *in iure* como *in iudicio*, acarrea la contumacia o rebeldía, esto es, una razón presunta a favor del adversario»<sup>283</sup>.

En efecto, en dicha época incurría en «contumacia» o «rebeldía» todo aquel que desacataba la autoridad del juez, bien desobedeciendo la orden de comparecencia o dejando de cumplir las resoluciones dictadas por el magistrado en el propio recinto del Tribunal. Durante el formulario, donde existe una mistificación de la justicia privada o pública, el desacato judicial no revestía tanta gravedad como ahora en el extraordinario, donde la intervención del Estado, mediante los actos jurisdiccionales de altos funcionarios que representan al Príncipe, se

---

<sup>282</sup> Es menester señalar que, en dicho procedimiento, permanecieron en vigencia las dos fases o etapas antes descritas («in iure» y «in iudicio»).

<sup>283</sup> CUENCA Humberto, *Proceso Civil Romano*, 1º ed., Ejea, Buenos Aires, 1957, p. 81.

interpretan como una falta de respeto a la majestad imperial. De manera, que más que un desagravio o resarcimiento para la parte obediente y puntual, la contumacia o rebeldía es una sanción al irrespeto. En ella incurre tanto el que no comparece como el que compareciendo se niega a contestar, o a seguir el trámite, y es común a ambas partes, en el sentido de que tanto puede haber contumacia del demandado como del actor<sup>284</sup>.

De otro lado, hay autores que manifiestan que el formulario fue sin duda el procedimiento formulario por excelencia, el cual rigió durante siglos, incluyendo toda la etapa clásica. Fue, pues, el que conocieron y consideraron los grandes juristas, y el caldo de cultivo pragmático sobre el que se desarrollaron las soluciones que hicieron del derecho romano lo que fue<sup>285</sup>.

### 2.1.3. Sistema extraordinario o *extraordinaria cognitio*

En cuanto a éste sistema denominado «extraordinario», podemos señalar que fue creado por el emperador Diocleciano en el año 284 d. C.<sup>286</sup>, y se caracterizaba esencialmente por cuanto no se presentaba dos etapas anteriores: «in iure» y «apud in iudicem». Asimismo, en este se instituyó el sistema de *recursus* contra las sentencias, de los cuales el más importante fue el de *apellatio*, por medio del cual se solicitaba la *intercessio* de los magistrados superiores a fin de corregir las violaciones del derecho en que se hubiera incurrido en los fallos<sup>287</sup>.

---

<sup>284</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>285</sup> RABINOVICH-BERKMAN Ricardo D., *Derecho Romano*, 1° ed., Astrea, Buenos Aires, 2001, p.766.

<sup>286</sup> Cfr. DESTRAL Bernardo, *ob. cit.*, p. 258.

<sup>287</sup> Cfr. MEDELLÍN BECERRA Carlos Eduardo, *Lecciones de Derecho Romano, ob. cit.*, p. 357.

A decir, Samanes Ara, de rebeldía o contumacia en sentido estricto no puede hablarse hasta la *cognitio extraordinem*. En esta fase, si el demandado no comparece, el acto impetra tres intimaciones oficiales, y la desobediencia a las mismas da lugar al procedimiento contumacial o eremodicio (juicio solitario). La razón de ello es que un juicio en rebeldía solo puede concebirse en un tipo de proceso que, como el de la *cognitio* extraordinaria, no se fundamentaba ya en la voluntad de las partes sino en el poder inquisitivo del juez y en la autoridad del estado, a diferencia de lo que ocurría en el *ordo iudiciorum*, donde el juez no podía desplegar la actividad de oficio necesaria para el desarrollo del proceso contumacial. Finalmente, agrega la citada autora, que la *cognitio* del juez es pues, posible aunque falte la colaboración de uno de los sujetos<sup>288</sup>.

En este procedimiento extraordinario, señala el profesor IDROGO<sup>289</sup>, existían dos variantes: una consistía en la invitación que mediante tres edictos se le hacía al demandado, a fin de que comparezca a juicio («denuntiatio»); la otra se refería a la opción que se acordaba al actor, en caso que no comparezca el demandado cuando se trataba de una pretensión real. En este caso, se abría el proceso en rebeldía o el actor requería la posesión de la cosa litigiosa. Una vez obtenida la posesión, al demandado le quedaban dos caminos; presentarse dentro del plazo de un año, obtener mediante fianza la restitución de la cosa y asumir su defensa o, transcurrido ese lapso, interponer una pretensión

---

<sup>288</sup> SAMANES ARA Carmen, *La Tutela del rebelde en el proceso civil*, 1º ed., José María Bosch, Barcelona, 1993, p. 20.

<sup>289</sup> IDROGO DELGADO Teófilo, *Derecho Procesal Civil. El proceso de conocimiento*, t. I, 2ª. Ed., Fondo Editorial Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, 2014, p. 337.

autónoma frente al actor. No debemos perder de vista que, durante el procedimiento extraordinario, de igual forma que los anteriores procedimientos, existía la posibilidad de conducir al demandado a la sede del tribunal por la fuerza.

### 3. Teorías acerca de la naturaleza jurídica de la rebeldía

Ahora toca efectuar un brevísimo repaso de las teorías respecto a la naturaleza de la rebeldía, por ello, tomaremos como base lo manifestado por el autor argentino Ricardo REIMUNDIN, en su trabajo intitulado: «Contribución al estudio de la Contumacia en la Legislación Argentina»<sup>290</sup>, así como el libro denominado «La Tutela del rebelde en Proceso Civil»<sup>291</sup> de la profesora española Carmen SAMANES ARA, en donde aquellos realizan independientemente un sucinto recuento de diversas teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la rebeldía. Estas son las siguientes:

#### 3.1. Teoría de la pena

Por esta teoría no existe la posibilidad de proseguir un proceso sin la presencia de las dos partes. No cabía la posibilidad de un proceso de rebeldía, por cuanto al demandado se le conminaba a apersonarse, y su ausencia era considerada como un acto ilícito, una verdadera resistencia al poder del juez. Recordemos que podía ser conducido por la fuerza (Ley de las XII Tablas)<sup>292</sup>.

---

<sup>290</sup> REIMUNDIN, Ricardo, *Contribución al estudio de la contumacia en la legislación argentina*. En Revista de Derecho Procesal Ediar S.A: Editores, 1951, año IX, N<sup>ros</sup> 3-4, pp. 233-235, *apud* por MORALES GODÓ Juan, en Revista Actualidad Jurídica: *La rebeldía y sus consecuencias procesales*. En Revista Actualidad Jurídica, N° 177, 2008, pp. 97-98.

<sup>291</sup> SAMANES ARA Carmen, *La Tutela del rebelde en el proceso civil*, *ob. cit.*, pp. 19-26.

<sup>292</sup> REIMUNDIN Ricardo, *Contribución al estudio de la contumacia*, *ob. cit.*, pp. 97-98.

De este modo, verificamos que bajo el enfoque de esta teoría, la rebeldía tenía un «carácter nítidamente punitivo y sancionatorio»<sup>293</sup>, siendo en la actualidad *inadmisible*, toda vez que hoy contestar la demanda o comparecer al proceso, no constituye una obligación, sino tan sólo una carga procesal<sup>294</sup>, como se verá más adelante.

### 3.2. Teoría de la renuncia

En oposición a la teoría anterior que consideraba una obligación el comparecimiento del demandado ante el magistrado, por esta teoría se reconocía el derecho de la parte para disponer libremente de medios de defensa. Queda dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad el ejercer el legítimo derecho de defensa, sin que se le pueda conminar a hacer lo contrario si es que el demandado decide no apersonarse y no contestar la demanda<sup>295</sup>.

A decir de RISPOLI, citado por GALERA FUZISHIMA, todo indicaría haber sido GONNER el primer adoctrinador en contraponerse a la «teoría de la pena», en el siglo XIX, ocasión en que ya no se tenía la comparecencia del demandado como un deber. Para ello, dicho autor creó la «teoría de la renuncia». Como en la época, aún no se trataba de la relación jurídica procesal independientemente de la relación jurídica de derecho material, se entendía que la no comparecencia del demandado en juicio era una

---

<sup>293</sup> GALERA FUZISHIMA Ancilla Caetano, *Uma abordagem crítica acerca da revelia no Direito Processual Civil Brasileiro*, Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2007, p. 57.

<sup>294</sup> Cfr. GALERA FUZISHIMA Ancilla Caetano, *Uma abordagem crítica acerca da revelia*, *ob. cit.*, p. 57.

<sup>295</sup> *Ibíd.*

renuncia al propio derecho material que se estaba discutiendo en los autos<sup>296</sup>.

### 3.3. Teoría de la autodeterminación

Se ha dicho que en un intento de superar los inconvenientes que presentaba la teoría de la antes esbozada, RISPOLI formuló la teoría de la autodeterminación, según el cual, el sujeto es libre de determinar su conducta procesal como más convenga a su interés, pero si decide permanecer inactivo se produce la preclusión, que no es una pena sino la consecuencia de su inactividad, del no ejercicio de su facultad de actuar.

Para tesis de la autodeterminación, se es inactivo porque se ha querido serlo; mientras que para la tesis de la renuncia se es inactivo porque se ha querido renunciar al derecho o a la litis<sup>297</sup>.

Así como se tiene derecho a cooperar con el proceso, de la misma forma tiene el derecho de abstenerse. La abstención es el no ejercicio de la facultad de obrar, porque cada cual es libre de autodeterminarse<sup>298</sup>.

### 3.4. Teoría de la inactividad

Según SAMANES ARA, esta teoría trata de salvar la objeción que se le hace a la anterior, contemplando el instituto desde un punto de vista objetivo y sin hacer ninguna valoración sobre el ánimo del rebelde. Es el criterio

---

<sup>296</sup> RISPOLI, Arturo. *Il processo civile contumaciale*, Società Editrice Libreria, Milano, 1911, p. 242 *apud*. GALERA FUZISHIMA Ancilla Caetano, *Uma abordagem crítica acerca da revelia*, *ob. cit.*, pp. 57-58.

<sup>297</sup> SAMANES ARA Carmen, *La tutela del rebelde en el proceso civil*, *ob. cit.*, p. 25.

<sup>298</sup> REIMUNDIN, Ricardo, *Contribución al estudio de la contumacia*, *ob. cit.*, pp. 97-98.

de CHIOVENDA quien afirma que la ley no tiene en cuenta el elemento subjetivo de la voluntariedad, sino solo el objetivo de la no comparecencia<sup>299</sup>.

### **3.5. Teoría de la carga**

Siguiendo siempre a la misma autora, manifestamos que a partir de la elaboración del concepto de carga por James GOLDSCHIMDT se viene considerando como tal (y precisamente como una de las importantes) a la personación, y, en consecuencia, se afirma que la rebeldía no es sino la no liberación de la carga de comparecer que pesa sobre el demandado. Constituirse en juicio es una carga pero no una obligación. El que no lo hace, actúa de conformidad con el principio dispositivo, y no infringe ningún deber de defensa, porque frente a ello no existe un derecho de la otra parte ni del Estado. El no desembarazarse de esa carga lleva como consecuencia, no una pena o sanción como ocurre, en general, con las obligaciones, sino una serie de desventajas para el demandado, principalmente de producir eficaz su defensa<sup>300</sup>.

## **4. La rebeldía en las tres legislaciones procesales civiles: 1852, 1912, y 1993**

### **4.1. La rebeldía en el Código de Enjuiciamiento en materia civil de 1852**

Si bien es cierto, en el gobierno del Presidente del Perú, el mariscal Ramón CASTILLA Y MARQUESADO, se sintió la enorme necesidad de implementar dos de los cuerpos legislativos más trascendentales de la nación: Código Civil y de Enjuiciamiento Civil, también es cierto, que fue

---

<sup>299</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>300</sup> *Ibid.*

en el gobierno de su sucesor, el presidente José RUFINO ECHENIQUE —que luego de diversas leyes de suspensión a las promulgaciones de los proyectos de dichos códigos, y del nombramiento de comisiones revisoras para los mismos—, en las sesiones del Congreso de la República —conformada por Antonio G. de La Fuente (Presidente del Senado), Joaquín J. de Osma (Presidente de la Cámara de Diputados), Buenaventura Seaone (Senador Secretario), y José Enrique Gamboa (Diputado Secretario)—, en los días 23 y 29 de diciembre de 1851, se lograra aprobar y promulgar respectivamente, para que posteriormente sean publicados ambos códigos oficialmente el 28 de julio de 1852<sup>301</sup>.

Es así, que nuestro primer código de procedimiento civil, reguló la institución jurídica de rebeldía en los artículos 490 a 514, en el Libro Segundo «De las primeras instancias de los juicios civiles», de la Sección Segunda «De las diligencias comunes o que pueden tener lugar en todo juicio», en cuyo título cuarto, se intitulaba «de las rebeldías» (arts. 490 a 497), y seguidamente, «del modo de proceder en rebeldía» (arts. 498 a 514).

Dicho código, estipulaba en su art. 492 que: «[P]ara que una persona sea declarada rebelde, basta que haya desobedecido un mandato judicial (...)». En efecto, en aquel tiempo, la persona que se sustraía de la

---

<sup>301</sup> En efecto, fue a través de la ley de 23 de diciembre de 1851 *sobre la publicación, observancia e impresión de los códigos* señalaba «Art. 1.- Los códigos civil[es] y de enjuiciamientos en materia civil[es], serán promulgados solemnemente por el Presidente de la república, y se publicarán por los prefectos, subprefectos y gobernadores en todas las capitales de departamento, de provincia y de distrito el 28 de Julio de 1852. Art. 2.- Desde el día siguiente al de la promulgación, regirán estos códigos en todo el territorio de la república». Para mejor detalle, y sobre la publicación de diversas leyes hasta promulgación de los códigos antes citados, recomiendo remitirse: OVIEDO Juan, *Colección de Leyes, Decretos y Órdenes publicada en el Perú, desde el año 1821 hasta de diciembre de 1859*, t. X, Felipe Bailly Editor, Librería Central Portal de Botoneros, N° 196, Lima, 1863.

obediencia que debía darse a los mandatos judiciales, se le declaraba rebelde (art. 490 CEC/1852); sin embargo, es menester señalar que, para tal cuerpo legislativo, si la desobediencia era reiterada, se le declaraba contumaz, observándose los trámites prescritos en tal código (art. 491 CEC de 1852). Como se puede evidenciar, el referido código procesal distinguía —aunque ligeramente— las instituciones procesales de la rebeldía y de la contumacia.

En efecto, una característica particular de dicho cuerpo legislativo, fue precisamente que la configuración de la «contumacia», era requisito *sine qua non* de la «rebeldía», pues para que se dé este último bastaba que se haya desobedecido un solo mandato judicial, configurándose la contumacia si sólo si, dicha persona, retornaba a incumplir otro mandato judicial, es decir, más de dos órdenes judiciales (2° §, del art. 492 CEC/1852).

Cabe señalar, que la declaración de rebeldía o contumacia —como dijimos, ésta última se configuraba previamente declarada la primera—, no podía ser declarada por el juez *ex officio*, sino que la contraparte en juicio civil, debía peticionarla (art. 494 CEC de 1852), y dicha declaración tenía a lugar sólo cuando: (a) El emplazado no comparecía en el término que se le señaló, y (b) Si notificado un traslado no se sacaban los autos, o se devolvían sin respuesta (art. 495 y 496 CEC de 1852).

En ese sentido, al declarado contumaz, se le debía notificar con las siguientes resoluciones —o las providencias como estipulaba el viejo código—, (a) el auto en que se recibe la causa a prueba; (b) el auto en que se piden actuados para sentencia; y, (c) la sentencia (art. 501 CEC/1852).

Y en lo referente, a los juicios ejecutivos, se le debía notificar de manera personal, (a) el requerimiento de pago; (b) el auto de citación de remate; (c) el que dispone la subasta; y, (d) el que dispone la entrega de la cosa al subastador.

Una vez declarada la contumacia de una parte procesal, y no purgada aquella, producía los efectos siguientes: (i) tenerse por renunciada la defensa del contumaz; (ii) depositarse durante el juicio la cosa demandada o su equivalente, precediendo solicitud de parte; (iii) quedar el contumaz obligado a la prueba en el caso de salir al juicio después haberse pronunciado sentencia a favor de su contraparte; y, (iv) poder el actor adquirir por prescripción la cosa que se le entregó en virtud de la contumacia. Sobre éste último efecto, cabe precisar que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 509 del referido Código, si la pretensión era de naturaleza real, el demandante, luego de declarada la contumacia del demandado (o reo, como lo denominada el código pasado) podía solicitar que se le entregue bajo «fianza» la «cosa» objeto de litigio. En ese sentido, el juez mediante un auto ordenaba la entrega bajo inventario de la cosa demandada, y la «fianza» a su satisfacción, teniendo como objeto esta última, asegurar la devolución de la cosa, si saliendo el demandado a juicio, «se declarase sin lugar la acción», y para que ello suceda, era indispensable hacérsele saber del referido auto de entrega (*vid.* arts. 510 y ss. del CEC de 1852). En efecto, dicho auto de entrega era de vital importancia, porque desde su ejecutoria se computaba el término de dos años para que el demandante pudiese prescribir la cosa demanda si éste era un bien mueble, o de cinco si era un bien inmueble, es así que, si se hubiesen dejado sobrepasar tales plazos, el contumaz solo podía solicitar al actor que se cancele la fianza.

## 4.2. La rebeldía en el Código de Procedimientos Civiles de 1912

A diferencia del código precedente (CEC/1852), el código de procedimiento civiles de 1912 —esculpido sobre la base de la ley de Enjuiciamiento civil española de 1881—, la institución de la «rebeldía» no estaba regulada de manera independiente, sino de manera conjunta, a lado de la institución de «apremios». Si nos remitimos a dicho cuerpo legislativo ya derogado, podemos evidenciar que su Título VIII se denominó «Apremios y rebeldías», ubicada esta última en la sección primera llamada «Disposiciones aplicables a todo procedimiento».

Para el profesor PERLA VELAOCHAGA, la rebeldía se diferencia del apremio, en que éste último «es un medio de constreñir a ejecutar algo dentro del proceso, como acudir al juzgado, exhibir un documento u objeto, devolver unos autos etc.; mientras que la rebeldía es la situación en que ya se ha colocado una persona dentro del proceso. Apremio y rebeldía se distinguen por sus efectos, pues el primero generalmente produce la ejecución a fortiori del acto omitido, embargo para el pago de una obligación, allanamiento de domicilio para la entrega o exhibición de cosas o instrumentos, conducción del testigo por la fuerza al local del Juzgado, etc. La rebeldía no produce efecto sino de carácter legal como es colocar a la persona rebelde en determinada situación dentro del proceso»<sup>302</sup>.

En efecto, la institución jurídica que nos ocupa, estaba instituida por los artículos 192 al 201 del referido código.

---

<sup>302</sup> PERLA VELAOCHAGA Ernesto, *Juicio Ordinario (Exposición sistemática del Código de Procedimientos Civiles)*, Editorial Lumen S.A., Lima, 1968, p. 162.

#### 4.2.1. Supuestos de rebeldía en el CPC de 1912

Según el art. 193 del citado cuerpo legal, se configuraba «la rebeldía, cuando se trata de absolver posiciones, reconocer documentos o practicar otros actos determinados en este Código, se sujetará a lo que dispone en los títulos respectivos». Por lo tanto, bajo tal óptica, podemos inferir que podría ser considerado rebelde el litigante, ya sea demandante o demandado, quien no ejecutaba ciertos actos procesales. Es así, podía ser declarado rebelde, no sólo quien haya incumplido con absolver posiciones (art. 215 CPC/1912) o reconocer documentos; sino además, aquellos litigantes que a pesar de exigírsele nombrar un apoderado para el pleito, por encontrarse en lugar distinto de aquel sujeto de quien se sigue, ignoraban tal mandato, o quienes siendo sordomudos o ciegos no litigaban con apoderado (art. 12 CPC/1912), así, podía ser declarado en rebeldía, en los casos de separación del mandatario, ya sea por inhabilidad legal o muerte, cuando el mandatario no compareciera a juicio por sí o por apoderado (art. 17 *in fine* y art. 18 CPC/1912), o pasado 8 días sin verificarse las costas y multa en que hubiese incurrido el recusante (art. 84 CPC/1912), entre otros que el código disponía.

#### 4.2.2. Consecuencias del rebelde en el CPC de 1912<sup>303</sup>

El primigenio art. 192 de CPC/1912, prescribía:

A la persona que estando obligada a contestar un traslado o exponer algo al juez, no lo hace dentro del término, se le acusará rebeldía, y el

---

<sup>303</sup> Para conocer todos los efectos de la rebeldía en el CPC/1912 en el proceso ordinario, remítase a PERLA VELAOCHAGA Ernesto, *Juicio Ordinario, ob. cit.*, pp. 162 a 165.

juez dará por absuelto el trámite proveyendo a la vez lo que corresponda al estado de la causa<sup>304</sup>

En ese sentido, ARIANO DEHO comenta que, si el demandado no contestaba la demanda, se daba «por absuelto el trámite» y, sólo a los efectos de pasar a la siguiente etapa (la probatoria), se tenía por contestada la demanda en «rebeldía», sin que ello provocara *ventaja* alguna para el demandante. En efecto, el CPC de 1912, siguiendo una larga tradición que se remonta a la legislación justiniana, hacía equivaler la rebeldía del demandado a la negación (implícita) de la demanda (*ficta litiscontestatio*), con el consecuente mantenimiento de la carga probatoria del demandante respecto de sus afirmaciones de hecho<sup>305</sup>.

Entonces, en nuestra segunda legislación procesal civil (al menos en el juicio ordinario) la consecuencia de no contestar la demanda no era tener por veraces o ciertos los hechos expuestos en la demanda<sup>306</sup>.

La única excepción a la regla de «ficta litiscontestatio» en nuestro anterior código, eran en los casos de desahucio —equivalente,

---

<sup>304</sup> Posteriormente mediante el D. L. 21773, se modificó dicho dispositivo legal, en el sentido que: «a la persona que estando obligada a contestar un traslado o exponer algo al juez, no lo hace dentro del término, se le tendrá por rebelde a pedido de parte o de oficio por el juez, dándose por absuelto el trámite proveyendo a la vez lo que corresponda al estado de la causa» (cursivas nuestras).

<sup>305</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. *Hacia un Proceso Civil flexible. Críticas a las preclusiones del Código Procesal Civil Peruano de 1993*. 1° ed., Ara Editores, Lima, 2013, p. 120.

<sup>306</sup> En ese sentido, *vid.* PERLA VELA CHAGA Ernesto, *Temas de Derecho Procesal*. En: Revista de Derecho PUC n° 21, Lima, 1962, p. 117, quien señalaba que «[l]os efectos principales que produce [la rebeldía] son: 1) En cuanto al trámite omitido, se da por absuelto, Art. 192. Esto es que se tiene en el caso que tratamos, por contestada la demanda. No produce entre nosotros y en el juicio ordinario, el efecto de tener por ciertos consentidos los hechos en que se funda la demanda. Ya se ha cual es el valor del silencio en el Código Procesal y como este efecto sólo se produce excepcionalmente en los juicios de desahucio o [de rendición] de cuenta por disposición expresa de la ley».

actualmente al proceso de «desalojo»— y en el caso de rendición y aprobación de cuentas de bienes ajenos.

En efecto, el profesor san marquino ALAYZA Y PAZ SOLDÁN, refería que tras la modificación del art. 956 del CPC/1912, si el demandado no concurría estando en el lugar del juicio al comparendo a que ha sido citado, el apercibimiento si no concurría a la segunda citación es de tenerse por ciertos los hechos del demandante. El mismo apercibimiento —sigue, ALAYZA— debía hacerse con la primera y única citación al demandado que no estaba en el lugar del juicio. En estos casos, señala el autor, «capacita al juez sin atender prueba ninguna a fallar sobre tablas la causa dentro de tres días, según los hechos **meramente expuestos** en la demanda, lo que se tiene por verdadero»<sup>307</sup>, empero, debe tenerse en consideración, que según lo prescrito por el artículo 973 del CPC/1912, «Terminado el juicio de desahucio, pueden las partes contradecirlo en vía ordinaria; pero no habrá lugar a la restitución de la cosa, sino a la correspondiente indemnización»; es decir, siendo el proceso de desahucio uno sumario (mal denominado de menor cuantía) la ley permitía a la parte perdedora o vencida a contradecirle entablado una demanda en vía plena (ordinaria), pero con la particularidad de sólo invocar tutela resarcitoria, y no restitutoria respecto al bien inmueble objeto de litigio ya concluido.

Sobre lo expuesto, encontramos una Ejecutoria Suprema N° 67 de fecha 26 de setiembre de 1950<sup>308</sup>, que prescribe:

---

<sup>307</sup> ALAYZA Y PAZ SOLDÁN Toribio, *El procedimiento civil en el Perú*, 4<sup>ta</sup> ed., Lima, 1974, p. 311.

<sup>308</sup> Jurisprudencia extraída de MONTENEGRO BACA José, *Ejecutorias Supremas de Derecho Civil Peruano*, t. I, Emp. Tip. Salas e Hijos, Lima, p. 93-94.

[...] que con arreglo al art. 957 del C. de P. C. en los casos de rebeldía se tienen por ciertos los hechos invocados por el actor, que por esto el demandante ha probado los fundamentos de su acción; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista, que confirmando la apelada, declara fundada la demanda de aviso de despedida interpuesta por don Manuel Ercilla Yáñez contra don Vicente Quiroz y señala en cuatro meses el plazo para que el demandado desocupe el inmueble materia de la acción a partir de la fecha de la citación con la demanda.

### 4.3. La rebeldía en el Código Procesal Civil de 1993

Ahora bien, en nuestro Código Procesal, vigente desde el 28 de julio de 1993, verificamos que la rebeldía se encuentra regulada en el título IV, por los artículos 458 a 664. Es así que, del primer dispositivo legal citado, prescribe:

Si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado a quien se le ha notificado válidamente ésta no lo hace, se le declarará rebelde.

También será declarado rebelde el litigante que notificado con la conclusión del patrocinio de su Abogado o la renuncia de su apoderado, no comparece dentro del plazo fijado en el Artículo 79.

A nuestro juicio, de dicho dispositivo legal, puede extraerse las siguientes normas<sup>309</sup>:

N1: «Si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado a quien se le ha notificado válidamente ésta no lo hace, se le declarará rebelde».

N2: «El litigante (demandado) que notificado con la conclusión del patrocinio de su abogado no comparece dentro del plazo fijado en el artículo 79 CPC, se le declarará rebelde».

---

<sup>309</sup> Tomamos aquí la distinción de «disposición» y «norma» que realiza Riccardo GUASTINI, *Fuentes del Derecho. Fundamentos teóricos*, 1° ed., trad. Luis Cárdenas y César Moreno M., Raguel, Lima, 2016, pp. 85 a 93.

N3: «El litigante (demandante) que notificado con la conclusión del patrocinio de su abogado no comparece dentro del plazo fijado en el artículo 79 CPC, se le declarará rebelde».

N4: «El litigante (demandado) que notificado con la renuncia de su apoderado no comparece dentro del plazo fijado en el artículo 79 CPC, se le declarará rebelde».

N5: «El litigante (demandante) que notificado con la renuncia de su apoderado no comparece dentro del plazo fijado en el artículo 79 CPC, se le declarará rebelde».

Ahora bien, pasemos inmediatamente a analizar cada una de ellas.

N1: *«Si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado a quien se le ha notificado válidamente ésta no lo hace, se le declarará rebelde».*

Como se evidencia de la norma N1, se le declarará rebelde a la parte demandada (o eventualmente reconvenida en un proceso), que a pesar de estar válidamente notificada, y luego de concluido el plazo legal conforme cada vía procedimental —conocimiento (30 días), abreviado (10 días), y sumarísimo (05 días)— para contestar la demanda (o eventual contrademanda), no lo hizo<sup>310</sup>.

Asimismo, se considerará rebelde —aunque dicho dispositivo legal no lo señale expresamente— quien habiendo contestado la demanda dentro del plazo legal antes acotado, dicho escrito postulatorio sea calificado negativamente —es decir, inadmisibile— por el órgano jurisdiccional competente, por no cumplir con los requisitos legales estipulados por los artículos 130 y 424 del CPC, y a pesar de haberse

---

<sup>310</sup> La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en la Cas. N° 3399-2012-ICA de fecha de agosto de 2013, prescribió: «Cuarto. - Que, en ese contexto es del caso señalar que la “rebeldeía” es una modalidad de inacción del demandado que se configura no con la ausencia de este en el proceso sino con la omisión en que incurre al no contestar la demanda dentro del plazo señalado [...]».

concedido un plazo *discrecional* por el juez<sup>311</sup> — como máximo diez días hábiles—, simplemente no fuera subsanada por el demandado (o eventual reconvenido), o incluso, habiéndolo realizado, esta fuera en forma defectuosa.

Antes de seguir analizando las demás normas consignadas líneas arriba (esto es, N<sub>2</sub> al N<sub>4</sub>) es ineludible señalar que ahora nos encontramos ante un dispositivo legal *remisivo*, es decir, que envía al interprete a otro texto legal, para que de esta forma, se complete el real sentido de las expresiones lingüísticas en su conjunto. Entonces, el artículo 458 del CPC/1993 (y las normas contenidas en aquel dispositivo legal), deberán ser interpretadas en adelante con el artículo 79 del mismo cuerpo legal (N<sub>R</sub>).

N<sub>2</sub>yN<sub>3</sub>: «*El litigante (demandado o demandante) que notificado con la conclusión del patrocinio de su abogado no comparece dentro del plazo fijado en el artículo 79 CPC, se le declarará rebelde*».

N<sub>R</sub>: «*Cuando el cese de la representación judicial tenga su origen en decisión del apoderado, cualquiera que fuera la razón, surte efecto cinco días después de notificado personalmente el representado u otro cualquiera de sus apoderados, bajo apercibimiento de continuar el proceso en rebeldía*».

---

<sup>311</sup> Art. 426.- «El juez declara inadmisibile la demanda [...] En estos casos el Juez ordenará al demandante subsane la omisión o defecto *en un plazo no mayor de diez días*. Si el demandante no cumpliera con lo ordenado *a criterio del Juez*, este rechaza la demanda y ordena el archivo del expediente» (cursivas nuestras). Es lamentable que, en nuestra práctica judicial, la mayoría de los Tribunales de Justicia, constituidos por los jueces, o en su caso, por sus secretarios judiciales, se hayan (mal)acostumbrado a conceder casi siempre tres (03) días hábiles para subsanar o suplir cualquier error u omisión de las partes procesales (sea demandante o demandado), sin discriminar la magnitud o la dimensión de tal(es) omisión(es) y/o error(es). Qué duda cabe, que dichos criterios merecen ser desterrados, no sólo por la irracionalidad éste, tampoco porque aquellos se deben por lo general a plantillas de resoluciones judiciales (mal)heredadas de los anteriores órganos de justicia, lo cual, agrava la cuestión, sino porque, además, a pesar de conceder esos miserables plazos, dichos órganos de justicia demoran una eternidad en proveer tales actos procesales, presentadas oportunamente por las partes en el proceso.

En cuanto a las normas N<sub>2</sub>, N<sub>3</sub> y N<sub>R</sub> se observa que sólo podrá ser considerado rebelde el litigante (demandante o demandado) que notificado con la conclusión del patrocinio de su abogado, no comparece al proceso judicial luego de cinco días de «notificado personalmente» (2° §, del art. 79 del CPC).

N<sub>4</sub> y N<sub>5</sub>: *«El litigante (demandante o demandado) que notificado con la renuncia de su apoderado no comparece dentro del plazo fijado en el artículo 79 CPC, se le declarará rebelde».*

N<sub>R</sub>: *«Cuando el cese de la representación judicial tenga su origen en decisión del apoderado, cualquiera que fuera la razón, surte efecto cinco días después de notificado personalmente el representado u otro cualquiera de sus apoderados, bajo apercibimiento de continuar el proceso en rebeldía».*

En lo referente a las normas N<sub>4</sub>, N<sub>5</sub> y N<sub>R</sub> se verifica que sólo podrá ser considerado rebelde el litigante (demandante o demandado) cuando por decisión exclusiva del apoderado, cualquiera que fuera la razón, no comparece al proceso judicial luego de cinco días hábiles de «notificado personalmente u otro cualquier de sus apoderados» (2° §, del art. 79 del CPC).

Hemos mencionado que la conclusión o cese de representación judicial tiene su origen en la decisión del abogado defensor o apoderado judicial, toda vez que si no fuera así, es decir, fuera de la voluntad de aquellos, como podría ser, el fallecimiento, declaración de ausencia, incapacidad sobrevenida del representante o apoderado, o circunstancias análogas, implicaría la suspensión legal del proceso por un plazo máximo de treinta días, mientras se designe otro representante, o en su defecto, se nombre un curador procesal, y no la declaración de la rebeldía (*vid.* art. 79, § 3° del CPC/1993).

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos precisar en cuanto al segundo supuesto de «rebeldía» contenido en el art. 458, § 2° del CPC/1993, esto es, del litigante (demandante o demandado) que, notificado con la *conclusión* del patrocinio de su abogado o la *renuncia* de su apoderado, no comparece dentro del plazo de cinco días, no es tal. Además, debemos agregar que este supuesto es el menos común en la *praxis* jurídica.

Sobre el particular, el autor español VERGER GRAU<sup>312</sup>, comentando nuestro CPC/1993, refiere que en sentido técnico no se trata de rebeldía, sino estamos ante la presencia de una «inactividad sobrevenida», lo cual no estamos en desacuerdo. No obstante, creemos que éste yerra al afirmar que dicha inactividad sobrevenida «pueden tener efectos **asimilables a los** que produce la rebeldía (p.e. *la ficta confessio*)» (*sic*), toda vez, que en lo referente al demandante, por la postura de iniciador del proceso que asume, realmente no puede incurrir en rebeldía, sino simplemente en una abstención de actuar después de haber presentado la demanda<sup>313</sup>. Para dotar de mayor fuerza y consistencia lo antedicho, debemos remitirnos al artículo 461, § 1° del CPC/1993, en donde verificamos que este prescribe lo siguiente: «*La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda*». Como puede evidenciarse de tal dispositivo legal, el efecto que se genera al rebelde

---

<sup>312</sup> VERGER GRAU Joan, *La rebeldía en el proceso civil*. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, t. II, Lima, 1998, p. 606.

<sup>313</sup> PRIETO-CASTRO FERRANDIZ Leonardo, *Derecho Procesal Civil*, vol. II, 2ª (2ª reimpresión 1974), Tecnos, Madrid, 1977, p. 119. Lluís MUÑOZ SABATÉ, *Técnica Probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Temis, Santa fe-Colombia, 1997, p. 475, manifestaba que, en cuanto a la rebeldía o contumacia del actor, aquella aparte de su rareza, «es difícil que determine como conducta ninguna [*rectius: alguna*] valoración probatoria» (aclaración nuestra).

será el presumirse «relativamente» la veracidad de los hechos expuestos *sólo* en la demanda (o eventual reconvencción), y no de la contestación de esta, por lo tanto, dicho efecto, es inaplicable a todas luces para el demandante.

Ahora bien, en torno al demandado, bajo éste supuesto específico de «rebeldía» (art. 458, § 2° del CPC/1993), creemos que tampoco puede generar efectos similares a la *ficta confessio*. Primero, porque si declaramos en rebeldía al demandado que entabló el contradictorio o bilateralidad en el proceso, ¿dónde quedarían las afirmaciones de los hechos oportunamente plasmados en su contestación de demanda, así como los medios probatorios ofrecidos, admitidos, o inclusive actuados en el proceso? ¿Acaso todo ello, se desmoronaría como un mal armado castillo de naipes? Es más, ¿dónde quedan los puntos controvertidos fijados?

A nuestro juicio, sería desproporcional y totalmente irrazonable que, por la mera incomparecencia del demandado en el proceso, luego de transcurridos los cinco días de notificado con la *conclusión* del patrocinio de su abogado o la *renuncia* de su apoderado, se eche por la borda, dejándose sin efecto el acto procesal más trascendental, que es la contestación de la demanda. Adoptar un criterio distinto, implicaría a una inminente vulneración al derecho a la defensa e inclusive al derecho fundamental a la prueba<sup>314</sup>.

---

<sup>314</sup> La Corte Suprema en la Cas. N° 3314-2001. El Peruano, 02/05/2002, p. 8762, apuntó: «La falta de declaración de parte no implica presunción legal relativa de verdad respecto de los hechos de la demanda, ya que este es un efecto aplicable únicamente a la falta de contestación de la demanda».

#### 4.4. *Continúa: la rebeldía en el CPC/1993. Crítica a Juan Monroy Gálvez*

Como bien es sabido, nuestro actual Código Procesal carece de una Exposición de Motivos Oficial<sup>315</sup> que permita dar cuenta de los verdaderos alcances y motivos determinantes de las incorporaciones de algunas instituciones jurídicas procesales en boga, y sobre todo de aquella concepción publicística respecto al viejo código de procedimientos civiles de 1912. Dicha omisión, como es obvio, también nos impide analizar las razones que llevó al legislador a ser un tanto severo con la regulación del rebelde en el proceso civil peruano.

Sin embargo, remitiéndonos a la posición de uno de los principales artífices de tal cuerpo legislativo, esto es, al profesor Juan Federico MONROY GÁLVEZ, verificamos que dicho autor en su obra intitulada *Introducción al Proceso Civil*<sup>316</sup> y luego, en una nueva edición aumentada, pero ahora con el título de *Teoría General del Proceso*<sup>317</sup>, en lo que respecta a la rebeldía, dejaba entrever lo siguiente:

En los estudios procesales contemporáneos, se considera la existencia de un deber del emplazado de comparecer. Es decir, así como toda persona tiene el derecho de recurrir al Estado pidiendo tutela jurisdiccional, también cualquier persona tiene el deber de comparecer cuando, en ejercicio de dicha tutela, otra persona le pide al Estado lo emplace para el inicio de un proceso. Ante la imposibilidad de regular una sanción personal contra quien no

---

<sup>315</sup> Lo cierto, es que el Presidente de la Comisión Revisora del Código Procesal Civil, Javier Alva Orlandini, remitió el 28 de febrero de 1992, al Ministro de Justicia, Fernando Vega Santas Gadea, el Proyecto de Código Procesal Civil, elaborado y aprobado por la Comisión creada por la Ley N° 25282, dándole brevísimas indicaciones sobre los aspectos más importantes del nuevo código procesal, así como, mostrándole la nueva estructura del mismo, el cual, a nuestro juicio, en estricto, no constituye en lo absoluto una Exposición de Motivos Oficial del Código Procesal Civil.

<sup>316</sup> MONROY GÁLVEZ Juan F., *Introducción al Proceso Civil*. t. I, Temis, Colombia, 1996, p. 87.

<sup>317</sup> MONROY GÁLVEZ Juan F., *Teoría General del Proceso*, 3ª ed., Communitas, Lima, 2009, p. 178. Cuando pensábamos que dicha posición sobre el rebelde había podido ser cambiada a lo largo del tiempo (luego de más de 8 años), recientemente vemos publicada en esa misma editora idéntica posición antes señalada: MONROY GÁLVEZ Juan F., *Teoría General del Proceso*, 4ª ed., Communitas, Lima, Setiembre-2017, p. 177.

comparece -dado que tal acto importaría una violación a la libertad individual- la doctrina también ha evolucionado, por eso ahora los ordenamientos procesales modernos han optado porque los mecanismos de sanción de la rebeldía o contumacia sean más enérgicos y, sobre todo, referidos a la situación procesal del emplazado, la que sufre un disvalor cuando este no comparece, a tal extremo que bien puede significar que pierda el proceso.

De otro lado, el mencionado profesor, en un *Diccionario de Procesal Civil*<sup>318</sup> de su autoría, define a la rebeldía de la siguiente manera:

Es una facultad de las partes procesales, que se utiliza como estrategia de defensa; sin embargo, su utilización causará desventajas procesales (...).

De lo expuesto anteriormente, como cuestión inicial, —y con el debido respeto— cabe realizar dos observaciones puntuales. Primero, el profesor MONROY al expresar que «los estudios procesales contemporáneos», consideran al comparecimiento como un «deber» (sin citar a quienes pertenecen tales estudios procesales), cae en una ligera confusión, pues la constitución (o comparecencia) de una parte en el proceso, es en realidad, una *carga procesal*, esto es, un imperativo de propio interés. Segundo, nuestro autor, menciona que «los ordenamientos procesales modernos» han optado que «los mecanismos de sanción de la rebeldía o contumacia sean más enérgicos» y, sobre todo, referidos a la situación procesal del emplazado, la que «sufre un disvalor cuando este no comparece, a tal extremo que bien puede significar que pierda el proceso». Ello, nos lleva a deducir que, para el citado profesor, la rebeldía constituye una suerte anormalidad en el proceso, que debe evitarse, pudiendo únicamente ser remediado con un mecanismo de sanción. Tal concepción negativa del rebelde, se confirma, cuando el autor, en su *Diccionario de Procesal Civil*, refiere que la rebeldía constituye una

---

<sup>318</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan F., *Diccionario de Procesal Civil*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 306.

«facultad» y se utiliza como «estrategia de defensa»; es decir, al ser concebida dicha situación procesal de tal manera, en buena cuenta, se está tratando de señalar que, ella está encaminada de manera consciente contra los intereses del demandante, pues toda estrategia constituye una táctica intencional en beneficio a los intereses propios y en contra de los del oponente. Sobre esto último, dejamos en claro que no negamos que la parte procesal declarada en rebeldía *pueda* no tener la razón, y en base a su conducta omisiva (o no colaborativa) en el proceso, tratar de complicar el esclarecimiento de los hechos, sin embargo, creemos que siempre habrá excepciones: nada es absoluto. Por lo tanto, no podemos tener concepción radicalmente positiva o negativa de dicha situación procesal, porque ello si es peligroso.

## 5. La rebeldía

Para CHIOVENDA lo que constituía «la rebeldía o contumacia es la *falta de comparecencia de un parte* en el juicio»<sup>319</sup>. El referido maestro de *Bologna*, manifestaba que una o ambas partes pueden permanecer inactivas en el curso del proceso; pero existen varios grados de inactividad. El demandado puede abstenerse de toda actividad procesal; el actor, después de la inicial (citación), puede abstenerse de cualquier ulterior actuación; en estos caso se habla de *rebeldía*, y por consiguiente, podrá haber rebeldía del demandado, rebeldía del demandante, y de ambos<sup>320</sup>.

---

<sup>319</sup> CHIOVENDA Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, v. III, 1° ed., trad. GÓMEZ ORBANEJA y Rafael GRECO, Valleta Ediciones, 2005, p. 199.

<sup>320</sup> *Ibíd.* CHIOVENDA Giuseppe, *Ensayos de Derecho Procesal Civil* [1931], v. II, trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1949 p. 314, señalaba que «esta regulación de la contumacia, que actualmente se encuentra en todas las leyes modernas que poseen el proceso oral, y que no es ni pena de la contumacia ni presunción de sinrazón, sino liquidación económica de la litis en todos los casos en que la parte *pudiendo* no se presenta a defenderse, presupone precisamente que la parte haya *conocido* la demanda y haya *podido* comparecer».

Cuando ocurría lo primero (o sea, falta de constitución de una de las partes: demandante o demandado, e incluso del «tercer llamado a intervenir»), CARNELUTTI les denominaba rebeldía *unilateral*, en cambio, cuando sucedía lo otro (es decir, falta de constitución de ambas partes), lo llamaba rebeldía *bilateral*<sup>321</sup>.

Para REDENTI, de contumaz se califica «a quien, aun habiendo adoptado por efecto de la citación posición de parte en el proceso (actor), o habiendo sido puesto en él por acto o hecho de otros (caso de quienquiera que haya sido procesalmente demandado o llamado en causa), *no proceda a la formalidad de la constitución*, sin la cual no puede desplegar otras actividades procesales en esta fase»<sup>322</sup>.

---

<sup>321</sup> CARNELUTTI Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, t. II, trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1959, p. 17. Para el profesor de Udine, la contumacia, ocurría ante “[l]a no constitución en juicio de un parte que había notificado a la otra la citación, o que había recibido la notificación de ella; y se llama contumaz a la parte que no se ha constituido”, *Ídem*. Ahora bien, en cuanto a la consecuencia del contumaz, citado autor, refería: «[E]s una delicada cuestión de política procesal la de si esta regla ha de extenderse también al caso en que la parte *cui nocet*, en lugar de admitir, se limita a silenciar, o no comparece ante el juez. El lector comprende en seguida que se proceda así cuando se quiera estimular a la parte a comparecer y a hablar claro, poniendo a su cargo la consecuencia gravemente desfavorable de la contumacia o del silencio en el proceso. Cuando se adopte una medida de ese género, ha de admitirse, junto a la carga de la excepción, la *carga de la defensa*, ya que la parte *cui interest* debe no sólo afirmar los hechos favorables, sino también negar los hechos desfavorables; o por lo menos, la *carga de la comparecencia*. En el ordenamiento procesal italiano, la carga de la defensa se halla establecida únicamente en algunos casos especiales [...] Pero, en principio, no existe la carga de la defensa ni la carga de la comparecencia. La ley italiana admite así, que el juez rechace la demanda en cuanto al fondo, incluso sin que el demandado proponga la defensa e incluso si es contumaz: en efecto, el art. 384 Cód. proc. civ. Dispone que “la sentencia que declare la contumacia pronunciará sobre las conclusiones de la parte instante”, sin diferencia alguna respecto de lo que sucede en el proceso con contradictorio, de tal modo que el juez comprueba, ante todo, si existen las normas de ley invocadas por el actor; después, si son ciertos los hechos afirmados por él, y si no existen las unas o los otros, o si de una y de otros no deriva el derecho pretendido, rechazará la demanda. Este poder del juez de verificar aun sin defensa del demandado, los hechos afirmados por el actor, se halla confirmado en el art. 385, que prevé que durante el juicio contumacial “sea necesario algún acto de instrucción”», CARNELUTTI Francesco, *Sistema de Derecho Procesal*, t. II, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, y Santiago Sentís Melendo, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, pp. 88-89.

<sup>322</sup> REDENTI Enrico, *Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentís Melendo y Ayerra Redín, Ejea, Buenos Aires, 1957, p. 479. Dicho autor, refiere que en lo que atañe a la formación del convencimiento del juez (*cognición*) y, por tanto, de la *determinación del contenido de las futuras decisiones*, la contumacia no altera ni modifica el sistema legal, que ya sabemos. Desde este

Interesante es la opinión de FURNO, cuando señalaba que el fenómeno de la contumacia, constituye un modo de comportarse de las partes en juicio, que representa a su vez, la negación práctica del contradictorio<sup>323</sup>.

Continuando con la doctrina más moderna italiana, tenemos a Giancarlo GIANNOZI, para quien por contumacia se puede definir como aquella inactividad unilateral, regida por el principio dispositivo y consistente en la falta de ejercicio del poder-carga de constitución en juicio, que nunca puede ser evaluada como un comportamiento capaz de convertirse en una fuente de convicción para el juez y, con mayor razón, atribuir a este poder inquisitorial de cualquier tipo<sup>324</sup>. De otro lado, encontramos a Giovanni VERDE, quien refiere que la contumacia es la situación de inactividad de la parte quien ha faltado a ejercer el poder-deber de constituirse en juicio, por lo tanto, es contumaz la parte que no se constituye en juicio<sup>325</sup>.

Como puede verse de los autores citados italianos, la rebeldía viene a constituir a la no comparecencia o constitución del demandado en juicio.

---

punto de vista, al hecho de quedar contumaz (*sic*) le atribuye la ley el mismo valor que al de remitirse a la justicia del juez. Pero quedará *el hecho* de que el contumaz no ejerza (ni pueda ejercitar mientras continúe contumaz) aquellas funciones que le competirían y, por tanto, no aporta a la cognición las contribuciones que tendría interés y carga de aportar; y de ello sufrirá eventualmente las consecuencias. Así, por ejemplo, la parte contumaz no podrá proveer la propia carga de alegaciones y prueba y, por consiguiente, el actor contumaz sufrirá las consecuencias expresadas en el brocardo *actore non probante reus est absolvendus* [si el actor no prueba, hay que absolver al reo]; el demandado contumaz sufrirá las consecuencias de no haber deducido excepciones en sentido estricto o aun excepciones en sentido lato pero de las que el juez no llegue a percibir asomos ni pruebas de tal índole (*ibíd.* p. 483).

<sup>323</sup> FURNO Carlo, *Contributo alla teoria della prova legale*, Cedam, Milan-Pavoda, 1940, p. 53.

<sup>324</sup> GIANNOZI Giancarlo, *La contumacia nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 138.

<sup>325</sup> VERDE Giovanni, *Profili del Processo Civile, Processo di Cognizione*, p. 69, *passim*.

Para la profesora española SAMANES ARA, puede distinguirse dos tipos de rebelde: (a) el rebelde voluntario o *vere contumax*, que tiene conocimiento del proceso por haber sido notificado con la demanda, y no se apersona porque no quiere y sin justa causa que se lo impida, o impide deliberadamente que le llegue la notificación; (b) el rebelde involuntario o *ficte contumax*, que es un mal a evitar, y que varios ordenamientos jurídicos establecen mecanismos para evitar los perjuicios que le pueda ocasionar no haber tomado conocimiento del proceso. Sin embargo, es imperativo indicar, para dicha autora, la auténtica rebeldía es la primera<sup>326</sup>. Para su connacional ARMENTA DEU, la rebeldía «es la situación jurídico-procesal en que incurre el demandado por la incomparecencia a un proceso en el que ha sido emplazado. O lo que es igual: si es emplazado el demandado no comparece en forma en la fecha o plazo señalado en la citación o emplazamiento»<sup>327</sup>.

De otro lado, remitiéndonos en sede latinoamericana, podemos tomar citar del profesor argentino Hugo ALSINA, quien refiere esencialmente que en el interior del proceso, podría presentarse que el demandado comparezca y no conteste la demanda. En cuanto a este primer supuesto, refiere dos hipótesis, la primera en que no podría dejar de tenerle por parte en el proceso, y su falta de contestación sólo impediría hacerlo en adelante si le hubiese acusado rebeldía el actor. Es rebeldía por consiguiente, no tiene más efecto que darle por decaído al demandado un derecho de que ha dejado de hacer uso en tiempo oportuno y el proceso seguirá su trámite como si la demanda sido contestada. En lo referente a la segunda hipótesis, la falta de contestación autorizaría también a interpretar el silencio del demandado como un reconocimiento de los hechos expuestos por el actor en su demanda; pero el

---

<sup>326</sup> Cfr. SAMANES ARA Carmen, *La tutela del rebelde en el proceso civil*, ob. cit. p. 48.

<sup>327</sup> ARMENTA DEU Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales*, 6ª Ed., Marcial Pons, 2010, Madrid, p. 152.

juez debe hacer uso de esta facultad en forma restrictiva, porque no sólo el hecho de la comparecencia del demandado denota su falta de conformidad con la demanda, sino porque la falta de contestación no impide al demandado ofrecer la prueba que tuviere en la estación oportuna<sup>328</sup>.

Asimismo, para el profesor MORELLO<sup>329</sup>, una parte es rebelde o contumaz cuando no comparece a estar a derecho habiendo sido notificada y emplazada personalmente, absteniéndose de participar en el proceso que se le sigue, o, cuando con posterioridad a su participación inicial, lo abandona y deja de intervenir en los desarrollos ulteriores. Agrega, el citado autor, que «el incumplimiento de la *carga de comparecer* en un proceso contradictorio concreto, es decir, no hacerse parte (por lo que no se configura la rebeldía cuando se comparece, constituyendo domicilio, aunque sin contestarse la demanda), conlleva, *a pedido del contrario*, a la declaración de rebeldía. Por su parte, Atilio Carlos GONZÁLEZ, al parecer concibe a la rebeldía bajo los enfoques de la teoría de la renuncia y de la autodeterminación, antes expuestas, pues dicho autor, entiende por aquel como el «acto procesal omisivo por conducto del cual el demandado voluntariamente decide abstenerse de comparecer a la citación judicial, lo que conlleva, por lógica implicancia, la renuncia a su defensa. Como se advierte, la rebeldía —y según es entendido por la doctrina, la contumacia también— es un acto procesal configurativo de una hipótesis de conflicto sin controversia»<sup>330</sup>.

---

<sup>328</sup> ALSINA Hugo, *Tratado teórico y práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. III, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1961, pp. 71-72

<sup>329</sup> MORELLO Augusto Mario, *La eficacia del proceso*, 2ª ed., Hammurabi, Argentina, 2001, p. 347. Similar, asume con connacional Ramiro PODETTI quien citado por el autor mexicano ARELLANO GARCÍA, cuando expresa que la rebeldía «es la posición del sujeto procesal que no comparece cuando es debidamente emplazado para hacerlo, o abandona el proceso comenzado». En: ARELLANO GARCÍA Carlos, *Derecho Procesal Civil*, 1º ed., Editorial Porrúa S.A., México, 1997, p. 205.

<sup>330</sup> GONZÁLEZ Atilio Carlos, *El concepto de conflicto en el nuevo ordenamiento procesal civil del Perú*. En: Revista Ius et veritas n° 9, Lima, 1994, p. 164. Disponible en línea (consultado el 20.10.2017):<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15460/159>

En sede brasileña, el profesor Fredie DIDIER manifiesta que «la rebeldía es un acto-hecho procesal, consistente en la no presentación tempestiva de la contestación (art. 344, CPC brasileño)»<sup>331</sup>. Añade el citado autor, que no es cualquier acto-hecho procesal, sino um *acto-hecho caducificante*<sup>332</sup>.

En buena cuenta, para DIDIER la rebeldía «se trata de una especie de contumacia pasiva, que se junta a otras como, por ejemplo, la falta de representación procesal (art. 76, § 1º, II, CPC). Hay rebeldía cuando el demandado, citado, no sale a juicio, presentando su respuesta o, compareciendo al proceso, también no presenta respuesta tempestivamente»<sup>333-334</sup>. Por último, concluye el citado profesor señalando que «no se puede confundir la rebeldía, que es un acto-hecho, con la presunción de veracidad de los hechos afirmados por el demandante, que es uno de sus

---

<sup>12</sup>>. Véase un artículo similar, *Proceso y conflicto en el nuevo ordenamiento procesal civil del Perú*. En: *Ius et praxis*. Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, n° 24, Lima, 1994, p. 117.

<sup>331</sup> DIDIER JR. Fredie, *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v. I, 17ª ed., Editora Jus Podivm, Salvador, 2015, p. 664.

<sup>332</sup> DIDIER Jr. Fredie y NOGUERIA Pedro Pedrosa, *Teoría de los Hechos Jurídicos Procesales*, trad. Cavani Renzo, Ara Editores, Lima, 2015, p. 61. Aquí los autores siguiendo a Marco Bernades MELLO, refieren que el soporte fáctico del hecho jurídico que tiene por efecto la perención sin culpa está constituido, generalmente, por dos elementos: transcurso de un determinado lapso de tiempo (= hecho) + inacción del titular del derecho (= acto). Si hubo o no voluntad en cuanto a la omisión es un dato absolutamente irrelevante; importa sólo el transcurso de tiempo sin acción del titular del derecho lo que caracteriza precisamente al acto-hecho (*Ibid.* v. 34)

<sup>333</sup> DIDIER JR. Fredie, *Curso de Direito Processual Civil, ob. cit.*, p. 665.

<sup>334</sup> En ese mismo sentido, BARBOSA MOREIRA José Carlos, *Reposta Do Réu no Sistema do Código de Processo Civil*, cuando señalaba que la rebeldía consiste, «en la omisión del demandado, esto es, en el no ofrecimiento de respuesta tempestiva». Conferencia proferida en el IV *Curso de Especialização em Direito Processual Civil*, promovido por el Sector de Especialización de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo y coordinado por la Prof. ARRUDA ALVIM (05/10/1974). Dicha conferencia Puede verse disponible en internet la Revista de Processo: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2458299/mod\\_resource/content/0/BARBOSA%20MOREIRA%20Jos%C3%A9%20Carlos.%20A%20resposta%20do%20r%C3%A9u%20no%20sistema%20do%20C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Civil.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2458299/mod_resource/content/0/BARBOSA%20MOREIRA%20Jos%C3%A9%20Carlos.%20A%20resposta%20do%20r%C3%A9u%20no%20sistema%20do%20C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Civil.pdf)> (consultado el 14 de junio de 2017).

efectos. La rebeldía no es un efecto jurídico; la rebeldía se encuentra en el mundo de los hechos y es un acto-hecho jurídico»<sup>335</sup>.

### 5.1. Rebeldía o contumacia: ¿una distinción relevante?

Debemos manifestar que, en cuanto a los términos rebeldía y contumacia (italiano: *Contumacia*; francés: *défaut*; alemán: *Versäumnis, Kontumaz*; inglés: *default*, y portugués: *revelia*), en la doctrina se ha generado diversas posiciones disímiles.

Realizando un poco de esfuerzo frente a este entuerto generado por los alcances de tales términos, podemos manifestar que existen autores que han adoptado principalmente tres posiciones al respecto. Una de ellas, se sustenta en que ambos términos significarían en realidad lo mismo, vale decir, que ambas expresiones son sinónimas, o que son equivalentes. Otra, se fundamenta en que existiría una diferencia sustancial entre dichos términos. Y finalmente, están quienes defienden la posición que la rebeldía es un efecto de la contumacia, o que la contumacia es el género y la rebeldía es la especie.

Están inmersos en el primer grupo, por citar sólo algunos, el profesor mexicano ARELLANO GARCÍA, cuando refiere que en el ámbito forense «existe un vocablo sinónimo que es plenamente equivalente a la rebeldía y es el de contumacia. Se pueden utilizar como términos sinónimos pero, el vocablo que utiliza nuestra legislación es el rebeldía y el de rebelde, en lugar de las expresiones “contumacia” y “contumaz”»<sup>336</sup>. A ese mismo

---

<sup>335</sup> *Ibíd.*

<sup>336</sup> ARELLANO GARCÍA Carlos, *Derecho Procesal Civil, ob. cit.* p. 206. En similar sentido: GÓMEZ LARA Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, 4<sup>ta</sup> ed., (1<sup>o</sup> reimp.), Trillas, México, 1989 (reimp. 1990), p. 61., cuando expresa: «se llama rebeldía o contumacia a la situación producida por no

grupo puede incorporársele al profesor español Leonardo PRIETO-CASTRO Ferrandiz, cuando indica que «equivalente a rebeldía es el concepto de *contumacia*»<sup>337</sup>.

De similar parecer, es el escritor español Guillermo CABANELLAS, cuando en su conocido *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, acotaba que «[l]a *rebeldía*, que también se denomina *contumacia*». Empero, este conocido autor, agregaba que el vocablo «contumaz» está «decayendo en desuso y sólo se encuentre en traducciones por demás literales del francés y del italiano, ofrece carácter distinto en el procedimiento civil y en el penal. En el primero, aunque la ausencia de una de las partes parezca restarle al juicio su carácter contradictorio efectivo y disminuir las garantías del rebelde, no puede detenerse la causa, porque están la causa, porque están comprometidos intereses particulares opuestos, que nunca podrían satisfacerse frente a la mala fe combinada con el ardid de la *rebeldía*; por eso, en principio, el litigio prosigue sin el rebelde luego que se declara su actitud»<sup>338-339</sup>.

---

realizar el acto en que consiste la carga procesal. Se ha definido a la rebeldía como el hecho de no desembarazarse de una carga procesal. En otras palabras, la rebeldía o contumacia es la actitud de las partes consistente en no realizar un acto procesal respecto del cual existe la carga. La rebeldía o contumacia se produce tanto por el actor como por el demandado al no efectuar actos procesales para los que la ley ha concedido oportunidades limitadas en el tiempo, medidas en plazos y términos». Asimismo: AREAL Leonardo Jorge y FENOCHIETTO Carlos Eduardo, *Manual de Derecho Procesal*, t. I, La Ley, Argentina, 1966, p. 304, «La rebeldía, llamada contumacia, se produce cuando se hace caso omiso de la citación para el emplazamiento [...]».

<sup>337</sup> PRIETO-CASTRO FERRANDIZ Leonardo, *Derecho Procesal Civil*, vol. II, 2ª (2ª reimpresión 1974), Tecnos, Madrid, 1977, p. 119.

<sup>338</sup> CABANELLAS Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, t. VII, 21ª ed., Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1989, p. 28.

<sup>339</sup> En ese mismo sentido, LEÓN REYES Teodorico, *La rebeldía en el proceso civil peruano*, tesis para optar el grado de bachiller en Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1975, p. 7 (consultado el 21 de octubre de 2016).

Por otro lado, en el segundo grupo, podría encontrarse el profesor argentino Enrique FALCÓN, quien refiere que sí existe una distinción entre los términos rebeldía y contumacia, acotando que «cuando el demandado, debidamente citado, no se apersona al tribunal, pero contesta la demanda, hay “contumacia”. Cuando el demandado se apersona al tribunal, pero no contesta la demanda, hay “rebeldía”»<sup>340</sup>.

En esa misma línea, el profesor español BRISEÑO SIERRA, indicaba que «sobre los términos contumacia y rebeldía, hay cierta confusión. Se puede proponer el uso del primero para establecer que se trata, no de quien desacata un orden, sino de quien se muestra renuente a instar, o sea, a ejercer su derecho. Pero en realidad, la tradición hispánica los separó por otras razones, y así se ve en Gómez y Negro (p. 91) que tanto la Nueva Recopilación, como la Novísima, hablaban indistintamente de ambas situaciones, correspondiendo a la práctica el entender la rebeldía como el acuse (en la inteligencia de que se hacían tres), y la contumacia como la declaración. Por lo tanto el demandado se rebelaba contra la pretensión del actor de someterlo a juicio, y se mostraba o era declarado contumaz por el juez al no acudir»<sup>341</sup>.

Finalmente, en el último grupo, al remitirnos en sede brasileña encontramos al autor brasileño Felipe MOUTINHO CORDEIRO, quien refiere que la rebeldía es un efecto de la contumacia<sup>342</sup>. Por su parte, sus connacionales Luiz MARINONI, Sérgio ARENHART y Daniel MITIDIERO,

---

<sup>340</sup> FALCÓN Enrique M., *Manual de derecho procesal*, t. I., Astrea, Argentina, 2005, p. 276.

<sup>341</sup> BRISEÑO SIERRA Humberto, *Excepciones Procesales*. Revista de la Facultad de Derecho de México Nros 63-64, t. XVI, Universidad Nacional Autónoma de México, julio-diciembre, 1966, p. 708. Consultar en: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/26335/23714>> (recuperado el 26 de diciembre de 2016).

<sup>342</sup> MOUTINHO CORDEIRO Felipe, *Revelia como efeito da contumacia no processo civil brasileiro*, Buqui, 2014.

señalan conjuntamente que contumacia y rebeldía no se confunden. Esta es la especie de aquella. La contumacia es la inacción de cualquiera de las partes ante un determinado mandato judicial. La rebeldía consiste específicamente en la inacción del demandado en contestar el pedido de tutela de derecho formulado por el demandante. No interesa se ofreció una excepción procesal o reconvencción. Lo que interesa para la caracterización de la rebeldía es la no contestación del demandado. Poco interesa, igualmente, si posteriormente el demandado dejó de actuar en el proceso. El derecho brasileiro no conoce la figura de la rebeldía sobrevenida<sup>343</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, podemos advertir las mutaciones lexicográficas que ha sufrido el término «rebeldía» a lo largo del tiempo, pues en nuestra primera legislación procesal civil, esto es, el CEC/1852 era denominado indistintamente el término «rebelde» al de «contumaz», aunque ésta última suponía la rebeldía reiterada (véase *et supra*). Luego, con la promulgación del Código de Procedimientos Civiles (en adelante CPC/1912), se reguló simplemente el término «rebelde», desapareciendo el término «contumaz» en la faz del ámbito civil. Lo mismo ocurrió con el Código Procesal Civil actual (CPC/1993), que si bien regula el término «rebeldía», está es confundida por los menos en tres artículos con la simple omisión de una actuación procesal en concreto, como veremos más adelante.

Por otro lado, en nuestra primera legislación procesal penal, esto es, el Código de Enjuiciamiento en materia penal de 1863, advertimos que éste

---

<sup>343</sup> MARINONI Luiz Guilherme, CRUZ ARENHART Sérgio, MITIDIERO Daniel, *Novo Código de Processo Civile comentado*, Editora Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 371.

cuerpo legal no regulaba el término «contumaz». Desconocemos si dicho término aludido lo regulaba el posterior Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920<sup>344</sup>; sin embargo, lo que sí podemos afirmar es que el susodicho término fue acogido, por el artículo 210<sup>345</sup> del Código de Procedimiento Penales de 1940<sup>346</sup>, y aún lo sigue adoptando el Código Procesal Penal de 2004, (diferenciándolo del término «ausente») como puede verse de los artículos 79<sup>347</sup>, 355<sup>348</sup> y otros dispositivos legales<sup>349</sup>. Es por tal motivo, que en sede nacional, la «contumacia» es concebida como «el estado procesal que es declarada judicialmente frente a la conducta

---

<sup>344</sup> Dicho código si bien fue promulgado mediante la Ley N° 4019 de fecha 02 de enero de 1920, entró en vigencia recién el 01 de junio de ese año, por Decreto Supremo del 5 de enero de 1920.

<sup>345</sup> **Art. 210.-** «La audiencia no podrá realizarse sin la presencia del acusado y de su defensor. Tratándose de reo con domicilio conocido o legal señalado en autos, será requerido para su concurrencia al juicio bajo apercibimiento de ser declarado *contumaz* y de ordenarse su captura si tiene la condición de libre o de revocarse su libertad si gozara de este beneficio, señalándose nueva fecha para la audiencia, siempre que no hayan otros reos libres que se hubieran presentado o en cárcel Si el acusado persistiera en su incomparecencia, se hará efectivo al apercibimiento, procediéndose en lo sucesivo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 318 al 322 del Código de Procedimientos Penales. La inasistencia del *contumaz* no impedirá en ningún caso la iniciación del Juicio Oral, cuando haya reos en cárcel o libres presentes. Si fuera aprehendido o se hiciera presente después de la iniciación del juicio y antes de la sentencia, será examinado y se podrán actuar las diligencias compatibles con el estado de la causa, volviéndose a escuchar al Ministerio Público si es que se hubiera producido la requisitoria oral» (las cursivas son nuestras).

<sup>346</sup> Dicho código si bien fue promulgado mediante la Ley N° 9024 de fecha 23 de noviembre de 1939, su vigencia comenzó partir del 18 de marzo de 1940.

<sup>347</sup> **Art. 79.- Contumacia y Ausencia.** «1. El Juez, a requerimiento del Fiscal o de las demás partes, previa constatación, declarará *contumaz* al imputado cuando: a) de lo actuado aparezca evidente que, no obstante tener conocimiento de que es requerido, no se presenta voluntariamente a las actuaciones procesales; b) fugue del establecimiento o lugar en donde está detenido o preso; c) no obedezca, pese a tener conocimiento de su emisión, una orden de detención o prisión; y, d) se ausente ausente, sin autorización del Fiscal o del Juez, del lugar de su residencia o del asignado para residir [...] 3. El auto que declara la *contumacia* o ausencia ordenará la conducción compulsiva del imputado y dispondrá se le nombre Defensor de oficio o al propuesto por un familiar suyo. El abogado intervendrá en todas las diligencias y podrá hacer uso de todos los medios de defensa que la Ley reconoce. 4. La declaración de *contumacia* o ausencia no suspende la Investigación Preparatoria ni la Etapa Intermedia respecto del *contumaz* o ausente. Esta declaración no altera el curso del proceso con respecto a los demás imputados. 5. Si la declaración de ausencia o contumacia se produce durante el juicio oral, el proceso debe archivarse provisionalmente respecto de aquél. En todo caso, el *contumaz* o ausente puede ser absuelto pero no condenado. 6. Con la presentación del *contumaz* o ausente, y realizadas las diligencias que requieran su intervención, cesa dicha condición (...)» (las cursivas son nuestras).

<sup>348</sup> **Art. 355.- Auto de citación a juicio.** «4. El emplazamiento al acusado se hará bajo apercibimiento de declararlo reo *contumaz* en caso de incomparecencia injustificada».

<sup>349</sup> *Vid.* los arts. 367 (incs. 2 y 5), 463 (inc. 2), y 518 (inc. 1, literal c).

renuente de un imputado que, pese a los requerimientos judiciales, no se presenta voluntariamente a las actuaciones procesales para las que es citado, fugue del establecimiento o lugar donde se encuentre detenido o preso, no obedezca una orden de detención o prisión, sea por mandato de conducción compulsiva o por mandato judicial de ubicación y captura, de la cual tenga el debido conocimiento, o se ausente del lugar de su residencia sin la autorización debida de autoridad judicial o Fiscal correspondiente cuando se haya dispuesto la residencia en dicho lugar o la no variación de dicha residencia»<sup>350</sup>.

Así vistas las cosas, en nuestra opinión, polemizar en torno a la distinción o semejanzas sobre la rebeldía o contumacia en la actualidad, resulta una discusión bizantina, más aún, cuando es evidente, que aquello únicamente traería estériles utilidades prácticas.

## 5.2. La rebeldía y la omisión específica de actos procesales

No debe confundirse la rebeldía con las simples omisiones de determinados actos procesales (arts. 343<sup>351</sup>, 363<sup>352</sup>, 746<sup>353</sup> del CPC/1993).

---

<sup>350</sup> LUJÁN TÚPEZ Manuel, *Diccionario Penal y Procesal Penal*, 1º ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2013, pp. 124-125.

<sup>351</sup> **Art. 343.- Desistimiento del proceso o del acto procesal.** El desistimiento del proceso lo da por concluido sin afectar la pretensión. Cuando se formula después de notificada la demanda, requiere la conformidad del demandado expresada dentro de tercer día de notificado, o en su rebeldía. Si hubiera oposición, el desistimiento carecerá de eficacia, debiendo continuar el proceso.

<sup>352</sup> **Art. 363.- Trámite.** El plazo para interponerlo es de tres días, contado desde la notificación de la resolución. Si interpuesto el recurso el Juez advierte que el vicio o error es evidente o que el recurso es notoriamente inadmisibles o improcedente, lo declarará así sin necesidad de trámite. De considerarlo necesario, el Juez conferirá traslado por tres días. Vencido el plazo, resolverá con su contestación o sin ella. Si la resolución impugnada se expidiera en una audiencia, el recurso debe ser interpuesto verbalmente y se resuelve de inmediato, previo traslado a la parte contraria o en su rebeldía.

<sup>353</sup> **Art. 746.- Liquidación.** Al disponer el pago al ejecutante, el Juez ordenará al Secretario de Juzgado liquidar los intereses, costas y costos del proceso, dentro del plazo que fije, bajo responsabilidad por la demora. La liquidación es observable dentro de tercer día, debiendo

Probablemente, dichas disposiciones citadas, llevaron a la indeterminación a HURTADO REYES, de entender a la rebeldía como una «situación jurídica en la que se encuentra un sujeto activo o pasivo de la relación procesal cuando ha omitido realizar voluntariamente un acto procesal previsto en ley, para el cual se ha establecido un plazo»<sup>354</sup>, a no ser que por «omisión de realizar voluntariamente un acto procesal previsto en ley», se refiera a la contestación de la demanda, o a la incomparecencia del litigante (demandante o demandado) que pese hacer de notificado personalmente con la conclusión del patrocinio de su abogado o la renuncia de su apoderado, que cómo señalamos anteriormente, no constituyen en sentido técnico rebeldía<sup>355</sup>. Lo cierto es que, la no realización de un simple acto procesal previsto en la ley, es la pérdida de oportunidad de efectuarlo por efecto del principio de preclusión, habida cuenta que nuestro sistema procesal civil los plazos legales (e inclusive los judiciales) son perentorios, vale decir, improrrogables o definitivos (*vid.* art. 146 del CPC/1993)<sup>356</sup>.

### 5.3. La rebeldía y sus efectos jurídicos

Los efectos jurídicos de la declaración de rebeldía pueden ser de orden procesal y material. La primera de ellas, se da como resultado de aplicación de una norma jurídica de carácter procesal o instrumental,

---

proponerse en forma detallada. Absuelto el traslado de la observación o en rebeldía, se resolverá aprobándola o modificándola y requiriendo su pago.

<sup>354</sup> HURTADO REYES Martin, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, 2º ed., t. I, Idemsa, Lima, 2014, pp. 791-792.

<sup>355</sup> Véase *infra* pp. 150-151.

<sup>356</sup> De manera similar, MONROY PALACIOS Mario, *Apuntes sobre la rebeldía en el Proceso Civil peruano*, p. 21. Disponible en internet (consultado el 16 de agosto de 2017): <[https://www.academia.edu/34184183/Mario\\_Monroy\\_La\\_rebeld%C3%ADa\\_en\\_el\\_proceso\\_civil\\_peruano.docx](https://www.academia.edu/34184183/Mario_Monroy_La_rebeld%C3%ADa_en_el_proceso_civil_peruano.docx)>. Lo vemos también publicado en *Revista Dialogo con la Jurisprudencia*, año 22, n° 212, Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2011, 114-132.

mientras que la otra, se da como consecuencia de la aplicación de una norma jurídica material o sustantiva al interior del proceso judicial.

En cuanto al efecto jurídico procesal derivado por la rebeldía, verificamos que aquella tiene incidencia en:

**(a)** La comunicación de los actos procesales (notificación por cédula), y de las siguientes resoluciones judiciales (v. art. 459 del CPC/1993):

( $\alpha$ ) el auto que declaró una relación jurídica procesal válida, y, por ende, saneado el proceso [en dicha resolución, por general, también se fija fecha y hora para la audiencia respectiva];

( $\beta$ ) el auto y/o decreto que informa a las partes que los «autos» expeditos para sentenciar;

( $\gamma$ ) la sentencia; y

( $\Delta$ ) el auto y/o decreto que requiere el cumplimiento de la sentencia.

Cabe señalar que nuestro CPC ha recogido como ficción establecer que las demás resoluciones judiciales se tendrán por notificadas el mismo día que lo fueron a la otra parte.

(b) El empleo de la «técnica de aceleración procesal» (juzgamiento anticipado del proceso), consagrado en el art. 461<sup>357</sup> y 473<sup>358</sup> del CPC/1993.

Una vez decretada la rebeldía al demandado, el órgano decisor tendrá que verificar:

(α) La existencia o no de una relación jurídica procesal válida entre las partes contendientes, de tal suerte que ello, supeditará que el juzgador declare o no el saneamiento del proceso.

(β) Sin embargo, declarado saneado el proceso, el órgano decisor podrá adoptar por dos caminos a seguir: (i) El Juez procederá a expedir sentencia inmediatamente, cuando el auto que declaró saneado el proceso ha quedado firme (consentido o ejecutoriado), y cuando nos encontramos ante «los casos que la declaración de rebeldía produce presunción legal relativa de verdad». (ii) El Juez no procederá a emitir sentencia, luego de saneado el proceso (inclusive cuando haya auto consentido o ejecutoriado) cuando estemos ante la presencia de las excepciones contempladas por el art. 461 del CPC/1993 (= supuestos de no aplicación de PLRV).

---

<sup>357</sup> **Art. 460.- Proceso y rebeldía:**

«Declarada la rebeldía, el Juez se pronunciará sobre el saneamiento del proceso. Si lo declara saneado, procederá a expedir sentencia, salvo las excepciones previstas en el Artículo 461».

<sup>358</sup> **Art. 473.- Juzgamiento anticipado del proceso:**

«El Juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite que el informe oral: (...) Queda consentida o ejecutoriada la resolución que declara saneado el proceso, en los casos en que la declaración de rebeldía produce presunción legal relativa de verdad».

En sentido, a nivel jurisprudencial, tenemos que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en la Cas. N° 3399-2012-ICA de fecha 16 de agosto de 2013, ante el «juzgamiento anticipado del proceso» en los casos de rebeldía señaló:

Quinto. - (...) corresponde indicar que el artículo 461 del Código Procesal Civil establece que la declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demandada estando el juez de la causa facultado para obviar la etapa probatoria normal cuando cualquiera de las partes ha aportado elementos de juicio suficientes que generan su convencimiento igualmente cuando la prueba aportada sea exclusivamente documental y por tanto no hay necesidad de su actuación en audiencia correspondiendo al juez en tales casos comunicar su decisión de emitir sentencia.

De lo expuesto anteriormente, conviene advertir algunas reflexiones, veamos:

En cuanto al primer ítem (i), es importante precisar que la aplicación de la presunción relativa de verdad, no es una consecuencia inmediata por la mera situación procesal de la rebeldía de la parte demandada, sino que el juzgador *podrá* aplicarlo, *tras* una valoración conjunta y racional de los medios probatorios ofrecidos, admitidos y actuados en el proceso.

En ese sentido, resulta muy cuestionable que dicho órgano decisor aplique la presunción relativa de verdad antes de la etapa decisoria (antes de sentencia), para que de esta manera obvие el normal desenvolvimiento de las etapas del proceso (etapa probatoria-etapa decisoria), empleando la técnica de aceleración procesal (juzgamiento anticipado del proceso). Con esto, es más que claro, que se soslayará las conclusiones de ambas partes procesales:

alegatos por escrito (v. 212 del CPC), admitiendo después con la modificación del art. 473 del CPC por el Decreto Legislativo N° 1070 (28/06/2008), sólo el informe oral.

En lo referente al segundo ítem (ii), el panorama cambia un poco, puesto, tenemos la certeza (al menos) que jamás habrá juzgamiento anticipado cuando: (i) Habiendo varios emplazados, uno de ellos contesta la demanda (art. 461, §1 CPC); (ii) Cuando se esté discutiendo un derecho indisponible (art. 461, §2 CPC); (iii) Cuando la ley requiriendo que la pretensión se pruebe con documental, no fuese acompañado en la demanda (art. 461, §3 CPC).

Sin embargo, es nuevamente cuestionable el último supuesto de inaplicación de la presunción relativa de verdad, que ocurre cuando «el Juez declare, en resolución motivada, que [los medios probatorios] no le producen convicción» (art. 461, §4 CPC); puesto que, la resolución por la cual el juez fundamentará si los medios probatorios o no le causó convicción, es la propia sentencia. De ninguna forma, puede ser antes, no puede valorar los medios probatorios si no es en la etapa decisoria.

- (c) Liquidación de gastos procesales. El art. 464 del CPC, refiere expresamente «son de cargo del rebelde las costas y costos causados por su rebeldía». Al respecto, tal vez sea absurdo manifestar que dicha ley procesal será aplicable siempre y cuando, el rebelde resulte vencido en el proceso, pues, de resultado ganador (es decir, la

demanda es declarada infundada), es ilógico que se le condene al pago de costos y costas procesales.

En lo referente al efecto jurídico material o sustantivo derivado por la rebeldía, esto es, la presunción relativa de verdad de los hechos expuestos en la demanda, debemos indicar, que será abordado más adelante.

#### 5.4. La rebeldía y la prueba del oficio

Otro problema de enorme complejidad, a mi modo ver, es sobre los límites de la iniciativa probatoria del juzgador y los medios probatorios rechazados por el rebelde en el proceso civil. Sobre el particular, tenemos conocimiento que en un primer momento la Corte Suprema, ha admitido la posibilidad que los órganos jurisdiccionales haciendo uso de sus «facultades» (*sic*) oficiosas conforme el artículo 194 del CPC, admitan los medios probatorios presentados por el rebelde.

Así tenemos que a nivel jurisprudencial<sup>359</sup>, existen diversas ejecutorias supremas: Casación N° 1248-2000-Loreto <sup>360</sup>; Casación N° 1155-2000-

---

<sup>359</sup> Las cuatro ejecutorias supremas que se citarán a continuación, han sido extraídas del trabajo de ABANTO TORRES Jaime David, *La prueba de oficio en la jurisprudencia de la Corte Suprema*. Publicado en: Jus Doctrina & Práctica. Lima, Grijley, Setiembre 2007, pp. 250 y ss.

<sup>360</sup> Cas. N° 1248-2000-Loreto, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en *Cuadernos Jurisprudenciales* (suplemento de Diálogo con la jurisprudencia), Año 4, N° 42, Lima, 2004, pp. 41-42, señaló: «Sétimo.- Que, la sentencia de vista en su motivo tercero reconoce que el emplazado presentó extemporáneamente los documentos que menciona, mas sostiene que no pueden dejar de ser valorados atendiendo a que la finalidad del proceso es resolver un conflicto de intereses, logrando la paz social en justicia; lo que pudo hacer siguiendo el cauce establecido en la ley como se ha señalado; Octavo.-Que, la Sala de Revisiones al sustentarse en prueba no admitida, afectó el derecho del contrario a un debido proceso y los principios antes señalados, incurriendo en el vicio de nulidad previsto en el artículo 122°, inciso tercero del código adjetivo».

Cuzco<sup>361</sup>; Casación N° 1148-2003<sup>362</sup>; Casación N° 2104-2004-Lima<sup>363</sup>, Cas. N° 3702-2010<sup>364</sup>; que si bien casan (anulan) la sentencia de primer o

---

<sup>361</sup> Cas. N° 1155-2000-Cuzco, Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, sentencia de fecha 30 de abril de 2002, en *Cuadernos Jurisprudenciales* (suplemento de Diálogo con la jurisprudencia), Año 4, N° 42, Lima, 2004, pp. 57-58, acotó: «Segundo.- Que, en tal linderó de razonabilidad, cabe concluir que no resulta válida la decisión de la Sala de Mérito de revocar la sentencia de primera instancia y declarar infundada la demanda, pues dicho fallo tiene como base el documento denominado 'Compraventa de dos inmuebles'; que obra a fojas noventa y uno de autos, el mismo que fuera presentado por los demandados luego que se emitiera la resolución que los declaró rebeldes, es decir, cuando había precluido la etapa procesal en que las partes podían ofrecer los medios probatorios tendientes a respaldar o sustentar los hechos que exponen; consecuentemente dicha decisión jurisdiccional se sustenta en un documento no admitido ni actuado como medio probatorio. Tercero.- Que, sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, debe señalarse que cuando los medios probatorios sean insuficientes para formar convicción, el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes, tal y como conforme lo establece el artículo 194° del citado Código Procesal. Cuarto.- Que, el Juez de la causa, en caso de considerar que los medios probatorios existentes en autos incurran en la insuficiencia anteriormente señalada, se encuentra plenamente facultado para ordenar la actuación de las pruebas de oficio que considere necesarias para el total esclarecimiento del conflicto de intereses con relevancia jurídica puesto a consideración de este Poder del Estado».

<sup>362</sup> Cas. N° 1148-2003, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, sentencia de fecha 18 de julio de 2005, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de febrero de 2006, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 11, N° 90, Lima, 2006, pp. 173-176, prescribió: «Décimo Cuarto: Que, sin embargo, el hecho que la Sala Superior para acoger la demanda haya valorado el documento de fojas ciento cuarentiocho, ofrecido por el actor en su escrito de apelación y no incorporado a los autos, constituye una infracción al debido proceso que debe ser sancionada conforme al artículo 171° del Código Procesal Civil; Décimo Quinto: Que, sobre tal particular, debe acotarse que nuestro sistema jurídico se rige por el principio de preclusión, y en cuanto a medios probatorios se refiere, la oportunidad para su presentación se limita a la etapa postulatoria, de acuerdo a los artículos 189° del código acotado, estableciéndose como excepción a tal regla, aquellos casos permitidos por ese mismo texto legal adjetivo; así el artículo 374° del acordado Código, permite el ofrecimiento de medios probatorios extemporáneos con los escritos de apelación o absolución en los procesos de conocimiento y abreviados y siempre que se cumpla con las exigencias que dicha norma establece; sin embargo ese no es el supuesto de autos y menos aún se ha admitido el documento de fojas ciento cuarenta y ocho, con lo que el juez no se ha sujetado al mérito de lo actuado y al derecho, infringiéndose los artículos 50°, inciso sexto, y 122°, inciso 3, del Código Procesal Civil; Décimo Sexto: Que, adicional a ello, debe manifestarse que los juzgadores atendiendo a los fines del proceso consagrados en el artículo III del Título Preliminar del código acotado, y acorde con la facultad que establece el artículo 194° del código adjetivo, pueden incorporar al proceso [los] medios probatorios de oficio que estimen convenientes, con lo cual también pueden incorporar la prueba extemporánea ofrecida por una de las partes, para lo cual deben emitir la resolución correspondiente, la que deben notificar a las partes a efectos que esta pueda hacer valer sus argumentos de defensa correspondientes».

<sup>363</sup> Cas. N° 2104-2004-Lima, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, sentencia de fecha 18 de octubre de 2005, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de junio de 2006, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 12, N° 94, Lima, 2006, pp. 165-167, apuntó: «Sexto: Que, dichos medios probatorios presentados por la demandada no fueron admitidos no rechazados por el juzgador; Séptimo: Que, a pesar de ello, el ad quem, valoró la misiva de fojas cincuenta y siete y de los sobres de cartas de fojas cincuentiocho y cincuentinueve del catorce de febrero y dieciocho de junio de dos mil uno, respectivamente, presentados por la

segundo grado por valorar un medio probatorio ofrecido por una de las partes en rebeldía, sin haberse sido admitido al proceso, deja latente la posibilidad que el Juzgador en base «facultad» (*sic*) oficiosa consagrada por el artículo 194 del Código Procesal Civil, puede incorporarlos como medios probatorios de oficio, previo contradictorio a la contraparte. Sin embargo, a decir verdad, dichos criterios jurisprudenciales fueron emitidos cuando el art. 194 del CPC no ostentaba ninguna modificación. Así, recién con fecha 15/02/2015, fue que entró en vigencia la Ley N° 30292 (28/12/2014), la cual modificó el citado dispositivo legal, quedando de la siguiente manera:

**Art. 194.-** Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba. La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo. En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio. El Juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial.

---

demandada; *Octavo:* Que, si la Sala Superior consideraba que estas pruebas debían ser analizadas, debió declararlas de oficio, tal como lo establece el artículo 194° del Código Procesal Civil, pero no merituarlas sin haber sido admitidas».

<sup>364</sup> Cas. N° 3702-2010-Tacna, de fecha 05 de octubre de 2011 (*El Peruano*, 04 de julio de 2012), apuntó: «Quinto.- Que, en relación a este punto es del caso precisar que lo antes expresado en modo alguno significa que la Sala Superior en uso de la facultad que le confiere el artículo 194 del Código Procesal Civil esté impedida de incorporar al proceso otros medios probatorios como el Expediente número 588-2001 sobre nulidad de acto jurídico y otros conceptos así como el proceso penal número 354-1998 seguido en agravio de la demandada Teófila Gudelia López de Meneses por el delito de estelionato pues el hecho que los demandados hayan sido declarados rebeldes no obsta para que el Juzgador pueda hacer uso de la facultad de oficio antes anotada toda vez que si bien la declaración de rebeldía implica la presunción relativa de la verdad de los hechos también lo es que ésta puede ser enervada por la existencia de medios probatorios que conduzcan a la verdad material resultando necesario para resolver la incertidumbre jurídica que los mismos sean admitidos y permitan resolver el conflicto de intereses».

Como puede apreciarse, es indudable que ante la modificación del art. 194 del CPC/1993, se ha puesto un férreo límite a la iniciativa probatoria del juez para la incorporación de medios probatorios de oficio. No es oportuno en este lugar, analizar detenidamente todas las limitaciones de dicho dispositivo legal, tan sólo mencionaremos en este espacio, que uno de los presupuestos para debida «actuación» (*rectius*: admisión) de los medios probatorios de oficio, es que siempre la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Siento esto así, surge la siguiente interrogante: ¿Cómo podría incorporarse un medio probatorio de oficio ofrecido extemporáneamente por el rebelde, si anteladamente se habría rechazado su escrito de contestación de demanda? ¿A caso la fuente de prueba debe derivarse tan sólo de lo expuesto en la demanda?

## 6. Sistemas de *ficta confessio* y *ficta litis contestatio*

La imperiosa necesidad de dar respuesta a la pretensión del demandante, aun en la ausencia del demandado, ha llevado al derecho histórico y al derecho comparado moderno a dos sistemas distintos: *la ficta confessio* o *la ficta litisconstestatio*.

Ambos corresponden a dos etapas históricas del Derecho Romano: la clásica en la que, si el demandado no comparecía voluntariamente ni podía ser compelido por la fuerza por el propio actor incurría en *indefesio*, equivalente a la *ficta confessio*, y la postclásica, en la que la ausencia del demandado citado por el magistrado no implicaba necesariamente su condena, sino sólo en el caso de que el actor probara su derecho (*absens si bona causa habuit vincef*). En

cualquier caso, sin embargo, cabía que el demandado obtuviera la *restitutio in integram*, entre otras causas, por ausencia justificada del lugar del juicio<sup>365</sup>.

Efectivamente, el sistema de *ficta confessio* y *ficta litisconstestatio* fueron aplicados —y algunos rasgos siguen siendo aplicados en la actualidad, en diversos ordenamientos jurídicos— ante la incomparecencia de una parte (demandado) en un proceso judicial. El primero de ellas, tiene origen romano-canónico; mientras el segundo tiene origen germánico. A continuación, desarrollaré ambos sistemas, teniendo como base un rescatable trabajo de los profesores Fernando ORELLANA TORRES y Álvaro PÉREZ RAGONE.

### 6.1. Sistema de la *ficta confessio* o confesión tácita

En el sistema de la *ficta confessio* (o confesión tácita o presunta), se presume a quien pese a estar debidamente notificado en un proceso, no comparece a éste (o inasiste a una audiencia programada), reconociéndose de manera tácita, como verdaderos los hechos alegados por su contraparte, por lo general, demandante.

En dicho sistema, «los hechos alegados por una de las partes se consideran como aceptados y reconocidos por la otra que habiendo tenido oportunidad para controvertirlos y en su caso probar en forma contraria, no lo hizo»<sup>366</sup>, aun cuando ellos simplemente respondan a una «ficción», es decir, pueden no corresponderse con una realidad

---

<sup>365</sup> RIOJA BERMÚDEZ Alexander, *El Nuevo Proceso Civil Peruano*, 1° ed., Editorial Adrus, S.R.L., Lima, 2011, p. 511.

<sup>366</sup> ORELLANA TORRES Fernando y PÉREZ RAGONE, Álvaro; *Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil*. En: *Revista Ius Et Praxis*, Año 13, N° 2, p. 19.

expresamente alegada y fictamente reconocida, sobre la que se asentará una sentencia<sup>367</sup>.

Sin embargo, dicha consecuencia gravosa que puede implicar una sentencia definitiva contraria a la parte rebelde se compensa con las posibilidades abiertas y flexibles de medios de impugnación recursivos o de oposición que permitan revisar la sentencia dictada y en su caso retrotraer el proceso a una instancia o etapa en la que se le permita a la parte perjudicada por su rebeldía hacer valer sus derechos precluidos de ejercicio.

Se considera que tiene lugar esta confesión no solamente por la no comparecencia a una audiencia sino incluso por el solo hecho que no manifestarse dentro de los plazos establecidos<sup>368</sup>.

Ahora bien, se señala que los modelos germanos han sido históricamente identificados con este tipo de sistema. Ejemplo de ello, tenemos el ZPO alemán y el ZPO austriaco, legislaciones procesales civiles que han sido descritos de manera sucinta en el capítulo V de la presente investigación.

## 6.2. Sistema de la *ficta litis contestatio*

Se puede decir que el sistema de la *ficta litis contestatio*, posee una consecuencia diversa o contraria al sistema de la *ficta confessio*, toda vez que, en el primero ante la incomparecencia del demandado en el proceso judicial, traerá como consecuencia, la presunción que éste se opone o contradice todos los hechos alegados por el demandante.

---

<sup>367</sup> *Ibíd.*

<sup>368</sup> *Ibíd.*

En efecto, la consecuencia lógica de la *ficta litis contestatio* es que el tribunal no puede suprimir la fase probatoria del proceso en defecto, ya que todos los hechos alegados por la parte compareciente deben reputarse como contradichos por el defectante, y por ende, deberán ser objeto de análisis por el tribunal a la luz del derecho probatorio<sup>369</sup>.

CARRETTA MUÑOZ manifiesta que en su Código de Procedimiento Civil Chileno, en lo referente a las cargas principales de contestar y comparecer en el proceso, no se refiere expresamente al efecto de la rebeldía del demandado o contumacia de la parte sino que «el vacío es llenado por interpretaciones que estiman que el silencio del demandado se traduce en su negación, cuestión que es recogida por la jurisprudencia nacional»<sup>370</sup>.

Es así, que citado autor, luego de interrogarse, si en su ordenamiento la comparecencia y contestación constituyen efectivamente una carga, se responde que siendo el sistema de las cargas cumple con una función impulsiva de la parte —incentivando una actitud que contribuya a la consecución progresiva de los actos del proceso—, la constitución de la rebeldía de las partes, que es el incumplimiento o desembarazamiento de la carga, «debiera tener ante todo, un claro efecto disuasivo, una situación desventajosa para el infractor que en último caso se constituirá en una sentencia adversa. Sin embargo, vemos que en nuestro ordenamiento, frente al vacío legal, al haberse establecido al menos

---

<sup>369</sup> GUZMÁN ARIZA Fabio J., *Procedimiento en defecto en materia civil y comercial*, 2º ed., Editora Judicial, República Dominicana, 2010, p. 28.

<sup>370</sup> CARRETTA MUÑOZ Francesco, *Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: Referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia*. En: *Revista derecho*, Vol. XXI, N° 1, Valdivia, 2008, pp. 106-107.

jurisprudencialmente el sistema de negación tácita, no necesariamente se producirá una consecuencia adversa para el no compareciente o incumplidor de la carga de presentarse al juicio y contestar, exceptuando la preclusión, porque incluso puede serle mucho más ventajoso no comparecer, de manera que entendida su actitud como una negación pura y simple, asumirá el litigante contrario una carga mayor. Ello toda vez que deberá hacerse cargo preponderantemente de la prueba e incluso el contumaz puede ganar el pleito aun en su ausencia. Lo anterior tampoco resulta justo porque el desobediente rompe el principio de colaboración que sí es cumplido por su contraparte al seguir adelante con el proceso»<sup>371</sup>.

### 6.3. El silencio en el proceso

Existe un adagio muy conocido en el lenguaje cotidiano u ordinario, que dice lo siguiente: «Quien calla, otorga». Sin embargo, cabe interrogarse, si tal adagio señalado, consistente en un comportamiento o conducta omisiva debe traer como consecuencia un equivalente de aceptación o reconocimiento tácito en un determinado proceso civil, de lo que se alegó.

Lo cierto, es que dicho cuestionamiento excede el objeto del presente trabajo, toda vez que la doctrina del silencio no exclusiva del Derecho Procesal, sino muy próxima y cercana al Derecho Civil (*vid.* arts. 142<sup>372</sup> del CC/1984). Además, ello implicaría también analizar las disposiciones

---

<sup>371</sup> *Ibíd.*

<sup>372</sup> Art. 142.- «El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado».

legales contenidas en el art. 442<sup>373</sup>, incs. 3 y 4 del CPC/1993, que ante el *silencio*, la respuesta evasiva o la negativa genérica pueden ser apreciados por el Juez como reconocimiento (o aceptación) de verdad de los hechos alegados o de la recepción de los documentos ofrecidos.

Sin perjuicio de lo antedicho, podemos dejar en claro que, si bien existe un aforismo jurídico, en lo referente al silencio de una persona, que prescribe:

«*Qui tacet, consentire videtur*» (C. 43, *de regulis iuris, in Sexto, 5, 12*)

Aquel no es ciertamente el único, sino también existe este otro:

«*Tacere, medium quoddam est inter contradicere, et consentire*» (DECIO:  
*In tit. ff. de reg. iuris, r. 184, 2*)

El cual significa: «*El silencio es una especie de término medio entre contradecir y consentir*» u otro muy similar, que a la letra reza:

«*Tacere, medium quoddam est inter consensum et contradictionem*»  
(DINO: *Comm. in reg. iuris pont., r. 44, 5*)

El cual expresa «*El silencio es una especie de término medio entre el consentimiento y la contradicción*»<sup>374</sup>.

---

<sup>373</sup> Art. 442.- «Al contestar el demandado debe: (...) 2. Pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda. El *silencio*, la respuesta evasiva o la negativa genérica pueden ser apreciados por el Juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados. 3. 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».

<sup>374</sup> Dichos aforismos jurídicos fueron extraídos de: MANS PUIGARNAU Jaime M. *Los principios Generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 443.

## 7. Requisitos de la rebeldía

Para que la declaración de rebeldía sea válida es necesario la configuración de los siguientes requisitos y/o presupuestos:

### 7.1. El demandado sea una persona determinada y cierta

En principio, debemos tener en cuenta que a quien demandamos debe ser un sujeto determinado y cierto, conforme lo preceptúa el inciso 3 del artículo 424 del CPC, que señala: «La demanda se presenta por escrito y contendrá: (...) 3. *El nombre y la dirección domiciliaria del demandado (...)*».

### 7.2. El demandante haya señalado el domicilio del demandado

De otro lado, no basta que dicho demandado sea una persona determinada y cierta, sino que además es imperativo que el demandante en su escrito postulatorio de demanda consigne el domicilio del demandado o su «dirección domiciliaria», como prescribe el Código Procesal Civil (424.3 CPC/1993), toda vez que éste constituye el asiento jurídico de la persona, su sede legal, el territorio donde se encuentra para imputarle posiciones jurídicas, para atribuirle derechos o deberes<sup>375</sup>.

Es así, que el domicilio del demandado puede ser real o legal, en caso, sea persona natural o persona jurídica respectivamente. Tal consignación domiciliaria de la parte demandada no sólo constituye un requisito para la válida declaración de rebeldía del rebelde, sino además es un requisito

---

<sup>375</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO Carlos, *Derecho de las personas*, 13ª ed., ampliada y actualizada, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 269.

esencial de la demanda, conforme lo prescribe el inciso 3 del artículo 424 del CPC/1993, que señala: «La demanda se presenta por escrito y contendrá: (...) 3. El nombre y la *dirección domiciliaria* del demandado. Si se ignora *esta última*, se expresará esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda».

Sin embargo, ocurre muchas veces que son las mismas partes procesales que anteladamente en un determinado negocio jurídico designan un domicilio para la notificación ante cualquier controversia del mismo, siendo tal fijación domiciliaria para tal fin, totalmente válida en atención a lo dispuesto por el artículo 34 del CC<sup>376</sup>, de cuyo texto normativo podemos apreciar dicha norma jurídica sin duda alguna no es imperativa, sino facultativa, pues deja la opción para que las propias partes contractuales fijen domicilio para la ejecución de los actos jurídicos (*vgr.*, en un contrato de arrendamiento, compraventa, usufructo o cualquier otro contrato atípico) en atención a su «autonomía de la voluntad».

Ello se conoce como domicilio contractual o especial. Ante tal situación, somos de la idea que, la notificación en tal lugar debe ser considerada válida; no obstante, es recomendable notificar (al menos) por única vez en el domicilio real o legal (según sea el caso) y también en el domicilio contractual, ello para evitar nulidades posteriores, toda vez que puede ser que el domicilio que se consignó en el contrato resulte ser de antigua data y que los mismos demandados hayan cambiado de residencia, y por ende, no tengan conocimiento efectivo del proceso en su contra.

---

<sup>376</sup> Art. 34 del CC.- «Se puede designar domicilio especial para la ejecución de actos jurídicos. Esta designación sólo implica sometimiento a la competencia territorial correspondiente, salvo pacto distinto».

Finalmente, no está de más señalar que el caso de la parte demandada cuyo domicilio (legal o real) sea desconocido, el actor debe señalarlo expresamente en su demanda, además de declarar bajo «juramento» o «promesa» el haber agotado todas las gestiones necesarias destinadas a conocer el domicilio de la persona a quien deba notificarse (art. 165 del CPC/1993), en tal caso, la notificación no se hará mediante «cédula de notificación», sino a través de *edictos*, el cual se publicará en el portal web oficial del Poder Judicial, y si ello no fuera posible por las condiciones tecnológicas o lejanía del órgano jurisdiccional, el *edicto* se publicará en el diario de mayor circulación de la circunscripción, o en su defecto de ésta último, la publicación se hará en la localidad más próxima que los tuviera, debiéndose además fijar el edicto en la tablilla del Juzgado y en los sitios que aseguren su mayor difusión. En todos los casos, la publicación debe efectuarse por un periodo de tres días hábiles acreditándose su realización, agregando al expediente la constancia de su publicación web emitida por el especialista o secretario judicial respectivo y la impresión de la publicación realizada en el portal institucional o, de ser el caso, el primer y el último ejemplar de las publicaciones realizadas en los diarios (art. 167 CPC/1993), es así, que dicha «notificación» por *edictos* tiene como finalidad dar a conocer al demandado el proceso judicial instaurado en su contra, siendo la consecuencia jurídica ante su incomparecencia, no la declaración de rebeldía, sino la designación de un curador procesal en «resguardo» de sus intereses y derechos.

Lo antedicho resulta importante, toda vez que la redacción del art. 458 del CPC es ambigua, cuando prescribe que «La declaración de rebeldía

se notificará por cédula si el rebelde tiene dirección domiciliaria. *En caso contrario, se hará por edictos*», por cuanto —como ya dijimos— el apercibimiento o la consecuencia del sujeto que «no tiene dirección domiciliaria» (en realidad debió decir, dirección domiciliaria desconocida o ignorada) es la designación de un curador procesal, y no la declaración de rebeldía.

En efecto, dicha redacción poco feliz del texto normativo antes mencionado, ha traído serios problemas en la práctica judicial, pues en los edictos, a veces se transcribe que el «apercibimiento» de quien no se apersone en plazo legal respectivo, es el de declarársele en «rebeldía», y a su vez nombrársele «curador procesal», cuestión que es totalmente equivocado, conforme lo explicado *et supra*; es más, tal pésima redacción del texto normativo precitado ha causado serios problemas, inclusive a distraídos comentaristas del CPC/1993, que se guían de la literalidad del texto de la disposición legal, sin entrar a analizar la real condición jurídica de la rebeldía y sus consecuencias jurídicas procesales en nuestro ordenamiento procesal<sup>377</sup>.

### **7.3. El demandado haya sido debidamente emplazado**

Ahora bien, una vez que la parte demandada es determinada y cierta, consignándose además de ello, su dirección domiciliaria ya sea de su domicilio real o legal —tratándose de una persona natural o jurídica,

---

<sup>377</sup> Ejemplo de ello, puede verse en el siguiente comentario: «Si es que el demandado no tuviera dirección domiciliaria en el expediente judicial [...] como ocurre en los casos en que se ignora el domicilio o residencia del demandado, entonces la notificación de la resolución que declara la rebeldía, se hará por edictos, conforme a lo establecido por los artículos 165 y siguientes del Código Procesal Civil» (?): VARGAS SOTO, Sheilah; *Comentario al artículo 459 del CPC*. En: CAMARGO ACOSTA Johan S. (coord.); *Código Procesal Civil Comentado por los mejores especialistas*, t. III, 1º ed., Editorial Adrus, Lima, 2012, p. 164.

correspondientemente— en el escrito postulatorio de demanda, el Juez procederá a calificarla, de modo negativo o positivo, si ocurre ésta último, es decir, se resuelve admitir la demanda, dará por ofrecidos los medios probatorios, y conferirá traslado al demandado para que *comparezca* al proceso (art. 430 CPC/1993), puesto que es imprescindible que el mismo tome oportuno conocimiento de la pretensión o pretensiones de la parte demandante, y se le conceda un plazo determinado por la ley para que decida ejercer o no su derecho de defensa.

Para dicho fin, debe efectuarse una correcta notificación, y ello puede darse a través de la notificación por cédula<sup>378</sup> (*vid.* los arts. 158, 159, 160, y 161 del CPC/1993), o mediante comisión o exhorto, de ser el caso (*vid.* los arts. 151, 152, 153 y 154 del CPC/1993).

A tal acto de comunicación se le conoce como «emplazamiento»<sup>379</sup>, definido como «aquel acto procesal en virtud del cual se le notifica el

---

<sup>378</sup> Luego de la primera notificación a la dirección del demandado, se *debería* notificar al rebelde, con las siguientes actuaciones procesales vía electrónica a través de casillas electrónicas implementadas conforme con lo establecido por el TUO de la LOPJ, aprobado por el D.S. 017-93-JUS, siempre y cuando, éste (demandado) se apersona al proceso y así lo solicite, siendo inaplicable en este caso, lo dispuesto por el artículo 459 del CPC. En caso contrario, se deberá seguir notificando con las actuaciones procesales correspondientes, en su dirección domiciliaria consignada por el demandante, e inclusive ante tal supuesto, es increíble que sea permitido la popular notificación «bajo puerta» o mediante el «pegado en la puerta de acceso», conforme lo preceptúa el último párrafo del artículo 161, que dispone: «Esta norma se aplica a la notificación de las resoluciones a que se refiere el artículo 459». Sobre último punto, en atención a la notificación «bajo puerta», puede consultarse, un interesante trabajo: TANTALEÁN ODAR Reynaldo Mario, *El dilema de las notificaciones bajo puerta*. En: CÓRDOVA SCHAEFER Jesús, *El proceso civil. Problemas fundamentales del proceso*, Ediciones Caballero Bustamante, RAE, Lima, 2011, pp. 467-478.

<sup>379</sup> El profesor Juan MORALES GODÓ, *Instituciones de Derecho Procesal*, 1º ed., Palestra editores, 2005, Lima, p. 258, refiere que algunas legislaciones hacen el distingo entre la citación y el emplazamiento, desde que teóricamente existe una diferencia conceptual entre ambos. En efecto — citando a Couture —, “citación es convocatoria, llamamiento, avisar a una persona para que concurra un día determinado a un lugar determinado”; en cambio, el emplazamiento “es el acto por el cual el Juez fija un espacio de tiempo para la ejecución de un acto procesal”. De otro lado, el civilista GONZÁLES BARRÓN, manifiesta que en «el derecho procesal distingue

plazo concreto durante el que podrá realizar la conducta consistente en ejercitar su derecho a conocer la demanda y a defenderse»<sup>380</sup>; y se manifiesta como una de las mayores garantías que todo órgano jurisdiccional debe respetar y hacer respetar, puesto que su inobservancia traerá consigo evidentemente la nulidad de todo lo actuado, y el retroceso del proceso, siempre y cuando éste haya sido alegado oportunamente, y que lógicamente no haya sido susceptible de convalidación por parte del gravemente afectado o perjudicado.

Para MONROY GÁLVEZ<sup>381</sup>, el emplazamiento «es el acto procesal a través del cual pone en conocimiento del demandado el inicio de un proceso en su contra. Es un típico acto de notificación, sin embargo, tiene una considerable trascendencia en el proceso, habida cuenta de que es el momento en que la relación jurídica procesal queda perfeccionada».

En efecto, tal emplazamiento debe ser válido, es decir, libre de vicios o impedimentos que acarreen su posterior nulidad, y ello, puede ocurrir cuando por ejemplo, existe una devolución de cédulas de notificación por parte del notificador, emitiendo una justificación o «razón» por la cual la hace o cuando simplemente un tercero no interviniente en el proceso, devuelve las cédulas de notificación, señalando que el demandado residía en tal lugar, pero en la actualidad no lo hace o que nunca lo hizo, siendo el órgano jurisdiccional el encargado de resolver tal hecho

---

entre “citación” y “emplazamiento” de los sujetos pasivos del proceso, pues la primera expresa la notificación se hace a los potenciales interesados en un proceso, pero que no son afectados directamente con la pretensión deducida; mientras tanto, el segundo implica la notificación a un demandado que es perjudicado en caso de estimarse la demanda»: GONZALES BARRÓN Günther, *La Propiedad Mecanismos de defensa*, 1° ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 15.

<sup>380</sup> VERGÉ GRAU Joan, *La rebeldía en el proceso civil*, 1° ed., Librería Bosch, Barcelona, 1989, p. 4.

<sup>381</sup> MONROY GÁLVEZ Juan, *Teoría General del Proceso*, Palestra Editores, Lima, 2007, p. 505.

jurídico, previo traslado a la parte demandante a fin que efectúe sus descargos respectivos<sup>382</sup>.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el emplazamiento válido con la demanda no sólo es indispensable para la declaración válida de la rebeldía, sino que además produce efectos jurídicos sumamente relevantes en el proceso judicial, conforme lo preceptúa el artículo 438 del CPC: (a) Fija la competencia inicial, puesto que ella no podrá ser modificada, aunque posteriormente varíen las circunstancias que la determinaron<sup>383</sup>; (b) El petitorio no podrá ser modificado fuera de los casos permitidos por el Código Procesal Civil (*vgr.*, En los procesos de separación por cuerpos o divorcio por causal, *vid.* 482<sup>384</sup> CPC/1993); (c) No será jurídicamente posible iniciar otro proceso con el mismo petitorio; (d) Se interrumpirá la prescripción extintiva (art. 1996.3<sup>385</sup> CPC/1993); (e) Ante la institución jurídica de la acumulación sucesiva de procesos (acumulación por reunión), se acumulará ante el Juez que realizó el

---

<sup>382</sup> Sobre el particular, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, en la Cas. N° 343-2013 Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 30 de junio de 2016, pp. 78608-78614, apuntó que: «El emplazamiento es la intimación que efectúa el juzgador con la finalidad de otorgar a la parte contraria un plazo previamente determinado para que pueda comparecer en juicio y contestar la demanda incoada en su contra; debiendo diferenciarse entre la citación del acto de notificación de la demanda en tanto la última señala día y hora para presentarse a un tercero y no la parte ante la autoridad judicial».

<sup>383</sup> Dicho artículo se contradice con lo preceptuado con el artículo 8 del mismo cuerpo legal, que señala: «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» (cursivas nuestras).

<sup>384</sup> **Variación de la pretensión.**

«Art. 482.- En cualquier estado del proceso antes de la sentencia, el demandante o el reconviniente, pueden *modificar* su *pretensión* de divorcio a una de separación de cuerpos» (cursivas nuestras).

<sup>385</sup> **Interrupción de la prescripción.**

«Art. 1996.- Se interrumpe la prescripción por: [...] 3. Citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente [...]».

primer emplazamiento (art. 90<sup>386</sup> CPC/1993), pero ello es otro tema, que no corresponde abordar en la presente investigación.

## 8. Sobre la denominada «presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda» (art. 461 CPC/1993)

Como se ha visto hasta el momento, la declaración de rebeldía, trae aparejada diversas consecuencias jurídicas (de orden material y procesal<sup>387</sup>), entre las más rigurosas, y que precisamente ha dado pie a esta investigación es la denominada presunción legal contenida en el art. 461 del CPC/1993, que a la letra señala: «La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda [...]».

Así, a nivel jurisprudencial, en torno al mencionado dispositivo legal, la Corte Suprema ha precisado que:

La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que el Juez en resolución motivada adopte otro criterio, como exige el inciso 4 del artículo 461 del código adjetivo, de donde resulta: a) que la presunción legal es una consecuencia de la declaración de rebeldía, que no requiere de resolución expresa y que corresponde apreciar en sentencia; y b) que la presunción relativa es *iuris tantum*, esto es, sujeta a probanza y, por tanto, no exime al juzgador de examinar la prueba y de verificar los fundamentos de la pretensión<sup>388</sup>.

---

<sup>386</sup> **Requisitos y trámite de la acumulación sucesiva de procesos.**

«Art. 90.- [...] La acumulación sucesiva de procesos se solicita ante cualquiera de los Jueces, anexándose copia certificada de la demanda y de su contestación, si la hubiera. Si el pedido es fundado, se acumularán ante el que realizó el primer *emplazamiento*» (cursivas nuestras).

<sup>387</sup> MARINONI Luiz Guilherme, CRUZ ARENHART Sérgio, MITIDIERO Daniel, *Novo Código de Processo Civile comentado, ob. cit.* p. 371, *passim*.

<sup>388</sup> Cas. N° 3127-2015 Lima Este, El Peruano 02 de octubre de 2017, pp. 98048-98050.

Pasemos inmediatamente a comprobar si tal «presunción legal relativa» como consecuencia de la rebeldía del demandado, constituye en principio una presunción legal, puesto que, de dicha forma sabremos si en rigor constituye o no una auténtica «presunción legal relativa» (presunción *iuris tantum*), o quizás a lo mejor, estamos ante la presencia de una presunción «judicial». Veremos esto a continuación.

En primer lugar, debemos remitirnos al art. 277 del CPC/1993, que a la letra señala:

Artículo 277.- Presunción. - Es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado. La presunción es legal o judicial.

Aquí tenemos que irremediablemente recordar que lo característico de una «presunción» es la existencia de un «hecho base», es decir, la presencia de una suposición previa o precedente al «hecho presunto».

Ahora, remitámonos al art. 279 del CPC/1993, que prescribe:

Art. 279.- Presunción legal relativa. - Cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción. Empero, éste ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso.

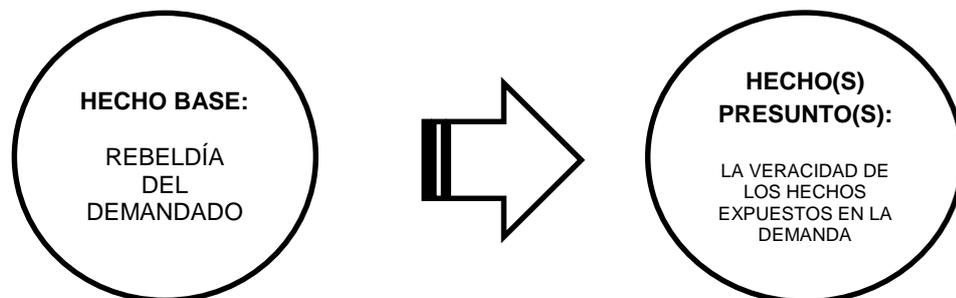
Así vistas las cosas, pasemos a realizar las siguientes observaciones:

Primero, de conformidad por el art. 279 del CPC, en el caso de la existencia de una presunción legal relativa «la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de la presunción», esto significaría que el demandado declarado en rebeldía deberá «probar» o «demostrar» que los enunciados fácticos expuestos en la demanda son contrarios al hecho presunto, y de esta forma

destruir la mencionada «presunción legal relativa», pero cómo podría hacerlo el rebelde, si uno de los principales efectos de la declaración de la rebeldía es no tener como ofrecidos los medios probatorios, ello justamente al principio de preclusión probatoria dada en la etapa postulatoria del proceso. Precisamente por esta razón, no falta quien lo cataloga como una «presunción enmascarada»<sup>389</sup>.

Segundo, para que se aplique esa presunción es necesario –como lo adelantemos–, que el beneficiado por dicha presunción acredite el «hecho base». En efecto, el artículo 279 del CPC refiere que «(...) éste ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso», pero ¿cuál es el hecho base en el supuesto contenido en el artículo 461 CPC/1993? Acaso ¿es la propia rebeldía del demandado?, lo que equivale a decir, la mera inactividad del demandado consistente en la omisión de presentar la contestación de la demanda en el plazo legal.

Grafiquemos:



---

<sup>389</sup> ARIANO DEHO Eugenia, *Hacia un Proceso Civil flexible. Críticas a las preclusiones del Código Procesal Civil de 1993, ob. cit.*, pp. 124-125. Sobre el particular la procesalista citada se interroga lo siguiente: ¿es razonable pensar que la “prueba en contrario” se encuentre entre –meramente– ofrecidas por el actor en su demanda? Puede ser, escribe la profesora san marquina, pero es un tanto improbable –acota– que el actor ofrezca pruebas que le perjudican (*ibíd.*).

Todo lo mencionado hasta el momento, lo único que nos ha traído es nada más que dudas, y, quizás el legislador consciente de ello, estableció una regla para «disiparlas». En efecto, el art. 280, prescribe:

Art. 280.- Duda sobre el carácter de una presunción legal. - En caso de duda sobre la naturaleza de una presunción legal, el Juez ha de considerarla como presunción relativa.

En este orden de ideas, podemos señalar que es sumamente dudoso que el «hecho base», sea la rebeldía propiamente dicha (= no contestación de la demanda en el plazo legal), y más dudoso es, que el «hecho presunto» realmente sea una multiplicidad de hechos indeterminados acaecidos en el pasado, pues, la consecuencia de la declaración de la rebeldía, es que el juez *pueda* tomar como veraces los hechos expuestos en la demanda.

## **9. Excepciones de la aplicación de la presunción relativa de verdad**

### **9.1. Cuando la demanda es contestada por uno de los emplazados**

Esta primera salvedad o excepción a la regla de la «presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda» se produce en el proceso civil que evidentemente contiene una acumulación subjetiva de pretensiones ya sea ésta originaria o sucesiva; es decir, cuando la pretensión materializada en la demanda se encuentre dirigida contra varios sujetos, y uno de éstos cumple con contestar la demanda en el plazo legal determinado de cada vía procedimental; o cuando a pesar que en un primer momento sea una persona demandada, luego se incorpore al proceso otro sujeto procesal que tiene interés legítimo en el mismo.

En efecto, en cuanto al término «emplazado» creemos sin temor a equivocarnos que no debe entenderse exclusivamente al demandado, sino también a los terceros legitimados en el proceso judicial, que bien podrían ser: (a) El *litis consorcio* necesario pasivo (arts. 92 y ss. del CPC), (b) El *denunciado civil* (art. 102 del CPC).

No es inoficioso interrogarse, si la contestación de la demanda por parte del representante del Ministerio Público en determinados procesos constituye una excepción a esta regla de la aplicación de la PRLV. Consideramos que una respuesta interina puede ser afirmativa, siempre que el representante de dicho organismo público actúe en el proceso como parte, o como tercero con interés, tal y como lo establece el art. 113 del CPC<sup>390</sup>, más no como dictaminador. La Corte Suprema, en un proceso de divorcio por causal de separación de hecho, manifestó que ha transgredido lo regulado por el art. 139, incs. 3 y 5 de la Constitución, al no tenerse en cuenta lo previsto por el art. 461, inc. 1, del CPC, pues «[l]a disposición legal indicada regula que la declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda, *lo que ocurrió en el caso concreto, al haber absuelto el trámite de contestación a la demanda el representante del Ministerio Público (...)*»<sup>391</sup>.

De otro lado, estamos convencidos que en un proceso en el cual la parte demandada se encuentre representada por un curador procesal, ya sea porque éste sea un sujeto indeterminado, incierto o con domicilio

---

<sup>390</sup> **Artículo 113. Atribuciones.** –

«El Ministerio Público ejerce las siguientes atribuciones: 1. Como parte; 2. Como tercero con interés, cuando la ley dispone que se le cite; y, 3. Como dictaminador».

<sup>391</sup> Cas. N° 1570-2015 Lima Sur (El Peruano, 03 de julio de 2017, pp. 95138- 95140, v. n° 9) [las cursivas son nuestras].

ignorado por el demandante, la presunción relativa de la verdad, jamás podrá ser aplicada, por cuanto el curador procesal como representante judicial del demandado ausente (o sometido a interdicción civil u otra incapacidad) siempre tendrá que contestar la demanda<sup>392</sup>, pues de no realizarlo, el apercibimiento no será la rebeldía, sino será subrogación por otro curador procesal. En términos más simples, como en tales procesos el curador procesal nunca podrá ser declarado en rebeldía, es obvio que la aplicación de la presunción relativa como consecuencia de aquella, tampoco podría efectuarse.

Para concluir con este punto, creemos que esta primera salvedad es inconsistente, dado que, en un proceso judicial con varios demandados, si uno de ellos ha cumplido con contestar la demanda, pero en base en hechos totalmente irrelevantes, mintiendo dolosamente, de igual forma, la «presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda» será inaplicable para todos, por ende, tal aplicación de la presunción en cuestión, fácilmente puede pasar por alto. Entonces la intención del legislador de que todos contesten la demanda o algunos de ellos, se cae como un mal armado castillo de naipes.

## **9.2. Cuando la pretensión se sustente en un derecho indisponible**

Antes de desarrollar esta segunda excepción o salvedad, debemos manifestar que en la *praxis* jurídica aquel dispositivo legal es el más inaplicado o pasado por alto en sedes jurisdiccionales nacionales,

---

<sup>392</sup> Al respecto, en la *praxis* jurídica se cuestiona en gran medida la actuación del curador procesal al interior de un proceso, puesto que dicha contestación prácticamente es un «saludo a la bandera», toda vez que dicho representante judicial no contará con ningún caudal probatorio, por la simple circunstancia del desconocimiento de los elementos fácticos (hechos) del caso en concreto, dejando casi siempre en las manos del juzgador para que efectué conforme a «Ley».

generando con dicha omisión un grave quebrantamiento a los derechos fundamentales, así como de derecho patrimoniales, de una parte procesal en específico: el demandado (o en su caso, demandante/reconvenido).

La Sala Civil de la Corte Suprema de la República, en un proceso de pensión alimenticia a favor de un hijo extramatrimonial (hijo alimentista) conforme lo establecido por el artículo 415 del Código Civil, señaló:

«En el caso de prestación alimentaria se debe tener presente el carácter que tienen el derecho de petitionar alimentos, y que si bien es cierto que la declaración de rebeldía causa presunción legal de la verdad de los hechos expuestos en la demanda, lo es que también que esta norma establece excepciones como la que determina la inaplicación de esta presunción cuando la pretensión se sustente en un derecho indisponible que tiene, no puede ser de aplicación la presunción relativa de los hechos afirmados en la demanda, por lo que al haberse aplicado al caso de autos la citada presunción, se ha incurrido en el error in procedendo que se denuncia»<sup>393</sup>.

De otro lado, nos causa enorme desazón que en proceso de impugnación de paternidad<sup>394</sup> haya sido favorable al demandante por el sólo mérito de un simple certificado de abandono de hogar en forma voluntaria, y por la enérgica aplicación de la «presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda». Veamos cual fue el razonamiento de dicho órgano jurisdiccional:

«Que la emplazada pesa [*rectius*: pese] a estar debidamente notificada tanto con la demandada [*rectius*: demanda], como con los actos posteriores a ella no ha objeto de manera alguna la pretensión del accionante, más aún se debe tener en cuenta que (...) tiene la condición procesal de rebelde, por lo que es deber del Juzgador hacer uso de la presunción sobre la verdad de los hechos expuesto, en aplicación del primer párrafo del artículo 461 del Código

---

<sup>393</sup> Cas. N° 369-2002-La Libertad, de fecha 10 de junio de 2002, publicado en El Peruano 30 de julio de 2003 (recuperado el 23 de julio de 2016, en: <<http://vlex.com.pe/vid/-472697018>>).

<sup>394</sup> Sentencia de primera instancia contenida en la resolución N° 17 de fecha 08 de mayo de 2013, emitida por el Juzgado Especializado Civil de Ascope (CSJLL), en el proceso de impugnación de paternidad, signado como el Exp. N° 1051-2011.

Procesal Civil; que los hechos antes descritos (la no contradicción a los medios probatorios ofrecidos, la no oposición a la prescindencia del medio probatorio y la presunción relativa de verdad) llevan a la *convicción plena* del Juzgador que efectivamente (...) no es padre biológico de (...)» (sólo cursivas y aclaraciones nuestras).

Como se puede apreciar, el *a quo* afirma «tener convicción plena», sin embargo, existen serios déficits de conocimientos jurídicos, lo cual no puede suceder, puesto que dicho desconocimiento traerá consigo serios perjuicios, *máxime* cuando se ponen en debate un derecho de carácter fundamental: *identidad*.

### **9.2.1. El silencio del CPC/1993, en cuanto al término «derecho indisponible»**

En nuestro ordenamiento procesal civil peruano, no existe una definición clara o precisa por lo que se deba entender «derecho indisponible». De ahí que la doctrina procesal nacional al llegar a tal término ha preferido guardar silencio o evadir su concepto o alcances (salvo raras excepciones<sup>395</sup>), limitándose tan sólo a señalar (repetir) una amalgama de procesos que supuestamente en ellos se ventilarían: ¿Quizás estamos ante un tabú jurídico o frente a una institución jurídica cuyo origen o significado es incierto? Dejaremos la respuesta a esta pregunta, para más adelante.

---

<sup>395</sup> Así, se señala: “Los derechos indisponibles son aquellos de carácter persona o personalísimos. Se trata de derechos no negociables, no *cesibles*, aun podríamos afirmar que se trata de derecho que no dependen de la autonomía de la voluntad y no pueden ser objeto de negocio jurídico por ser intrasmisibles en determinados casos, como por ejemplo las acciones que protegen al nombre (contestación, usurpación, exclusión, cambio o adición, impugnación judicial del cambio o adición del nombre), de negación de la paternidad matrimonial (artículo 363 del C.C.), de declaración judicial de paternidad extramatrimonial (artículo 402 del C.C.), invalidez de matrimonio por las causales de nulidad absoluta o de anulabilidad (artículos 274, 277 del C.C.), divorcio (artículo 349 del C.C.), etc.: IDROGO DELGADO Teófilo, *Derecho Procesal Civil. El proceso de conocimiento*, T. I, 2<sup>da</sup>. Ed., Fondo Editorial Universidad Antenor Orrego, Trujillo, 2014, pp. 345-346.

Sin embargo, dicho término jurídico («derecho indisponible»), no sólo se menciona en el dispositivo legal *in comento*, sino además está establecido en dos oportunidades más en nuestro CPC/1993. Veamos: **(i)** Cuando pese que los medios probatorios ofrecidos tiendan a establecer hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvencción o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos, el juez en vez de declararlos improcedentes, decide («puede») ordenar la actuación (*rectius*: admisión<sup>396</sup>) de los mismos, por cuanto el conflicto a resolverse se trata sobre «derechos indisponibles» o presuma dolo o fraude procesal (art. 190.2 CPC<sup>397</sup>), **(ii)** Cuando el Juez ante la solicitud de allanamiento (o reconocimiento), lo declara improcedente, porque lo que se está discutiendo versa sobre «derechos indisponibles» (art. 332.5 CPC<sup>398</sup>).

### 9.2.2. La ambigüedad de la Ley de Conciliación, respecto al término «derecho indisponible»

Si nos remitimos al art. 7 de la Ley de Conciliación —Ley N° 26872, modificado por el D. Leg. N° 1070 de fecha 28 de julio de 2008— (en

---

<sup>396</sup> A nuestro entender, el Juzgador no puede ordenar la actuación de un medio probatorio, sin antes éste no ha sido correctamente admitido al proceso.

<sup>397</sup> **Pertinencia e improcedencia.** -

«**Artículo 190.-** (...) Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer: (...) 2. Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvencción o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos.

Sin embargo, el Juez puede ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de *derechos indisponibles* o presuma dolo o fraude procesales» (cursivas nuestra).

<sup>398</sup> «**Art. 332.-** El Juez declara improcedente el allanamiento y ordena la continuación del proceso cuando: [...] 5. El conflicto de intereses comprende de *derechos indisponible* [...]» (cursivas nuestra).

adelante LC), evidenciamos que aquella prescribe que son objeto de conciliación «las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos *disponibles de las partes*», siendo improcedente la conciliación de las demás pretensiones «que no sean de *libre disposición por las partes conciliantes*»<sup>399</sup> (art. 7-A, literal j).

Si bien dicha Ley, no señala taxativamente que materias (entiéndase: pretensiones) no serían conciliables por tratarse de «derechos indisponibles», es su Reglamento, sí lo efectúa, pero de una manera poco feliz, cuando en su art. 8 prescribe cuales serían aquellas materias no conciliables por ser «indisponibles». Pasemos inmediatamente a transcribir dicho artículo:

**Art. 8.- Materia no conciliable. -**

«*Son materias no conciliables, la nulidad del acto jurídico, la declaración judicial de heredero, la violencia familiar, las materias que se ventilan ante el proceso contencioso administrativo y los procesos de impugnación judicial de acuerdos a que se refiere el artículo 139° de la Ley General de Sociedades y las pretensiones de nulidad a que se refiere el artículo 150° de la misma norma, por ser materias indisponibles, y todas aquellas pretensiones que no sean de libre disposición por las partes conciliantes*» (cursivas nuestras).

### 9.2.3. ¿Qué debe entenderse por «derecho indisponible»?

Como hemos podido constatar, ni el CPC/1993, ni la Ley de Conciliación y su Reglamento, nos han podido proporcionar una idea diáfana, de lo que se deba comprenderse por «derecho disponible», pues en el primer cuerpo legal aquella es inexistente, y en el segundo,

---

<sup>399</sup> Asimismo, la Ley de Arbitraje -D. Leg. N° 1071 - en su inciso 1 del artículo 2, refiere que: «Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho (...)».

de manera tambaleante equipara dicho término como una pretensión «no conciliable» o de no «libre disposición entre las partes».

Lo que sí estamos al tanto, y dejamos en total evidencia, es que el *Código Civil* italiano de 1942, ha sido el cuerpo legal que ya hacía referencia al término de «derecho disponible» (*diritto disponibile*), cuando en su art. 1996, prescribía que: «[p]ara transigir las partes deben tener la capacidad de disponer de los derechos que forman objeto del litigio. La transacción es nula si tales derechos, por su naturaleza o por expresa disposición de la ley, son sustraídos de la disponibilidad de las partes»<sup>400</sup>. Sin embargo, que los italianos hayan sido los primeros en consignar dichos términos en un cuerpo legislativo, no significa en lo absoluto, que no hayan tenido (o tengan incluso en la actualidad) problemas o inconvenientes ante la ambigüedad de aquellos.

Somos de la opinión que primero debemos saber que significa derecho disponible, para que de esta manera lleguemos a concluir, por exclusión que se significa derecho indisponible<sup>401</sup>. Así, consideramos que se debe entender por derechos disponibles aquellos que luego de ser adquiridos, pueden ser susceptibles de renuncia o negocio. Su característica principal, es que tienen un valor patrimonial (por ej. derecho de crédito), son alienables, cedibles, transigibles.

---

<sup>400</sup> **Codice Italiano**

**Art. 1996.-** «Per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite. La transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti».

<sup>401</sup> En lo referente a la doctrina brasileña, entre ellos, MARINONI Luiz Guilherme, CRUZ ARENHART Sérgio, MITIDIERO Daniel, *Novo Código de Processo Civile comentado*, ob. cit., p. 373, manifiestan el derecho indisponible es «aquel que no se puede renunciar o alinear».

En cuanto, a los derechos indisponibles, creemos que no habría problema en señalar que tienen una vinculación directa con los derechos fundamentales de la persona. Así, Luigi FERRAJOLI<sup>402</sup>, —al comentar sobre los derechos fundamentales—, refiere que aquellos son derechos «universales», es decir, reconocidos a todos en cuanto personas o ciudadanos, son «inalienables», «inviolables», «intransigibles», «personalísimos», e «indisponibles». Sobre esto último, agrega que tendrá una *indisponibilidad activa*, toda vez que no son alienables por el sujeto que es su titular: no puedo vender mi libertad personal o mi derecho de sufragio y menos aún mi propia autonomía contractual; y también una tendrá una *indisponibilidad pasiva*, ya que no son expropiables o limitables por otros sujetos, comenzando por el Estado: ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad o de mis derechos de autonomía.

El tema es sumamente controvertido, mucho más de lo que ya se ha advertido, lo que hace imposible abarcarlo en la presente investigación. Efectivamente, por lo pronto, sólo atinamos a señalar que la existencia de los derechos que por su propia naturaleza tienen carácter de indisponible, excepto de aquellos se encuentren tipificados en diversos cuerpos legales (CPC/1993, LC, LA) implica una enorme responsabilidad a los órganos jurisdiccionales, pues dicho término compuesto por tan sólo dos palabras, puede lograr a un sinfín de interpretaciones.

---

<sup>402</sup> FERRAJOLI Luigi, *Los derechos fundamentales de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 31-32.

También creemos que pueden existir derechos que por su naturaleza tienen el carácter de indisponibilidad, pero en que vida cotidiana son objeto de disponibilidad por las personas. Parece haber caído en un oxímoron de palabras: «derechos indisponibles pero disponibles». De ahí, que cabe preguntarse qué ocurre el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás derechos *inherentes* a la persona humana que por disposición legal son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión, y, por ende, de disponibilidad (art. 5 CPC/1984).

### **9.3. Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, éste no fue acompañado a la demanda**

Esa tercera salvedad, atañe directamente a la carga de prueba del demandante, y se circunscribe directamente a la actuación más transcendental de la parte activa en un proceso judicial, esto es, a la demanda.

En efecto, es indiscutible que sin un demandante no puede existir un proceso (*nemo iurex sine actore*), y lógicamente aquel tampoco podrá existir sin la presencia de una demanda que vea ahí plasmada una pretensión, y que ella contenga una serie de fundamentos fácticos y jurídicos. No obstante, que la demanda reúna con tales requisitos en lo absoluto garantiza que la pretensión en su oportunidad sea estimada. Para que ello ocurra es necesario que el demandante pruebe su pretensión, y es así, que algunas veces aquella requiere un documento en específico, como por ejemplo, en un proceso de declaratoria de herederos, si el demandante no adjunta la partida de nacimiento,

demostrando el parentesco con su alegado causante, es insostenible que el juez ampare su demanda.

A resumidas cuentas, la regla de la PLRV es inaplicable cuando la pretensión incoada por el demandante, no ha sido respaldada (entiéndase, ofrecida en la etapa postulatoria) por prueba documental<sup>403</sup>.

#### **9.4. El Juez declare, en resolución motivada, que no le producen convicción**

Tenemos que admitir que esta salvedad, resulta ser —como las otras— de enorme complejidad, que incluso puede ser objeto de una investigación independiente a la presente investigación, no obstante, trataremos de concentrar fuerzas al menos para proporcionar algunas ideas al respecto.

Empezaremos por una sentencia de la Corte Suprema, que señala que:

[l]a declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que el juez en resolución motivada adopte otro criterio<sup>404</sup>

En situación parecida, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema apuntó:

[s]i bien por imperio del artículo cuatrocientos sesentiuno del Código Procesal Civil la declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda; tal presunción no es absoluta, (*iure et iure*) sino la rebeldía del demandado *per se*, no puede servir de sustento para amparar sin más trámite la demanda; por el contrario,

---

<sup>403</sup> Cas. N° 5004-2011-Lima de fecha 19 de marzo de 2012, (*El Peruano*, 04 de julio de 2012), apuntó: «Sétimo: (...) Los órganos de instancia al valorar el material probatorio han arribado a la conclusión que el demandante no ha adjuntado medio probatorio alguno que acredite la titularidad del predio, por lo que resulta irrelevante para los fines del proceso la declaración de rebeldía de la parte demandada si antes el accionante no cumple con su deber de probar sus afirmaciones en el interior del proceso».

<sup>404</sup> Cas. N° 3314-2001 (*El Peruano*, 02/05/2002, p. 9356).

precisamente por tratarse de una presunción relativa, para que ésta cause convicción en el Juzgador acerca de la verdad de los hechos expuestos en la demanda, necesariamente lo expuesto deberá estar corroborado con otros medios de prueba, de tal modo que el Juez tenga convicción acerca de los hechos que son materia de la demanda; pues de lo contrario resultaría extremadamente grave para el emplazado y hasta constituiría un atentado al debido proceso, imponer semejante sanción por el simple hecho de que el demandado, en ejercicio de su derecho, haya resuelto no contestar la demanda<sup>405</sup>.

A tenor de lo mencionado, tenemos que tal dispositivo legal regula otra excepción a la aplicación de la PLRV que, en buena cuenta, deja entrever al menos dos cuestiones que deberán tomarse en cuenta: a) Que la aplicación de la PLRV se encuentra supeditada a la «convicción» del juzgador respecto a los medios probatorios ofrecidos, admitidos y actuados en el proceso<sup>406</sup>, y b) Que, de no ser así (es decir, de no causar convicción al juzgador), dicha resolución deberá ser motivada.

En cuanto a la primera cuestión, debemos señalar que el legislador no ha condicionado en absoluto al juez cómo dicha «presunción» debe influir en el resultado de la decisión, sino que es el propio órgano judicial que, en una última, deberá decidir en aplicar o no (en base a su «convicción») la presunción relativa de veracidad de los hechos expuestos en la demanda.

---

<sup>405</sup> Cas. 570-2006-Lima de fecha 15 de noviembre de 2006.

<sup>406</sup> Respecto a este artículo, el profesor BARBOSA MOREIRA manifiesta esta «última disposición no tiene equivalente en el texto de mi país, pero quizá se puedan incluir en su ámbito de incidencia algunas hipótesis que la doctrina brasileña suele mencionar para subrayar la naturaleza relativa (no consagrada *expressis verbis* en nuestra ley) de la presunción legal: así, por ejemplo, el carácter manifiestamente inverosímil o absurdo de la alegación contenida en la demanda, o la notoria falsedad del hecho alegado»: BARBOSA MOREIRA José Carlos, *Coincidencias y diferencias del nuevo Código Procesal Civil peruano frente a la legislación brasileña*. En: *Temas de Direito Processual*, Sexta Serie, Saraiva, Sao Paulo, 1997, p. 270 ss., véase también en: Benabentos Omar A. (Dir.), *Derecho Procesal Civil y Comercial*, editorial Juris, Argentina, 2000, p. 56.

Sin embargo, el legislador, ha dejado en claro, que la única condición para que el Juez no aplique la susodicha presunción relativa de verdad, como consecuencia de la rebeldía, es que éste motive su decisión señalando que los medios probatorios plasmados en la demanda no le causan convicción.

Consideramos que esta imposición al juzgador, es *innecesaria*, pues tal función de motivación (o justificación) de las resoluciones judiciales, es consustancial a todos los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, lo que sí genera incertidumbre en demasía, es ¿cómo un juez podrá motivar/fundamentar debidamente su decisión, basándose en la presunción relativa de verdad de los expuestos en la demanda? ¿Será posible ello? ¿cómo controlar ese poder discrecional conferido al juzgador?

Creemos que, puede darse en caso, en que la decisión judicial pueda estar debidamente motivada, en tanto y en cuanto, ha existido una correcta verificación/corroboración de los hechos constitutivos de la demanda, en base a una valoración racional de la prueba. De tal suerte, que la aplicación o no de la presunción relativa de verdad, resulta por lo demás, redundante.

Sin embargo, el problema tiene gran impacto, cuando los hechos constitutivos de la demanda no están suficientemente probados, o inclusive carecen de material probatorio alguno. En este contexto, puede ser que el juez decisor, esté convencido o tenga certeza (o creencia

subjetiva)<sup>407</sup> que los hechos expuestos por el demandante son verídicos, entonces, que nada mejor, que aplicar la presunción relativa de verdad, regulada en el art. 461 del CPC, pero lógicamente que ello no libra del margen de error que pueda existir.

Creemos que, en estos casos, la decisión judicial no solamente carecería de racionalidad, sino que además aquella puede reputarse como «injusta», por cuanto, si bien se le ha dotado al juzgador de amplias facultades de discrecionales, esto no significa en lo absoluto, que sus decisiones no puedan ser arbitrarias o abusivas. Por tal motivo, es transcendental que el proceso bajo la óptica del Estado Constitucional de Derecho, dicho convencimiento<sup>408</sup> por parte del juzgador «debe estar guiado por reglas de lógica y por criterios que le permitan una formulación racional y controlable»<sup>409</sup>.

Pues de lo contrario, se dejaría una puerta abierta para que algunos órganos jurisdiccionales ante pruebas débiles e insuficientes, se apoyen en una actitud o comportamiento del demandado declarado rebelde, que en el *iter* procesal inclusive puede ser discordante, pues ser declarado en rebeldía, no obsta para que el demandado pueda actuar una eventual declaración de parte ofrecida por su adversario, que se admitan los medios probatorios extemporáneos.

---

<sup>407</sup> Aquí es importante tener en cuenta, que tener «certeza» sobre una afirmación de hecho, no lo torna «verdadero» (remítase al ítem 3, del Cap. III).

<sup>408</sup> Recordemos que para el profesor Juan Monroy, el término «convicción», constituye «el acto de convencimiento del juez sobre los hechos invocados por las partes a partir de los medios probatorios aportados. Para llegar a este grado, el juzgador debe seguir ciertas reglas que le permita valorar las pruebas de modo que su convicción no sufra deficiencias de orden lógico. Para su favorecimiento, el Código Procesal ha contemplado el sistema de libre valoración por el cual el juez decide sobre la impresión que le haya generado el material probatorio en su conjunto, debiendo expresa las valoraciones esenciales en la sentencia»: MONROY GÁLVEZ, *Diccionario Procesal Civil*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 67.

<sup>409</sup> TARUFFO Michele, *verdad y probabilidad en la prueba de los hechos*, ob. cit. p. 424.

De otro lado, es lamentable que para el CPC/1993, el demandado en un proceso civil declarado en rebeldía, es inmune a la enfermedad, o no puede estar impedido a ejercer su defensa por causas ajenas; sin que el perjudicado pueda hacer algo, para revertir la situación, y peor, cuando la decisión adquiere la «inmutabilidad» de la cosa juzgada.

#### **10. ¿Otra excepción a la regla?: En los procesos relativos o conexos de expropiación.**

Antes de establecer si esta última regla constituye otra excepción a la regla de la presunción relativa de la verdad de los hechos del demandante, consideramos necesario recordar que si bien es cierto, el derecho constitucional de propiedad es inviolable, y el Estado es quien lo garantiza, también es cierto, que aquel derecho no tiene un carácter absoluto, pues por motivos de seguridad nacional o necesidad pública —declarada por ley—, y previo pago en efectivo —es decir, pago dinerario— de indemnización justipreciada <sup>410</sup> —con inclusión de la compensación ante un eventual perjuicio—, se le puede expropiar a un propietario de su bien inmueble (art. 70 de la Constitución Política del Estado).

Es así, que esta excepción mencionada anteriormente, salta a luz en el artículo 524 del CPC, perteneciente al Sub-capítulo IV: Expropiación, Título II:

---

<sup>410</sup> La indemnización debe ser justipreciada, es decir, que debe ser determinada luego de evaluar el daño real que se produce con la expropiación. Esta indemnización no sólo consiste en el pago del valor de la casa, sino que requerirá una cantidad adicional para compensar el hecho de que la persona tenga que mudarse porque el Estado la expropió, que compense los días de trabajo que deja de asistir por la mudanza, etc. Son elementos en los que hay que pensar cuando nos encontramos con la compensación por el perjuicio: RUBIO CORREA Marcial, *Estudios de la Constitución Política de 1993*, t. III, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 374

«Proceso Abreviado», de la Sección IV: «Postulación del Proceso», dispositivo legal, que a la letra señala: «La declaración de rebeldía del demandado hace presumir únicamente su conformidad con el valor de la tasación comercial actualizada acompañada a la demanda»<sup>411</sup>.

En ese sentido, debemos tener en consideración que dicho Sub-Capítulo, antes referido, no hace referencia exclusivamente a la pretensión de expropiación, es decir, al Estado como demandante, y expropiado como demandado, sino que también a pretensiones derivadas o conexas con la expropiación, como por ejemplo la pretensión de posesión posesoria (art. 530 del CPC), reversión del bien expropiado (art. 532 del CPC), o nulidad de la expropiación (art. 5.3 del D. Leg. N° 1192).

Así las cosas, tenemos que sólo en el proceso de expropiación —en donde necesariamente debe presentarse la tasación debidamente motivada—, si la parte demandada es declarada en rebeldía —nos referimos al sujeto expropiado—, y por consiguiente, no ha cumplido con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 522 del CPC que prescribe: «La contestación debe cumplir con los requisitos del artículo 442, y sólo puede sustentarse: [...] 3.- Disconformidad con la tasación comercial actualizada», la consecuencia jurídica será que únicamente se «presuma» su conformidad o aprobación del valor de la tasación comercial actualizada practicada por la Dirección de Construcción de la Dirección General de Políticas y Regulación en Construcción y Saneamiento o entidad competente (*vid.* artículo 4.12 del D. Leg. N° 1192) respecto al bien expropiado a la fecha de la resolución ejecutora de la expropiación, conforme lo dispuesto en el inciso c) del artículo 28.1 del

---

<sup>411</sup> Dicho artículo fue modificado por la Única Disposición Modificatoria de la Ley N° 27117, del 15 de mayo de 1999.

Decreto Legislativo antes señalado<sup>412</sup>, siendo que dicha valor de la tasación incluye el valor comercial actualizado del inmueble, y del perjuicio económico causado, es decir, incluye una eventual indemnización por el perjuicio producido, que comprende únicamente al lucro cesante y daño emergente, en otras palabras, sólo alcanza el daño de carácter patrimonial, excluyéndose expresamente el relativo al daño extrapatrimonial (*vid.* art. 13 y ss. del D. Leg. N° 1192).

Entonces, podemos concluir mencionando que en los procesos relativos conexos al de expropiación —como los mencionados líneas precedentes— es inaplicable la presunción relativa de la verdad de los hechos expuestos en la demanda, haciendo notar que en aquellos casos el único y exclusivo beneficiario —y privilegiado— es el Estado, en el sentido, que al ser sujeto pasivo (demandado) ante un eventual proceso de nulidad de expropiación, reversión de expropiación o posesión provisoria, y declararse la rebeldía de este, nunca se tomaran por ciertos los hechos alegados del demandante, esto es, al sujeto expropiado.

#### **11. Presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en el acta de conciliación, según la Ley N° 26872**

No siendo suficiente la «presunción relativa» sobre la «verdad» de hechos expuestos en la demanda (art. 461 del CPC/1993), el legislador al promulgar la Ley de Conciliación (Ley N° 26872) modificado por el D. Leg. N° 1070, de fecha

---

<sup>412</sup> Es preciso indicar que uno de los requisitos específicos de la demanda de expropiación, es que ella venga acompañada por: «Tasación debidamente motivada del valor comercial actualizado del bien a la fecha de la resolución ejecutora de la expropiación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de Expropiaciones». Empero, tal cuerpo legislativo ya ha sido derogado como puede verificarse en la Única Disposición Complementaria Derogatoria del D. Leg. N° 1192, publicado el 25 de agosto de 2015.

28 de junio de 2008, dispuso que la consecuencia de la no concurrencia a la Audiencia en el procedimiento conciliatorio, no sólo sea una multa no menor de dos ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal (URP), *sino* además que se tenga por ciertos en el proceso judicial los hechos expuestos en la Acta de Conciliación del invitante, o de los hechos expuestos en la formulación de la reconvención del invitado, aquellos reproducidos en la demanda, o en su eventual contrademanda (reconvención), respectivamente.

En efecto, si nos remitimos al art. 15 *in fine* de la Ley de Conciliación, podemos verificar que la misma señala lo siguiente:

[...] 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 reconvención, en el supuesto que el solicitante no asista [...].

En ese sentido, es válido interrogarse qué sucedería en el supuesto de concurrencia o confluencia de las «presunciones relativas» de «verdad» de los hechos contenidos en el acta de conciliación y en la demanda, al amparo de la última parte del art. 15 de la Ley de Conciliación, y del art. 461 del CPC/1993. Quizás el funesto y absurdo resultado sería: ¿la presunción relativa de verdad<sup>2?</sup> o aquella presunción relativa ¿se convertiría en «absoluta»?

Admitir la existencia de una doble presunción relativa de la verdad, daría pie a pensar —aunque erróneamente— que, por mandato legal (art. 15 *in fine* LC y art. 461 CPC/1993), quien decida la controversia jurídica sería el legislador, y no el propiamente el Juez, retomando a un deplorable sistema de prueba

legal<sup>413</sup> o tasada, que tanto nos costó salir; sin embargo, ello no es así. Creemos, que el Juez debe ser minucioso en la corroboración de los enunciados fácticos expuestos en la demanda, y tener en consideración lo estipulado en el art. 196 del CPC/1993, esto es, que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, y evitar principalmente que la no concurrencia a la Audiencia de Conciliación o la no contestación de la posterior demanda, juegue un rol importante en lo que solamente el órgano judicial, en base a una valoración conjunta y racional de los medios probatorios, y así, emita una decisión justa.

## 12. Inaplicación de la «presunción relativa» de la verdad de los hechos expuestos en la solicitud de arbitraje

Es paradójico que la Ley de Arbitraje (Ley N° 29157) modificado por el D. Leg. N° 1071, de fecha 28 de junio de 2008, sea inaplicable la presunción relativa de la verdad de los hechos contenidos en la solicitud de arbitraje.

En efecto, según el art. 46 de nuestra la Ley de Arbitraje, a la letra señala:

**Art. 46.- Parte renuente.** Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando sin alegar causa suficiente a criterio del tribunal arbitral: a. El demandante no presente su demanda en plazo, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones, a menos

---

<sup>413</sup> En cuanto al efecto material de la rebeldía, nos interrogamos si aquella **¿constituye prueba legal?** Creemos que la naturaleza de dicha disposición no constituye en absoluto prueba legal, toda vez que el hecho de tomar como *verídicos* los enunciados fácticos expuestos por el demandante en su demanda, ante la no contestación de esta por parte demandado (rebelde), no implica *per se* una obligación legal impuesta al Juzgador. Es decir, aquí el legislador no juega un rol preponderante activo (como lo hacía antiguamente, en el sistema de prueba legal o tasada), sino que se ha dotado al órgano jurisdiccional de una amplísima facultad discrecional, para que él (solamente él) evalúe si dicha conducta o comportamiento procesal del rebelde es susceptible para considerar a las afirmaciones sobre los hechos plasmados en la demanda como *veraces*. Lo expuesto, podrá corroborarse de lo esbozado por el art. 461, inc. 4 del CPC/1993, que prescribe: «La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que: (...) El Juez declare, en resolución motivada, que no le producen convicción».

que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión.  
b. El demandado *no presente su contestación en plazo*, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, *sin que esa omisión se considere como una aceptación de las alegaciones del demandante*. c. Una de las partes no comparezca a una audiencia, no presente pruebas o deje de ejercer sus derechos en cualquier momento, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas que tenga a su disposición. (las cursivas son nuestras)

Como puede observarse, el Tribunal arbitral continuará con las actuaciones correspondientes, sin que la no contestación de la demanda en el plazo dado, se considere como una aceptación de las alegaciones del demandante.

Lo cierto es que dicho dispositivo legal tiene semejanza en demasía en lo estipulado por el art. 31 de Ley de Arbitraje de España (Ley 60/2003) de fecha 23 de diciembre de 2003, que taxativamente establece:

**Art. 31.- Falta de comparecencia de las partes.**

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin alegar causa suficiente a juicio de los árbitros:

- a) El demandante no presente su demanda en plazo, los árbitros darán por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión.
- b) El demandado no presente su contestación en plazo, los árbitros continuarán las actuaciones, sin que esa omisión se considere como allanamiento o admisión de los hechos alegados por el demandante.
- c) Una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas, los árbitros podrán continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas de que dispongan.

Sobre el dispositivo legal foráneo citado, PÉREZ-LLORCA, refiere “[s]i la falta de presentación de la demanda conlleva, en principio, la terminación del procedimiento arbitral, no ocurre lo mismo con la no presentación de la contestación a la demanda. En efecto, para estos supuestos la Ley de Arbitraje señala que los árbitros continuarán las actuaciones, sin que se tenga por allanada a la parte demanda, ni por admitidos los hechos expuestos en la demanda [...] Los árbitros, por el mero hecho de haber aceptado su designación, vienen obligados a resolver la controversia que les ha sido

planteada. Si una de las partes decide no actuar, frente al interés legítimo de la otra parte de que el procedimiento continúe su curso, los árbitros deberán hacer frente a su encargo, y resolver con arreglo a las alegaciones efectuadas y a la prueba practicada. Por otra parte, obsérvese que las consecuencias que la Ley de Arbitraje prevé a la falta de actuación o de competencia de las partes sólo pueden ser evitadas por acuerdo en contrario de las partes, no de los árbitros. No obstante, nada impide que las partes acuerden facultar a los árbitros para la toma de la decisión que estimen oportuno. Y es que debe reiterarse que las partes son las auténticas soberanas del procedimiento arbitral”<sup>414</sup>.

Todo ello, nos permite hacernos la siguiente interrogante, que valgan verdades, son totalmente fundadas: ¿Cómo es posible que en la justicia civil la no contestación de la demanda puede ocasionar el reconocimiento tácito de los hechos expuestos en la demanda, a diferencia con la justicia arbitral, cuando ambas concluyen con una decisión (sentencia judicial o laudo arbitral) con la autoridad de cosa juzgada<sup>415</sup>?

### **13. *Excursus*: artículos 507 y 508 del CPC ¿únicos supuestos de (sobre) protección al rebelde?**

Los dispositivos legales que serán brevemente analizados en este apartado, son dispositivos legales remisivos. Así, el art. 507 del CPC/1993 contiene dos supuestos por el se solicitará dictamen del Ministerio Público (dentro de diez días, bajo responsabilidad) antes de pronunciar sentencia. Estos son:

---

<sup>414</sup> PÉREZ-LLORCA José Pedro, Comentario al artículo 31 de la Ley de Arbitraje. Falta de comparecencia de las partes. En: GONZÁLEZ SORIA Julio, Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje, 2da ed., Aranzadi-Thomson Reuters, España, 2011, p. 446-448

<sup>415</sup> «Art. 59.- [...] 2. El laudo produce efectos de cosa juzgada».

(i) El primero, ocurre en los supuestos previstos en el «segundo párrafo del artículo 506», es decir, ante el emplazamiento a un demandado indeterminado, incierto o con domicilio o residencia ignorados (art. 435 CPC/1993) y siempre que se trate de «predios rústicos», se efectuará asimismo notificación por radiodifusión por cinco días consecutivos como dispone el artículo 169. (ii) Y el segundo supuesto se configura cuando «*el emplazado haya sido declarado en rebeldía*».

A nosotros, ahora nos importa éste último supuesto, que hace referencia cuando en un proceso de prescripción adquisitiva de dominio, título supletorio o rectificación de áreas y linderos, el sujeto pasivo («entiéndase: emplazado») es declarado en rebeldía, antes de emitirse la decisión final (sentencia) se remitirá el expediente judicial al Ministerio Público (Fiscalía Provincial Civil o Mixta, sea el caso) para que un plazo de 10 días emita dictamen fiscal, bajo responsabilidad.

Así vistas las cosas, es menester preguntarse lo siguiente: ¿realmente es necesario la emisión de dictamen fiscal en tal supuesto de hecho? o ¿cuáles son fundamentos para remitir el expediente judicial al Ministerio Público a pesar que su dictamen no tiene carácter vinculante?

Lo cierto es que en diversas ocasiones la remisión del expediente judicial de los procesos civiles antes aludidos, puede traer consigo efectos perniciosos al demandante, puesto que al cumplirse lo estipulado en el texto normativo, ello traerá el retardo en la emisión de la sentencia, o porque al incumplirse tal dispositivo legal, la sentencia ante una eventual apelación o consulta, puede verse *anulada*, ordenándose que el juzgado de origen remita tal expediente judicial conforme lo prescrito en el artículo 507 del CPC.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento procesal, ya existe líneas jurisprudenciales (a nivel de Corte Suprema<sup>416</sup>) que refiere que la no remisión del expediente al Ministerio Público no genera *per se* la nulidad de la sentencia<sup>417</sup>.

En efecto, cabe precisar que, si bien el dictamen fiscal posee efectos meramente ilustrativos para el juzgador —que tiene el *deber* de resolver los litigios por él asumido, con absoluta *independencia judicial*—, su remisión o no, acarreará una consecuencia jurídica trascendental en el proceso, pues determinará la elevación en consulta a la Corte Superior, en tanto y en cuanto el dictamen fiscal haya sido «desfavorable» (infundabilidad o improcedencia de la pretensión) al demandante y siempre que dicha resolución no sea susceptible de apelación; por lo que la Sala Superior tiene dos opciones: aprobar o desaprobar tal sentencia.

---

<sup>416</sup> Es interesante lo esbozado por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, que señala: «[e]ste Supremo Colegiado, considera que la omisión del dictamen fiscal en las instancias inferiores, no causa perjuicio relevante para el recurrente, pues éste no vio limitado el ejercicio de su defensa en las instancias de mérito; a lo expuesto se debe resaltar que el sustento esencial de la sentencia de vista, no es determinar el fondo de la controversia, sino por el contrario que la presente demanda ha sido erróneamente encaminada; por consiguiente, la remisión al Ministerio Público para que se expida el dictamen respectivo en la segunda instancia, en nada cambiaría la decisión del *Ad quem*, conforme se puede apreciar de los argumentos contenidos en dicha sentencia» (Cas. 4666-2015 Huará, *El Peruano*, 30 de junio de 2017, pp. 94746-94748).

<sup>417</sup> La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema señaló: «Noveno: Igualmente, sobre la irregularidad descrita en el punto c) se acusó la falta de emisión del dictamen del Ministerio Público, conforme dispone el artículo 507 del Código Procesal Civil; sin embargo, es de anotarse que, en reiteradas oportunidades, esta Corte de Casación ha señalado que el dictamen es meramente ilustrativo de acuerdo con el artículo 89-B de la Ley Orgánica del Ministerio Público y; por ende, su omisión no acarrea la nulidad» (Cas. N° 2393-2001-La Libertad, de fecha 11 de setiembre de 2002: extraído de *Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Año Judicial 2002, Tomo XCI, Centro de Investigaciones Judiciales, Lima, 2008, pp. 153-157).

## **CAPÍTULO IV**

# **UNA MIRADA A LA REBELDÍA DESDE EL DERECHO COMPARADO**

## **UNA MIRADA A LA REBELDÍA DESDE EL DERECHO COMPARADO**

**SUMILLA:** I.- Notas Introdutorias. 1.- Modelo Portugués: *Código de Processo Civil* de 2013. 2.- Modelo Italiano: *Codice di Procedura Civile* de 1940/1942. 3.- Modelo Francés: *Code de Procédure Civile* de 1975. 4.- Modelo Alemán: El ZPO o *Zivilprozessordnung*. 5.- Modelo Austriaco: El ZPO o *Zivilprozessordnung*. 6.- Modelo Español: Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC/2000). 7.- Modelo Brasileiro: *Código de Processo Civil* de 2015. 8.- Modelo Chileno: El Código de Procedimiento Civil de 1902. 9.- Modelo Colombiano: Código General del Proceso de 2012/2016. 10.- El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

### **I. Notas Introdutorias**

Remitámonos ahora de manera sucinta, a la manera cómo ha sido regulada la institución jurídica procesal de la rebeldía y sus efectos jurídicos en otros ordenamientos jurídicos, esencialmente en América Latina y Europa. Comenzaremos por algunos países del viejo continente, después por algunos de América Latina, para que finalmente, nos remitamos al Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

## 1. Modelo Portugués: *Código de Processo Civil* de 2013

El país lusitano mediante Ley 41/2013 de fecha 26 de junio de 2013, publicó en el «Diário da República» —concretamente en el Diario N° 121, Primera Serie, pp. 3518 - 3665—, lo que vendría ser su *novo Código de Processo Civil*, el cual entró en vigencia el primero de setiembre del mismo año, dejando atrás de esta forma, el anterior *Código de Processo Civil* de 1961, que fuera aprobado por el Decreto Ley 44.129 de fecha 28 de diciembre de 1961, y sus diversas modificaciones dadas entre los años 1977 y 2008.

En este cuerpo legislativo la rebeldía se encuentra regulada por los arts. 566 a 568, pertenecientes al Capítulo II, Título I «Do Articulados», del libro III, denominado «Do processo de declaração». Es así, que el art. 566 de dicho cuerpo legislativo —de igual manera como lo regulaba el art. 483 del CPC anterior de 1961—, apunta:

«**Art. 566.-** Si el demandado, además de no deducir alguna oposición, no instituye a un mandatario en la intervención de alguna forma en el proceso, el tribunal verificará si la citación fue realizada con las formalidades legales y ordenará su repetición cuando encuentre irregularidades»<sup>418</sup> (trad. libre)

Se verifica que para el referido código instrumental tiene vital trascendencia el «acto de comunicación» destinado al demandado, siendo un *deber* del tribunal verificar que tal citación haya sido realizada con todas las formalidades legales, de lo contrario deberá ordenar la repetición de dicha citación, pero ahora sí en forma regular.

De otro lado, nos remitimos al art. 567 del mismo código, que a la letra señala:

---

<sup>418</sup> Art. 566: «Se o réu, além de não deduzir qualquer oposição, não constituir mandatário nem intervier de qualquer forma no processo, o tribunal verifica se a citação foi feita com as formalidades legais e ordena a sua repetição quando encontre irregularidades».

**Art. 567.-** 1. Si el demandado no contesta, habiendo sido o debiendo considerarse citado regularmente en su propia persona o habiendo incorporado en procuración a un mandatario judicial en el plazo de la contestación, se considerarán confesados los hechos enunciados por el demandante; 2. El proceso está aprobado para un examen por el plazo de 10 días, primero al abogado del demandante y después al abogado del demandado, para que aleguen por escrito, e inmediatamente será proferida la sentencia, juzgando la causa conforme corresponda el derecho; y 3. Si la resolución de la causa revistiera una manifiesta simplicidad, la sentencia se puede limitar a la parte decisoria, precedida de la necesaria identificación de las partes y de la fundamentación sumaria de lo juzgado<sup>419</sup>. (trad. libre)

Como puede apreciarse, en el apartado 1 del art. 567 —de igual manera como lo regulaba el apartado 1 del art. 484 del CPC derogado de 1961— si el demandado no contestó la demanda pese haber sido citado de forma regular, e incluso habiéndose incorporado en procuración a un mandatario judicial en el plazo de la contestación, se considerará “*confesados los hechos enunciados por el demandante*”, es decir, dicho código procesal civil lusitano da luz verde a lo que consideramos viene a constituir una ficción jurídica.

Sin embargo, el efecto jurídico de «confesión» de los hechos constitutivos efectuados por el demandante, como toda regla general, tiene su excepción o salvedad, siendo aquellas prescritas en el artículo siguiente —de igual forma como lo regulaba el artículo 485 del CPC anterior de 1961<sup>420</sup>—, que prescribe:

---

<sup>419</sup> Art. 567: «1. Se o réu não contestar, tendo sido ou devendo considerar -se citado regularmente na sua própria pessoa ou tendo juntado procuração a mandatário judicial no prazo da contestação, consideram -se confessados os factos articulados pelo autor. - 2. 2 – O processo é facultado para exame pelo prazo de 10 dias, primeiro ao advogado do autor e depois ao advogado do réu, para alegarem por escrito, e em seguida é proferida sentença, julgando a causa conforme for de direito. - 3. Se a resolução da causa revestir manifesta simplicidade, a sentença pode limitar -se à parte decisória, precedida da necessária identificação das partes e da fundamentação sumária do julgado».

<sup>420</sup> Si retrocedemos en el tiempo, y nos remitimos al *Código de Processo Civil* de 1939, cuya principal elaboración fue realizada por el reconocido jurista José Alberto DOS REIS, considerado por

**Art. 567.-** No se aplicará lo dispuesto en el artículo anterior: a) Cuando, habiendo varios demandados, alguno de ellos contestase, en lo relativo a los hechos que el contestante impugna; b) Cuando el demandado o algún de los demandado sea incapaz, situándose la causa en el ámbito de la incapacidad, o hubiera sido citado por edictos y permanezca en la situación de rebeldía absoluta; c) Cuando la voluntad de las partes sea ineficaz para producir el efecto jurídico que por acción se pretenda obtener; y d) Cuando se trate de hechos que para cuya prueba se exija documento escrito<sup>421</sup>. (trad. libre)

---

algunos como el «Chiovenda lusitano», o el «pai do Código de Processo Civil Português», verificamos que dicha conminación al rebelde ya se encontraba establecida. Sobre el particular y sobre la marcada influencia del publicismo en dicho estamento procesal, véase la tesis de maestría de MARIA MARQUES, de la Universidad de Coímbra (Portugal), quien nos dice que DOS REIS fue indudablemente el principal responsable de la incursión del publicismo en Portugal. El mencionado profesor, si bien procuró aplicar el principio publicista de forma cautelosa, no obstante, defendió «sanciones excesivamente severas», como, la consagrada por la falta de colaboración de las partes en el processo (art. 524 CPC/1939). Tal profesor portugués defendía que los hechos se deberían, desde luego, considerarse *confesados*. Más allá de conducir a resultados que a menudo se revelaban contrarios a la verdad, desvirtuaba las normas de la carga de la prueba. Agrega la autora que, lo mismo no se puede afirmar sobre la sanción impuesta en caso de *rebeldía del demandado*. Ahora bien, citando textualmente a DOS REIS José Alberto, *O Novo Código de Processo Civil Português, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento VI, Coimbra, 1945, p. 342, expresa que él manifestaba lo siguiente: «la rebeldía del demandado aparece ante los ojos del legislador como una situación anómala y patológica, que compromete el final último del proceso y que urge eliminar por todas las formas. El medio más eficaz y enérgico consiste en hacer sufrir al rebelde una consecuencia grave, que puede ir desde la confesión implícita de la materia de hecho alegada por el demandante hasta la confesión tácita de la propio demanda». Termina señalando nuestra autora, que en la actualidad en su país (en el vigente Código Procesal Portugués) existe un sistema de *ficta confessio*, considerando que deberían volver al régimen de *ficta litis contestatio* y, de este modo, hacer valer la carga de la prueba que recae sobre el demandante, pues defender lo contrario, significaría aliviar totalmente al demandante de probar los hechos por si alegados, significando ello, una espeluznante desconsideración por la verdad de los hechos, defendiendo una sanción manifiestamente excesiva e inadecuada, así como revelará una insostenible desigualdad entre demandante y demandado. En forma de síntesis: la sanción efectiva positivizada es materialmente injusta y procesalmente incongruente. *Vid.* MARIA MARQUES Débora Santa, *O processo civil e a colaboração de terceiros, Dissertação de Mestrado na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Processual Civil, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2015, pp. 17-18.

<sup>421</sup> Art. 567: Não se aplica o disposto no artigo anterior: a) Quando, havendo vários réus, algum deles contestar, relativamente aos factos que o contestante impugnar; b) Quando o réu ou algum dos réus for incapaz, situando-se a causa no âmbito da incapacidade, ou houver sido citado editalmente e permaneça na situação de revelia absoluta; c) Quando a vontade das partes for ineficaz para produzir o efeito jurídico que pela ação se pretende obter; d) Quando se trate de factos para cuja prova se exija documento escrito.

## 2. Modelo Italiano: *Codice di Procedura Civile* de 1940/1942

En el *Codice di Procedura Civile*<sup>422</sup> que derogó el de 1865<sup>423</sup>, la rebeldía es considerada como un comportamiento «neutral»<sup>424</sup>, es decir, que la no constitución de una parte al juicio, no es considerada como reconocimiento tácito de las alegaciones del demandante, por lo contrario, se ha optado por el principio, procedente del derecho francés: *ficta contestatio*, por el cual se finge, la negación o disconformidad de los hechos alegados por el demandante, ante la no constitución del demandado, declarado en rebeldía<sup>425</sup>.

La rebeldía regulada en el Código Procesal italiano de 1942, se da esencialmente por la incomparecencia de una parte a audiencia ante el Juez instructor (véase los arts. 171, 291, y 303.3 CPC/1942).

---

<sup>422</sup> Fue publicado el 28 de octubre 1940, pero entró en vigor desde el 21 de abril de 1942.

<sup>423</sup> El artículo 384 de tal *Codice*, señalaba que «(...) *la sentenza, che dichiara la contumacia, pronunzia sulle conclusioni della parte istante (...)*». Así, MORTARA Lodovico, *Manuale della procedura civile*, v. I, 5ª edizione, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1906, p. 469, manifestaba que en el *Codice di Procedura Civile* de 1865, la contumacia no tiene valor de confesión, ni es castigado de ninguna manera. Por su parte, D'ONOFRIO Paolo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil* [1933], trad. José Becerra Bautista, Editorial Jus, México, 1945, p. 224, refería que teóricamente hablando, la rebeldía puede ser considerada bajo dos puntos de vista. Puede constituir al rebelde, sin más, en una condición peor en derecho (*contra contumaces omnia jura clamant*), o bien, puede dejar intacta su condición jurídica y, en cierto modo, mejorarla respecto a la parte que se presentó. Nuestro Código -refiriéndose al anterior del 1942- sigue este segundo sistema; no pocas de las leyes posteriores tienden a empeorar la situación del contumaz.

<sup>424</sup> Ampliamente en, PROTO PISANI Andrea, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel Processo Civile*. En. AA.VV. *Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial*, Fredie Souza Didier Jr. & Eduardo Ferreira Jordão (coord.), Editora Jus Podivm, Salvador, 2007, pp. 89-97.

<sup>425</sup> Por ello, Gian Antonio MICHELE, *Curso de Derecho Procesal Civil*, t. II, trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1970, p. 212, refería que la «“contumacia” no se considera, en nuestro proceso, como un comportamiento relevante para la formación de la convicción del juez sobre los hechos de la causa y en general sobre el fundamento de la pretensión de la parte contumaz; ella no determina, en absoluto, el reconocimiento del fundamento, aunque sea de hecho, de la demanda de la contraparte (la denominada *ficta confessio* de otros periodos históricos y de otros procesos modernos), y por tanto no puede ser valorado como confesión o admisión de los hechos de la contraparte. La contumacia no comporta tampoco una ilicitud, como consecuencia de la inobservancia de la orden del juez; se ha visto, por lo demás, que el inicio del proceso está sustraído a los poderes de iniciativa del juez». Finalmente, dicho autor, señala que debe por eso distinguirse bien de la contumacia tanto las hipótesis de ausencia de una de las partes del proceso como los casos en que el juez puede sacar elementos para la formación de la propia convicción del comportamiento procesal de las partes, *ibíd.* p. 213.

### 3. Modelo Francés: *Code de Procédure Civile* de 1975

Sin duda alguna, el vigente *Code de Procédure Civile* francés de 1975, que entró en vigencia el primero de enero de 1976, derogó uno de los más importantes cuerpos legales de comienzo de pleno siglo XIX, esto es el *Code* de 1806<sup>426</sup>.

Se menciona que el objetivo de la reforma procesal francesa era un cambio de cultura procesal. De acuerdo a los escritores de textos franceses, el actual Código intenta conducirse por un camino intermedio entre el procedimiento adversarial y el inquisitorio. De hecho, de acuerdo a LOÏC CADIET, ésta no es la manera correcta de describir el proceso del nuevo Código, el cual apunta a una cooperación legítima entre jueces, abogados y procuradores para beneficio de los litigantes. A modo de ejemplo, un nuevo tipo de juez fue creado a fin de habilitar al tribunal para realizar la dirección del proceso, este es, el *juge de la mise en état*. Su tarea fue –y es– asegurar una investigación comprensiva y balanceada del caso. El procedimiento previsto por el código es una mezcla de elementos orales y escritos. Otra característica de la reforma fue la formulación de los llamados “Principios Rectores del Proceso” (*principes directeurs du procès*), contenidos en la primera parte del nuevo

---

<sup>426</sup> La doctrina mayoritaria reconoce que el *Code* de 1806, tuvo gran inspiración en la Ordenanza de 1667.

Código de Procedimiento Civil, aquellos cumplen el objetivo específico de formar el marco para la interpretación del resto del nuevo Código<sup>427-428</sup>.

En cuanto a nuestro tema, el *Code* regula la institución procesal de la «oposición», la cual está dirigida a obtener la *revocación* de una sentencia dictada en rebeldía<sup>429</sup>.

Es así, que mediante dicho mecanismo —que dicho sea de paso, sólo puede ser interpuesta por única vez por el rebelde<sup>430</sup>—, se vuelve a someter al mismo tribunal las cuestiones resueltas, procediéndose a un nuevo enjuiciamiento fáctico y jurídico, por ello, el rebelde habrá de expresar sus fundamentos.

#### 4. Modelo Alemán: El ZPO o *Zivilprozessordnung*

El Código Procesal Civil Alemán (*Zivilprozessordnung*, en adelante ZPO), específicamente en el § 331<sup>431</sup>, prescribe que si el demandado no comparece a

---

<sup>427</sup> VAN RHEE Remco, *European traditions in Civil Procedure: an introduction*, In: Revista de Estudios de la Justicia, N° 15, Año 2011, Chile, p. 30, refiere además que el nuevo Código francés está organizado de acuerdo a un plan mucho más racional que el antiguo código de 1806. El nuevo Código entrega, en su parte general contenida en su Libro I, un patrón básico del procedimiento civil aplicable a todos los tribunales. Le siguen en su Libro II las normas de aplicación particular a un procedimiento específico en un tribunal determinado. Las materias sobre cuestiones particulares son el tema del tercer libro. Otra característica moderna del nuevo Código francés es que su terminología es exacta: las palabras específicas siempre deben tener el mismo significado. Esta racionalización contribuye a la eficiencia del procedimiento, apuntó.

<sup>428</sup> Sobre el particular, es recomendable revisar el trabajo de LOÏC CADIET, intitulado: *Le nouveau Code de Procédure civile français, vingt-cinqans après* (El nuevo Código procesal civil francés veinticinco años después), en: Revista Derecho PUCP, N° 53, Lima, 2000, pp. 669-718.

<sup>429</sup> Art. 476: «Le jugement rendu par défaut peut être frappé d'opposition, sauf dans le cas où cette voie de recours est écartée par une disposition expresse».

Art. 574: «L'opposition tend à faire rétracter un jugement rendu par défaut. Elle n'est ouverte qu'au défaillant».

<sup>430</sup> Art. 578: «Celui qui se laisserait juger une seconde fois par défaut n'est plus admis à former une nouvelle opposition».

<sup>431</sup> El ZPO alemán, en su § 331, prescribe lo siguiente: «Sentencia en rebeldía contra el demandado: 1.- En caso de que el actor solicite sentencia en rebeldía en contra del demandado incompareciente en término a la audiencia, deben tenerse por admitidas las alegaciones del actor relativas a los hechos. Esto no rige para las alegaciones relativas a competencia del tribunal, de acuerdo con el § 29 apartado 2 y el § 38» (traducción extraída en: PÉREZ RAGONE Álvaro & ORTIZ PRADILLO Juan Carlos, *Código Procesal Alemán (ZPO)*, traducción con un estudio

la audiencia, a petición del demandante, se puede dictar sentencia contumacial, teniéndose por admitidas las alegaciones del actor relativas a los hechos. Tal consecuencia se dará cuando esté en juego o discusión «derechos disponibles».

Sobre lo expuesto, Adolf SCHÖNKE (1908-1953), manifestaba que, en virtud de la relación jurídica procesal, las partes quedaban obligadas a cooperar en la rápida resolución del litigio. Si una de ellas infringe este deber dejando de comparecer en algún término, o no actuando en los debates, se producen entonces diversas consecuencias, que son características de la inactividad (contumacia, rebeldía). La incomparecencia del demandado lleva como consecuencia considerar como confesados los hechos alegados por el demandante en el debate oral (§ 331)<sup>432</sup>. Sin embargo, dicho autor reconoce el remedio especial de la oposición<sup>433</sup>, que actualmente se encuentra regulado en el § 514 apartado I, del ZPO.

---

*introducción al proceso civil alemán contemporáneo, Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2006, pp. 246.*

<sup>432</sup> SCHÖNKE Adolf, *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., trad. Prieto L. Castro, Editorial Bosch, Barcelona, 1948, p. 283.

<sup>433</sup> En efecto, para el autor alemán, manifestaba que «para evitar las consecuencias de la contumacia, la Ley pone a disposición de la parte inactiva un remedio especial: **la oposición**, mediante cuyo ejercicio el proceso se repone en la situación en que estuviese antes de producirse la inactividad de la parte (§ 340, 342). No se exige la alegación de ninguna causa justificativa de la ausencia, ni menos probarla. Esta forma de regular el procedimiento contumacial es muy ocasionada a abusos con el designio de dilatar el procedimiento, por lo cual existe la posibilidad de obtener que la causa se decida según el estado de los autos, en lugar de la sentencia contumacial (§ 251 a, 331 a), porque entonces tal resolución únicamente se puede impugnar con los recursos ordinarios (véase infra, § 80). No compareciendo en un término ninguna de las dos partes, o si la compareciente no formula ninguna solicitud en cuanto al fondo, el Tribunal puede decidir según el estado de autos (§ 251 a (véase infra, § 80). El remedio de la oposición sin necesidad de motivación, que concede nuestro Código Procesal, se asemeja a la *opposition* del derecho francés (art. 157 y ss. del Code de Procédure civile). El Código Procesal austriaco, por el contrario, no regula tal remedio, sino que únicamente permite la reposición cuando la incomparecencia se debe a un acontecimiento imprevisible o inevitable (§ 146 y ss. del Código procesal austriaco), evitándose así los peligros que nuestro remedio lleva consigo. Por otra parte el derecho vigente, exige una modificación, ya que no establece diferencias entre la inactividad en el primer término y en los posteriores» (*ídem*).

De otro lado, Adolf WACH (1843-1926), afirmaba:

Ahora hablaremos de la *contumacia del demandado* en el debate oral sobre el fondo del asunto. La consecuencia de la contumacia es que, a petición del adversario, deben considerarse como confesados los hechos alegados en la demanda. No se trata de que se considere al demandado como vencido; tampoco se trata de la suposición de un allanamiento a la pretensión de la demanda. Esta pretensión se considera como discutida. No se trata de una renuncia presunta a la defensa. Pues no hay prueba alguna de tal voluntad de renuncia, y, por otro lado, la consecuencia de la contumacia produce, aun cuando podría probarse lo contrario. Se impone el proceso al demandado con respecto al fondo y, al mismo tiempo, se supone –al efecto de realizar la obligación de declararse sobre los hechos alegados en la demanda (§ 129), incumplida por el demandado– que el demandado admite estos hechos. El tribunal saca de ellos las conclusiones de derecho; falla, y no pronuncia solamente, como en el caso del § 295, un prejuicio en el sentido de la pérdida del pleito. Por eso puede ocurrir que se desestime la demanda definitivamente, no obstante, la contumacia del demandado<sup>434</sup>.

En definitiva, como puede verificarse, si bien la contumacia o rebeldía en el proceso alemán trae consigo una consecuencia muy drástica, no puede soslayarse de la existencia de un medio impugnatorio que posee dicho sujeto procesal tiene contra la sentencia (dictada en rebeldía), el cual no es el de apelación, sino el de «oposición» (vid. § 514 apartado I, ZPO).

## 5. Modelo Austriaco: El ZPO o *Zivilprozessordnung*

El ordenamiento procesal civil austriaco, también acoge la ficción de la confesión, pero con ciertas particularidades, esto es, que la «no comparencia de la parte se verifique desde el inicio del proceso y ella no se funde en motivos obstaculizantes debidamente acreditados»<sup>435</sup>.

---

<sup>434</sup> WACH Adolf, *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*. trad. Enersto Krotoschin, 1° ed., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958, pp. 206-207.

<sup>435</sup> Cfr. ORELLANA TORRES Fernando y PÉREZ RAGONE Álvaro; *Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil*, ob. cit. p. 21.

En efecto, actualmente en el ZPO austriaco, es decir, con la reforma efectuada en el 2002 (se reformuló el párrafo 396 del ZPO), contiene dos supuestos de rebeldía, y ambos son declarables a petición de la parte que compareció: «en primer lugar la rebeldía para el caso de no contestación en plazo de la demanda, segundo el supuesto de no comparecencia a una audiencia. Es posible incluso una sentencia en rebeldía antes de incluso por rebeldía en relación a actos posteriores en los que la parte compareció»<sup>436</sup>.

Sobre ello, el autor Bernhard KÖNIG, refiere: «[si] una parte no comparece en la primera audiencia, o bien si el demandado deja pasar en vano el plazo para la presentación de la contestación de la demanda, el juez emana, a instancia de la otra parte, sentencia contumacial (la llamada *sentencia contumacial en sentido estricto*). Tal sentencia está basada directamente en las alegaciones de hecho de la parte no rebelde, las cual deben ser tenidas como verdaderas por el juez»<sup>437</sup>.

En definitiva, si bien el modelo austriaco no tiene ninguna disposición explícita sobre la ficción de una confesión que sea comparable a la contenida en el ZPO alemana, incluso se afirma que ésta es más gravosa toda vez que «la parte negligente en su comparecencia tiene imposibilidad absoluta para hacer valer sus medios de agresión o defensa»<sup>438</sup>.

---

<sup>436</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>437</sup> KÖNIG Bernhard *apud* ARIANO DEHO Eugenia. *Hacia un Proceso Civil flexible*, *ob. cit.* p. 122, v. nota 32.

<sup>438</sup> ORELLANA TORRES Fernando y PÉREZ RAGONE, Álvaro, *ob. cit.* p. 22-23.

## 6. Modelo Español: Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC/2000)

En cuanto al sistema procesal español, observamos que el art. 496 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEC/2000), prescribe en su primer inciso lo siguiente:

El Secretario judicial declarará en rebeldía al demandado que *no comparezca en forma en la fecha o en el plazo señalado en la citación o emplazamiento*, excepto en los supuestos previstos en esta ley en que la declaración de rebeldía corresponda al Tribunal.

El inciso segundo del referido dispositivo legal, acota que:

La declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario.

Es decir, en la legislación procesal española la regla general no es que la consecuencia de la declaración de rebeldía tenga por admitidos las alegaciones fácticas de la demanda, sino ello viene a constituir solo una excepción que se origina cuando la ley de manera expresa lo disponga, como sucede en los supuestos de desahucio de finca urbana por falta de las rentas o cantidades debidas (art. 440.3 LEC<sup>439</sup>).

MONTERO AROCA<sup>440</sup> refiere que el segundo inciso del dispositivo legal citado, expresa claramente que «la declaración de rebeldía no equivale ni allanamiento ni a admisión de los hechos alegados en la demanda. La rebeldía se hace equivaler a que el demandado niega los hechos alegados por el actor y se opone a la petición de éste. El actor, para que sea estimada su pretensión,

---

<sup>439</sup> Art. 440.3.- «[...] En los casos de demandas de desahucio de finca urbana por falta de pago de rentas o cantidades debidas, el tribunal indicará, en su caso, en la citación para la vista, la posibilidad de enervar el desahucio conforme a lo establecido en el apartado 4 del artículo 22 de esta Ley. También se apercibirá al demandado que, de no comparecer a la vista, se declarará el desahucio sin más trámites».

<sup>440</sup> MONTERO AROCA Juan, *Derecho Jurisdiccional*, t. II, 10<sup>ma</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 204.

tendrá que realizar todo lo que tendría que hacer si el demandado hubiera contestando negando. La rebeldía supone así una resistencia implícita». En ese mismo sentido, se pronuncia ARMENTA DEU<sup>441</sup>, agregando que la declaración de rebeldía «procede con independencia de que la no comparecencia sea voluntaria o involuntaria. Ésta última circunstancia, no obstante, tiene influencia decisiva tanto en segunda instancia, como singularmente a la hora de poder articular la rescisión de la sentencia y la audiencia al rebelde (arts. 497 y ss. LEC)»<sup>442</sup>.

Así, tenemos que el art. 499 de la LEC/2000, prescribe:

«Cualquiera que sea el estado del proceso en que el demandado rebelde comparezca, se entenderá con él la sustanciación, sin que ésta pueda retroceder en ningún caso».

---

<sup>441</sup> ARMENTA DEU Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales*, 6ª Ed., Marcial Pons, 2010, Madrid, p. 152. DE LA OLIVA Andrés y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ Ignacio, *Derecho Procesal Civil*, 1º reimp. (2ª ed.), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003, p. 261, refieren que la rebeldía se produce por el hecho objetivo de la incomparecencia del demandado en el proceso. Es indiferente que esa incomparecencia sea voluntaria o involuntaria, es decir, el demandado es declarado en rebeldía tanto si no compareció porque no quiso, como si no compareció porque no pudo hacerlo (por fuerza mayor o por desconocimiento de que se había presentado una demanda frente a él). Aunque la rebeldía se dé con independencia de que la incomparecencia sea voluntaria o involuntaria, y despliega los mismos efectos, la diferencia entre uno y otro caso será esencial a los efectos de conceder o no ulteriormente posibilidades de defensa al demandado rebelde.

<sup>442</sup> Ya Víctor FAIRÉN GUILLÉN, refería que con respecto al «"recurso de audiencia al rebelde" o "rescisión" únicamente civil en España, debe ser considerado como un tracto del mismo proceso, derivado de una especial situación del demandado *-in absentia-*, el cual comparece después de haber transcurrido los plazos para interponer los recursos de apelación y en su caso de casación. Sin culpa suya (y si ha de probarlo) ha perdido las posibilidades de contradicción y de defensa procesal y material, por la cual razón, una vez mostrada dicha falta de culpa o negligencia, es lógico que se le concedan nuevamente tales oportunidades "volviendo atrás el procedimiento", "reabriendo posibilidades ya ordinariamente precluidas", artículo 783 LEC; y como en tales oportunidades ha de aportar un material fáctico y jurídico nuevo para el demandante "presente", es también lógico que se dé la posibilidad de contradecirle del modo ordinario (artículo citado LEC) (...) En resumen, el llamado "recurso de rescisión o audiencia al rebelde", no es, en cuanto a naturaleza jurídica, sino una recuperación -debidamente justificada- de trámites procesales desaprovechados y precluidos por "ausencia"» FAIRÉN GUILLÉN Víctor, *Teoría General de Derecho Procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pp. 504-505.

Sobre dicho dispositivo legal, VALLINES GARCÍA<sup>443</sup> se interroga ¿Qué quiere decir la expresión «sin que ésta pueda retroceder en ningún caso»? El mismo autor se responde:

*Prima facie* pareciera que el legislador está afirmando que las preclusiones ya producidas de los poderes del rebelde desplegarán todos sus efectos de manera irreversible y, en consecuencia, no será factible restitución procesal alguna. Esta interpretación, lógica en términos de normalidad, sólo resulta justa para los casos en los que el rebelde dejó precluir voluntaria o negligentemente sus poderes procesales. Sin embargo, la interpretación se revela injusta si el rebelde no compareció en el proceso por una causa que no le era imputable, es decir, si conforme iban precluyendo sus poderes procesales el rebelde estaba incurso en una situación de imposibilidad de conocimiento o de ejercicio. Por esta razón, a nuestro juicio, la expresión «sin que ésta [la sustanciación] pueda retroceder en ningún caso» no puede equivaler a una prohibición de restitución procesal; dicha expresión no significa nada más –ni nada menos– que lo que sus palabras indican: que no se permite que el proceso vuelva hacia atrás. Téngase en cuenta que el precepto le son indiferentes los motivos que determinaron la situación de rebeldía (dispone que «en ningún caso» procede retroacción), por lo que la previsión legal ha de regir tanto en los casos de comparecencia del rebelde que no cumplió con la «diligencia razonablemente exigible» como en los casos en los que el rebelde estuvo aquejado de algún óbice de la preclusión. Si en estos últimos, como hemos visto, la ley establece la regla de que los efectos de la preclusión han de ser excluidos, dicha regla debe ser compatible con la prohibición de retroacción de actuaciones prevista en el artículo 499.

## 7. Modelo Brasileiro: Código de Processo Civil de 2015

En cuanto al país, debemos señalar mediante Ley N<sup>o</sup> 13.105, publicada en el *Diário Oficial da União*, con fecha 17 de marzo de 2015, se dio a conocer lo que sería el *Novo Código de Processo Civil* de Brasil<sup>444</sup>, el mismo que derogaría el *Código de Processo Civil* Brasileiro de 1973, o también llamado el Código de

---

<sup>443</sup> VALLINES GARCÍA Enrique, *La Preclusión en el Proceso Civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 419-420.

<sup>444</sup> Dicho Código Procesal entró en vigencia un año después de su publicación.

BUZAID (aprobado mediante Ley N° 5.869 de fecha 11 de enero de 1973)<sup>445</sup>, justamente, por ser en ese entonces el Ministro de Justicia, Alfredo BUZAID, uno de sus principales elaboradores.

La institución jurídica procesal que nos importa, se encuentra regulada por los artículos 344 a 349 de dicho cuerpo legislativo. En efecto, el art. 344 del referido cuerpo legal, prescribe:

**Art. 344.-** Si el demandado no contesta la acción, será considerado rebelde y se presumirá como verdaderas las alegaciones formuladas por el actor<sup>446</sup>.  
(trad. libre)

Por su parte, el siguiente artículo, a la letra señala:

**Art. 345.-** La rebeldía no produce el efecto mencionado en el art. 344 si: I–  
habiendo pluralidad de demandados, algunos de ellos contestan la acción;

---

<sup>445</sup> BAPTISTA DA SILVA Ovídio A., señalaba que dicho código [1973] cambió el tratamiento dado tradicionalmente a la rebeldía por el derecho luso-brasileño. En el régimen anterior, la omisión del demandado en contestar la acción no le acarrea las severas consecuencias ahora impuestas por los artículos 319 a 330 del actual estatuto procesal: BAPTISTA DA SILVA Ovídio A., *Curso de Processo Civil*, vol. I, 6ª ed., Editora Revista Dos Tribunais Ltda., São Paulo, 2002, p. 330. MITIDIERO Daniel, *Colaboración en el Proceso Civil*, trad. Juan J. Monroy Palacios, Communitas, Lima, 2009, pp. 145-146, refería que, en términos de política procesal, el legislador de 1973 tenía dos opciones a considerar a propósito de la eficacia material de la rebeldía: o la consideraba *ficta contestatio*, tal como ocurre en Italia, o como *ficta confessio*, en los moldes de las legislaciones de Alemania y Austria. El derecho español escogió la primera opción (art. 496, n. 2 LEC), al paso que el derecho portugués, la segunda (art. 484, n. 1, CPC). El derecho argentino siguió, a propósito, por el mismo camino del derecho portugués. En nuestras Ordenanzas (Libro II, Título XV, pr. y Título XX, § 19), tal como observa la doctrina [cit. Enrico Tulio LIEBMAN], se veía en la rebeldía una contestación ficta. El Código de 1939, de su parte, no tenía ninguna norma jurídica semejante a la que hoy consta en el art. 319 CPC. El derecho brasileño, como es sabido, considera verdaderas las alegaciones de hecho afirmadas por el demandante si no hay contestación. Nos inspiramos, muy de cerca, en la solución portuguesa, sin, por lo demás, echar mano del término confesión, allá prevista por ley, evidentemente inadecuado para representar la situación, de acuerdo a lo observado por la doctrina [cit. José Joaquim CALMON DE PASSOS]. Y aquí justamente el punto: en un proceso que privilegia el dialogo procesal, mejor sería que se consideraran fictamente contestadas las alegaciones de hecho del demandante, obligando a sus participantes a un efectivo debate respecto de la causa. Se tendría, entonces, el objeto litigioso formado manteniéndose desde el inicio una sustancia igualdad entre los litigantes, más conforme con el ideal de un proceso cooperativo.

<sup>446</sup> Art. 344: «Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor».

II– el litigio versa sobre derechos indisponibles; III– el escrito de demanda no está acompañada de un instrumento que la ley considere indispensable a prueba del acto; IV– las alegaciones de hecho formuladas por el actor fueran inverosímiles o estuviesen en contradicción con la prueba contenida en los autos<sup>447</sup>.

## 8. Modelo Chileno: El Código de Procedimiento Civil de 1902

El Código Procesal Civil del país sureño, regula la institución de la rebeldía en el Título VIII «De las rebeldías», dentro del Libro Primero denominado «Disposiciones comunes a todo procedimiento», específicamente en los artículos 78 a 81, y otros artículos abordados de manera asistemática.

A decir verdad, dicho cuerpo legislativo, no se refiere expresamente al efecto de la rebeldía del demandado, siendo dicho vacío llenado por interpretaciones que estiman que el silencio del demandado se traduce en su negación, cuestión que es recogida por la jurisprudencia nacional<sup>448</sup>.

De otro lado, no podemos pasar por alto, la existencia del proyecto de Ley de nuevo Código Procesal Civil de 12 de abril de 2012, que en su artículo 264 refiere que cuando el demandado debidamente emplazado no comparezca dentro del plazo correspondiente, el tribunal tendrá «por evacuado el trámite de contestación de la demanda y el proceso se seguirá en su rebeldía», importando ello, «una negación de los hechos afirmados por el actor en su

---

<sup>447</sup> Art. 345: «A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: I – havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II – o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III – a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; IV – as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos».

<sup>448</sup> Cfr. CARRETTA MUÑOZ Francesco, *Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno*, ob. cit. p. 106.

demanda, pero no podrá rendir prueba en juicio», salvo algunas excepciones que ley menciona.

## 9. Modelo Colombiano: Código General del Proceso de 2012/2016

En lo que respecta a este nuevo Código Procesal (Ley N° 1564), que entró en vigencia el 01 de enero de 2016, podemos señalar que, la no contestación de la demanda también trae efectos severos para demandado. Así, si nos remitimos al artículo 97 de dicho cuerpo legal, observamos que aquel prescribe:

La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto (...)

Como salta a la vista, la consecuencia jurídica que dota el ordenamiento procesal colombiano es realmente rígida con la parte procesal que no contestó con la demanda u omitió pronunciarse sobre los hechos y pretensiones contenida en aquella<sup>449</sup>, toda vez que la única excepción a dicha regla no es la discrecionalidad del juez, sino la propia ley.

---

<sup>449</sup> Dicho dispositivo citado, tiene concordancia con el inciso 2, del artículo 96 de dicho código procesal, que señala «La contestación de la demanda contendrá: (...) 2 Pronunciamiento expreso y concreto sobre las pretensiones y sobre los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten, los que se niegan y los que no le constan. En los dos últimos casos manifestará en forma precisa y unívoca las razones de su respuesta. Si no lo hiciere así, se presumirá cierto el respectivo hecho».

## 10. El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica<sup>450</sup>

Cabe recalcar que dicho texto no se trata de un Anteproyecto definitivo, ni con pretensiones de regir, como tal, en ningún país. Es solamente un Modelo, un Código tipo para servir de base a las reformas que encaran todos los países iberoamericanos<sup>451</sup>.

El mencionado texto, reguló la rebeldía específicamente en seis incisos del artículo 299, señalando en el cuarto, que la rebeldía del demandado (excluyendo de la rebeldía del demandante) determinará que el Tribunal (o Juez) deba tener por admitidos los hechos alegados por el demandante, salvo que: (i) Resultaren contradichos por la prueba de autos, la que deberá igualmente ser diligenciada, en todo lo que el Tribunal considere necesario, (ii) si la cuestión planteada es de orden público, (iii) si la cuestión planteada se tratare de derechos indisponibles, o (iv) si los hechos en que se funda la demanda no pueden ser probados por confesión<sup>452-453</sup>.

---

<sup>450</sup> Se trabajó con el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (Texto del Anteproyecto), Historia, Antecedentes, y Exposición de motivos, 1988, Montevideo, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Puede consultarse en: <<http://iibdp.org/es/codigos-modelo.html>> (recuperado el 28 de febrero de 2017).

<sup>451</sup> La copernicana gravitación del Código Tipo o Modelo para Iberoamérica, aprobado en Río de Janeiro en 1988 y que inmediatamente se receptó en el Uruguay, sancionando el Código General del Proceso (1989), descansa en la red nerviosa de esos principios y línea de sentido, y sus políticas, en lo medular, acogen: *el acceso a la justicia*, la presencia principal de los poderes-deberes de los jueces, la inmediatez, la oralidad, la asistencia legal, la declaración de parte, el interrogatorio cruzado, el deber de colaboración a la verdad jurídica y a la obtención de resultados jurisdiccionales útiles, el profundizado control de constitucionalidad, es decir el perfil señero del proceso justo: MORELLO Augusto M. *Procesalistas inolvidables*, 1° ed., Hammurabi, Argentina, 2001, p. 33.

<sup>452</sup> Art. 299.4.- «La rebeldía del demandado determinará que el Tribunal deba tener por admitidos los hechos alegados por el actor, en cuanto no resultaren contradichos por la prueba de autos, la que deberá igualmente ser diligenciada, en todo lo que el Tribunal considere necesario, salvo que el proceso se refiriere a alguna de las cuestiones mencionadas en el inciso 2° del artículo 124, en cuyo caso se estará a lo que allí se dispone».

<sup>453</sup> Art. 124.- Allanamiento a la demanda. «(...) Corresponderá, por el contrario, seguir los trámites del proceso respectivo, si la cuestión planteada es de orden público, si se tratare de derechos indisponibles o si los hechos en que se funda la demanda no pueden ser probados por confesión».

# **TÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

## **1. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

### **1.1. Por su finalidad:**

Esta investigación responde a una naturaleza básica en la medida que advertimos luego de todos los métodos empleados (véase *infra*) que la aplicación de la presunción relativa de verdad de los hechos expuestos en la demanda, posibilita en una latente probabilidad la emisión de una decisión justa.

### **1.2. Por su alcance:**

Consideramos que, dada la metodología aplicada a nuestro tema de estudio, este trabajo se ajusta a una investigación descriptiva.

## **2. MATERIAL Y PROCEDIMIENTOS**

- Legislación nacional y extranjera.
- Libros, revistas especializadas en Derecho nacionales y extranjeros.
- Resoluciones judiciales.
- Páginas web site.

## **3. MÉTODOS:**

### **3.1. MÉTODOS GENERALES DE LA CIENCIA:**

En el presente trabajo de investigación, se emplearon los métodos cualitativos pertenecientes a la ciencia en general, como son:

**a) Método analítico:**

A través de éste método se efectuó un criterio detallado y acucioso que permitió la obtención de toda la información requerida y necesaria para enriquecer el marco teórico.

**b) Método síntesis:**

Con este método se pudo integrar los aspectos esenciales presentes en la teoría y práctica, los que fueron obtenidos con los diferentes instrumentos, y materializados en las conclusiones.

**c) Método inductivo - deductivo:**

Mediante éste método se logró elaborar particularidades y arribar a conocimientos generales respecto del tema de investigación, y viceversa.

### **3.2. MÉTODOS ESPECÍFICOS DEL DERECHO**

De la misma forma, se utilizaron los siguientes métodos específicos del Derecho:

**a) Método exegetico:**

Para poder abordar el análisis pormenorizado de los dispositivos legales (y sus normas) propios sobre la rebeldía en los procesos judiciales.

**b) Método comparativo:**

También analizaremos la regulación de la rebeldía en el proceso civil de otros ordenamientos jurídicos foráneos de América del Sur y Europa, para luego, proponer algunas medidas que coadyuven a mejorar la aplicación de institución en nuestro país.

**c) Método dogmático:**

Mediante el cual un trabajo adquiere orden lógico, además que se parte del supuesto que las normas jurídicas son el producto de una elaboración conceptual y que aparecen expresadas en términos conceptuales y como tales han de reconstruirse y entenderse. Comprende, por tanto, la investigación de los principios generales del derecho y de los dogmas jurídicos, es decir los principios técnicos explicativos de los singulares institutos jurídicos, y al fin práctico de hacer posible la explicación de las normas del todo más adecuado a las exigencias del caso concreto; recurriendo a la doctrina nacional, a la extranjera y a la jurisprudencia.

**d) Método histórico:**

El análisis de los antecedentes históricos de la rebeldía en nuestras tres legislaciones procesales civiles (Ley de Enjuiciamiento Civil de 1852, Código de Procedimientos Civiles de 1912, y el actual Código Procesal Civil de 1993) han sido muy importante en la presente investigación, a efecto de poder considerar los efectos y consecuencias que han tenido éstos en su aplicación.

**e) Método sistemático:**

Consiste en determinar cuál es el sentido de una disposición legal, pero no examinándola de manera aislada sino vinculándola con las demás disposiciones legales que están a su alrededor y que pertenecen al mismo ordenamiento jurídico. A través de este método se pretende otorgar sentido a una norma jurídica, atribuyéndole los principios o conceptos que están descritos con mayor paridad en otras normas jurídicas, pero que están claramente expresadas en el texto normativo que se quiere interpretar. De modo que para alcanzar una mejor comprensión de la norma examinada se busca otras normas en el interior de un mismo sistema legal determinado.

#### **4. TÉCNICAS**

##### **4.1. Fotocopiado:**

En nuestra etapa de recolección de información, obtuvimos copias fotostáticas de diversos libros, revistas, con el objetivo de almacenarlas y posteriormente procesarlas en el momento respectivo

##### **4.2. Escaneo:**

Asimismo, en dicha etapa, se empleó el escáner, tanto en una maquina fotocopidora, impresora, así como también, se utilizó dos programas instalados en el teléfono celular denominados: camscanner (*document scanning & sharing*) y fast scanner.

##### **4.3. Fichaje:**

De otro lado, también utilizamos fichas de investigación (textuales, resumen, comentario, mixtas), a fin de almacenarlas y procesarlas en la elaboración del informe final.

#### **4.4. Análisis de contenido:**

Para la recolección de información a través de libros, revistas, resoluciones judiciales de primera y segunda instancia, ejecutorias supremas, legislaciones procesal civiles foráneos, web sites, etc.

#### **5. INSTRUMENTOS:**

- Fotocopia.
- Escáner.
- Fichas.
- Protocolo de contenido.
- Guía de entrevista.

# **TÍTULO IV: PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

## CAPÍTULO I

### RESULTADOS

1. En la tradición legislativa nacional la institución jurídica de la rebeldía fue por primera vez regulada en los artículos 490 a 514 del Código de Enjuiciamiento Civil de 1852, luego fue prescrita por los artículos 192 a 201 del Código de Procedimientos Civiles de 1912, y actualmente se encuentra regulada en los artículos 458 a 464 del Código Procesal Civil de 1993.
  
2. En el CEC/1852 no se regulaba la presunción legal relativa de la verdad de los hechos expuestos en la demanda como consecuencia de la rebeldía o contumacia, sino que dichas situaciones procesales generaban tan sólo una multa pecuniaria de dos pesos (*ex art. 500*). Ahora bien, en el supuesto de la declaración de contumacia, si la acción era real, el demandante podía solicitar que se le entregue bajo fianza la cosa demandada, y el juez, luego de poner en conocimiento al contumaz, ordenaba la entrega bajo inventario, y la fianza lo regulaba a su satisfacción; sin embargo, de salir el contumaz a juicio, se declaraba sin lugar la acción del demandante, y se obligaba a la devolución de los productos de la cosa que se le entregó.

De otro lado, la consecuencia jurídica de la rebeldía en el CPC/1992, como regla general tampoco era la presunción relativa de la verdad de los hechos expuestos en la demanda, sino era que el juez ante la rebeldía de la parte el que daba «por absuelto el trámite poseyendo a la vez lo que corresponda al estado de la causa». Las únicas excepciones a dicha regla, se daba en los supuestos de desahucio (*ex art. 956*) y rendición de cuentas (*ex art. 510*).

Finalmente, es el actual CPC/1993 que ha regulado expresamente como regla general la denominada presunción relativa de la verdad de los hechos expuestos en la demanda (art. 461).

3. Las Salas de la Corte Suprema de la República reconoce al efecto material de la rebeldía contenida en el artículo 461 del CPC/1993, es una presunción legal relativa (*iuris tantum*).
4. Para el autor italiano Michele TARUFFO, es posible emitir una decisión justa, cuando se cumplen de manera concurrente tres condiciones: (i) la corrección de la elección y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso; (ii) determinación fiable de los hechos relevantes del caso; y (iii) el empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión.
5. En lo referente a la legislación procesal civil foránea en torno a la regulación de la institución jurídica procesal de la rebeldía —y en especial la de sus efectos o consecuencias jurídicas— principalmente en América Latina y Europa, tenemos los siguientes resultados:

#### **5.1. En Brasil:**

El Código Procesal Civil brasileño de 2015 (*Código de Processo Civil*), regula la rebeldía en los artículos 344 a 349. El artículo 344 de dicho cuerpo legal, establece que: «Si el demandado no contesta la acción, será considerado rebelde y se presumirá como verdaderas las alegaciones formuladas por el actor». Por su parte, el artículo 345 del mismo cuerpo legal, prescribe que: «La rebeldía no produce el efecto mencionado en el art. 344 si: I– habiendo pluralidad de demandados, algunos de ellos contestan la acción; II– el litigio versa sobre derechos indisponibles; III– el escrito de demanda no está

acompañada de un instrumento que la ley considere indispensable a prueba del acto; IV– las alegaciones de hecho formuladas por el actor fueran inverosímiles o estuviesen en contradicción con la prueba contenida en los autos». Dicho dispositivo legal, es muy parecido al artículo 320 del precedente *Código de Proceso Civil* de 1973, tan sólo que no existía el inciso IV, del artículo 344, citado anteriormente.

Cabe señalar que, en el sistema procesal brasileiro, el rebelde tiene expedito un plazo de 02 años, para interponer un medio impugnatorio denominado «acción rescisoria» (véase los arts. 966, 975), el mismo medio impugnatorio (con similar plazo legal) que regulada en el CPC/1973 (arts. 485, 495).

Por último, una gran novedad de este nuevo código instrumental, en torno a la rebeldía, es que el oficial de justicia debe informar en un mandato de advertencia para que se le nombre un curador especial (v. art. 72, II).

## **5.2. En Chile:**

El Código de Procedimiento Civil chileno de 1902, ha regulado la rebeldía de manera asistemática, siendo que expresamente no ha regulado el efecto de la rebeldía, sino que ante tal vacío legal, es la jurisprudencia que interpretado el silencio del demandado como negación.

De otro lado, no podemos pasar por alto, la existencia del proyecto de Ley de nuevo Código Procesal Civil de 12 de abril de 2012, que en su artículo 264 refiere que cuando el demandado debidamente emplazado no comparezca dentro del plazo correspondiente, el tribunal tendrá «por evacuado el trámite de contestación de la demanda y el proceso se seguirá en su rebeldía»,

importando ello, «una negación de los hechos afirmados por el actor en su demanda, pero no podrá rendir prueba en juicio».

### **5.3. En Colombia:**

El Código Procesal Civil colombiano de 2012/2016 (Código General del Proceso), ha entrado en vigencia el 01 de enero de 2016. La consecuencia que trae consigo la rebeldía, es que se presume ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo disposición legal distinta. En efecto, el artículo 97 de dicho cuerpo legal, prescribe: «La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto (...)».

### **5.4. En España:**

El Código Procesal Civil español (Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000), en el segundo inciso del artículo 496, prescribe que: «La declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario».

Para la legislación procesal española la regla general no es que la declaración de rebeldía tenga como consecuencia la admisión de las alegaciones fácticas de la demanda, sino ello viene a constituir solo una excepción que se origina cuando la ley de manera expresa lo disponga así, como sucede en los

supuestos de desahucio de finca urbana por falta de las rentas o cantidades debidas (art. 440.3 LEC).

#### **5.5. En Alemania:**

El Código Procesal Civil Alemán (*Zivilprozessordnung* o ZPO alemán), en el § 331 prescribe que: «Sentencia en rebeldía contra el demandado: 1.- En caso de que el actor solicite sentencia en rebeldía en contra del demandado incompareciente en término a la audiencia, deben tenerse por admitidas las alegaciones del actor relativas a los hechos. Esto no rige para las alegaciones relativas a competencia del tribunal, de acuerdo con el § 29 apartado 2 y el § 38». Es importante, señalar que tal efecto se dará cuando esté en juego o discusión «derechos disponibles».

#### **5.6. En Italia:**

El Código Procesal Civil italiano de 1940/1942 (*Codice Procedura Civile*) la no constitución de una parte en juicio no es considerado como el reconocimiento tácito de las alegaciones del demandante, sino que la rebeldía es considerada como un efecto «neutro».

#### **5.7. En Portugal:**

El Código Procesal Civil de 2013 (*Código de Processo Civil*) regula la rebeldía en los artículos 566 a 568 pertenecientes al Capítulo II, Título I «Do Articulados», del libro III, denominado «Do processo de declaração». En torno a los efectos de la rebeldía, este en el artículo 567 de tal cuerpo legislativo, prescribe: «1. Si el demandado no contesta, habiendo sido o

debiendo considerarse citado regularmente en su propia persona o habiendo incorporado en procuración a un mandatario judicial en el plazo de la contestación, se considerarán confesados los hechos enunciados por el demandante; 2. El proceso está aprobado para un examen por el plazo de 10 días, primero al abogado del demandante y después al abogado del demandado, para que aleguen por escrito, e inmediatamente será proferida la sentencia, juzgando la causa conforme corresponda el derecho; y 3. Si la resolución de la causa revistiera una manifiesta simplicidad, la sentencia se puede limitar a la parte decisoria, precedida de la necesaria identificación de las partes y de la fundamentación sumaria de lo juzgado»

Como puede verse, dicho cuerpo legislativo ante la rebeldía del demandado «se considerarán confesados los hechos enunciados por el demandante», sin embargo, ello se exceptuará en los siguientes supuestos contenidos en el artículo 568 que a la letra señala: «No se aplicará lo dispuesto en el artículo anterior: a) Cuando, habiendo varios demandados, alguno de ellos contestase, en lo relativo a los hechos que el contestante impugna; b) Cuando el demandado o algún de los demandado sea incapaz, situándose la causa en el ámbito de la incapacidad, o hubiera sido citado por edictos y permanezca en la situación de rebeldía absoluta; c) Cuando la voluntad de las partes sea ineficaz para producir el efecto jurídico que por acción se pretenda obtener; y d) Cuando se trate de hechos que para cuya prueba se exija documento escrito».

#### **5.8. En Francia:**

El Código Procesal Civil francés de 1975/1976 (*Code de Procédure Civile*), que entró en vigencia el 01 de enero de 1976, el efecto de la rebeldía no causa

reconocimiento tácito de los hechos alegados por el demandante. Dicho código instrumental, concibe un medio impugnatorio denominado «oposición», la cual está dirigida para obtener la revocación de una sentencia dictada en rebeldía (*vid.* arts. 476, 574).

#### **5.9. En Austria:**

En el Código Procesal Civil austriaco (*Zivilprozessordnung* o ZPO Austriaco), luego de la modificación del párrafo 396 del ZPO, a raíz de la reforma del año 2002, la rebeldía tiene dos supuestos, esto es, frente a la no contestación de demanda o incomparecencia a la audiencia respectiva. La consecuencia de la rebeldía en dicha legislación procesal es tener por reconocidos las alegaciones del demandante.

## CAPÍTULO II

### DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

#### DISCUSIÓN DEL PRIMER RESULTADO:

1. En nuestra primera legislación procesal (CEC/1852) se regulaba indistintamente las instituciones de rebeldía y contumacia, siendo que ésta última se configuraba siempre y cuando se declaraba (sólo a pedido de parte) la primera, y ésta a su vez, ocurría cuando se desobedecía un mandato judicial (*ex art. 492*), cuando el emplazado no comparecencia en término en que se señaló, o si notificado con un traslado no se sacaban los autos, o se devolvían sin respuesta (*ex art. 495*). De otro lado, en el CPC/1912, el término contumacia fue suprimido, quedando únicamente el término de rebeldía, que dicho sea de paso, estaba regulada conjuntamente con los «apremios» que era un sanción. Ahora bien, en nuestro CPC/1993, la rebeldía está regulada en forma independiente, y ella se configura ante la no contestación de la demanda en el plazo legal correspondiente, así como ante la incomparecencia de la parte litigante, que a pesar de haber transcurrido el plazo de cinco días de notificado con la conclusión de patrocinio de su abogado o la renuncia de su apoderado. Es decir, la rebeldía en sede nacional, no sólo puede ser declarada al demandado, sino al demandante en el proceso civil, aunque ésta última técnicamente no se trate de una rebeldía propiamente dicha, sino una simple inactividad procesal sobrevenida.
2. En doctrina extranjera, se ha discutido arduamente sobre los alcances de los términos «rebeldía» o «contumacia», así tenemos que para algunos que ambos términos significarían en lo mismo, o que son equivalentes (Augusto MORELLO, Atilio Carlos GONZÁLEZ, Carlos ARELLANO GARCÍA, Leonardo

PRIETO-CASTRO FERRANDIZ,)), mientras otros señalan que, existiría una diferencia sustancial entre dichos términos (Enrique FALCÓN, BRISEÑO SIERRA), y finalmente, no falta quienes manifiestan que la rebeldía es un efecto de la contumacia (Felipe MOUTINHO CORDEIRO), o que la contumacia es el género y la rebeldía es la especie (Luiz MARINONI, Sérgio ARENHART y Daniel MITIDIERO).

3. Es importante diferenciar entre la rebeldía y las simples omisiones de determinados actos procesales, como son los contenidos por los artículos 343, 363 y 746 del CPC/1993, pues la primera, según nuestra legislación procesal, acontece ante la no contestación de la demanda en el plazo legal determinado o frente a la incomparecencia del litigante (demandante o demandado) luego de transcurrido cinco días de notificado con la conclusión del patrocinio de su abogado o la renuncia de su apoderado, en cambio, la segunda, a pesar de llevar equivocadamente dicha terminología («rebeldía»), en rigor, son meras omisiones a determinados actos procesales, por efecto del principio de preclusión que rige en nuestro sistema procesal.

4. A pesar que nuestra legislación procesal civil, ha regulado dos clases de rebeldía, el principal efecto material de aquella, esto es, la denominada presunción legal relativa de verdad de los hechos expuestos en la demanda, sólo puede ser de aplicación al demandado o a la parte reconvenida en los supuestos de reconvenición, más no al demandante o reconviniente declarados en rebeldía.

#### **DISCUSIÓN DEL SEGUNDO RESULTADO:**

5. Mientras para Eugenia ARIANO DEHO, el Código de Procedimiento Civil de 1912, siguiendo una larga tradición que se remonta a la legislación justiniana,

hacia equivaler la rebeldía del demandado a la negación (implícita) de la demanda (*ficta litiscontestatio*), el actual Código Procesal Civil de 1993, ha optado por el signo opuesto: la no contestación equivale a la admisión de los hechos (*ficta confessio*). De otro lado, Mario MONROY PALACIOS, señala que sería un exceso afirmar que en el Perú la presunción relativa de verdad derivada de la rebeldía, conlleve a una especie de *ficta confessio*, por cuanto, en ningún momento se elimina la valoración discrecional del juez.

6. Al parecer el legislador de nuestro Código Procesal Civil para la confección del artículo 461, que contiene los efectos de la declaración de rebeldía, se inspiró en el artículo 320 del *Código de Processo Civil* Brasileño de 1973 (conocido también como el Código de BUZAID), siendo éste a su vez influenciado por el artículo 485 *Código de Processo Civil* Portugués de 1961, que dicho sea de paso mantiene la misma estructura normativa del artículo 567 del actual *Código de Processo Civil* de 2013. Sin embargo, a mi parecer no se tuvo reparo en que dichas legislaciones procesales foráneas existían (y hoy por hoy siguen existiendo) medios impugnatorios para la parte procesal declarada en rebeldía, la cual puede ser interpuesta inclusive, luego que la decisión judicial haya adquirido la calidad de cosa juzgada, como son: «ação rescisória» en Brasil (v. arts. 485 y 495 del CPC/1973 y arts. 966 y 975 del CPC/2015), y la «revisão» en Portugal (v. art. 711 del CPC/1961, y 696 del CPC/2013).

#### **DISCUSIÓN DEL TERCER RESULTADO:**

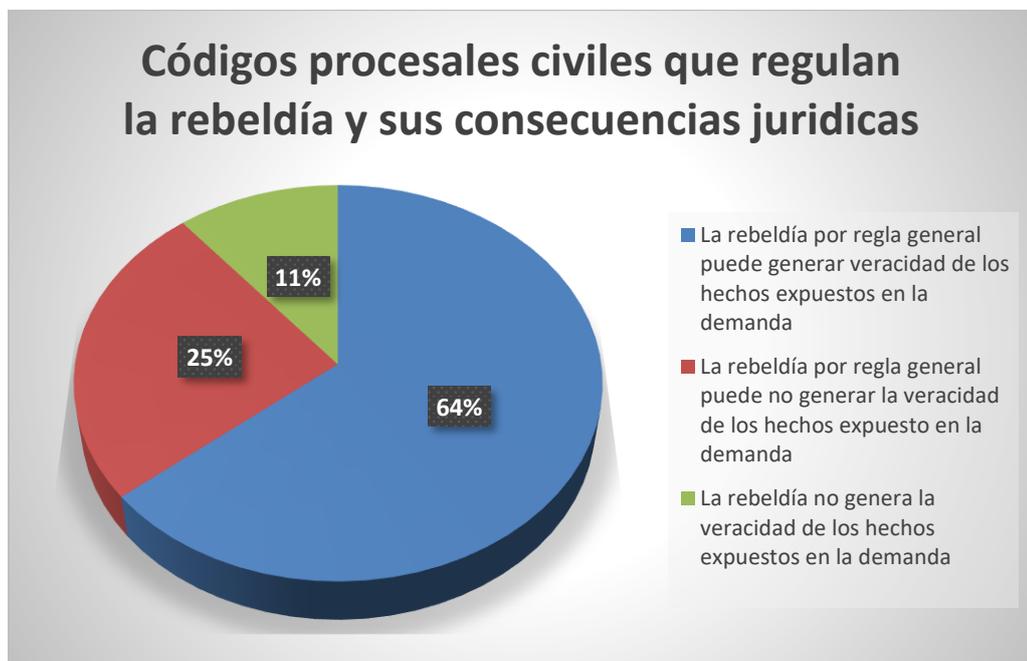
7. Si bien existe jurisprudencia nacional (Corte de Casación y Tribunal Constitucional) e inclusive internacional (Corte Interamericana de Derechos Humanos) que han reconocido la existencia de una decisión justa, ninguno

de aquellos, han desarrollado pormenorizadamente los alcances o condiciones de aquella.

#### DISCUSIÓN DEL CUARTO RESULTADO:

8. En el Derecho Comparado la gran mayoría de las legislaciones procesales se orientan por asignarle al rebelde la consecuencia jurídica de tener por ciertos o verdaderos los hechos expuestos en la demanda (Brasil, Colombia, Portugal, Alemania, Austria); sin embargo, otros códigos procesales (España), adoptan como regla general que la declaración de rebeldía no genera ni reconocimiento tácito ni allanamiento de la demanda, así como otras legislaciones instrumentales simplemente la rebeldía no genera alguna ventaja al demandante (Chile, Italia, Francia).

#### DESCRIPCIÓN PORCENTUAL DE LA DISCUSIÓN DEL CUARTO RESULTADO



# **TÍTULO V: CONCLUSIONES**

## CAPÍTULO I

### CONCLUSIONES

1. La rebeldía es una situación jurídica procesal temporal que acontece en el proceso civil ante la no comparecencia de la parte demandada, no debiéndose confundir con el efecto de carácter procesal o material que aquella puede generar.
  
2. Según el Código Procesal Civil peruano, el efecto material de la rebeldía es la presunción legal relativa de verdad, encontrándose regulada en el artículo 461, la cual únicamente podrá ser aplicada al sujeto pasivo de un determinado proceso (demandado o reconvenido), como consecuencia de la no contestación de la demanda o contrademanda, respectivamente. El efecto material antes aludido, no puede ser considerada como una verdadera «presunción relativa legal», pues si partimos desde la perspectiva que toda estructura de la presunción, está compuesta por: (i) un «hecho base», (ii) «hecho presunto» y (iii) «enlace» que conecta a ambos; verificamos que el primero no podría ser un acontecimiento ocurrido dentro del *iter* procesal (= no contestación de la demanda); el segundo tampoco vendría a constituir una diversidad indeterminada de enunciados sobre hechos, pues precisamente, aquella multiplicidad de enunciados fácticos es lo que contiene el escrito postulatorio de demanda. Tal efecto, se asemeja más al instituto de la ficción legal, que, si bien es producto de la técnica legislativa, también lo es que, en ciertas ocasiones la suposición que ella establece, puede ser contrario u opuesta a la realidad de los hechos, lo que constituye una herramienta muy delicada, dotada a los órganos jurisdiccionales, pues su aplicación viene dada en base a un incuestionable grado de discrecionalidad.

3. Según las dos concepciones más importantes sobre la función de la prueba, concluimos que, ninguna de ellas podría tolerar que el juez, como órgano independiente e imparcial ostente el *poder-facultad* que frente al supuesto de rebeldía del demandado (= la no contestación de la demanda) de por reconocidos tácitamente (o veraces) las alegaciones del demandante, de los hechos constitutivos.

En efecto, si tomamos partido por la primera concepción (cognoscitivista), vemos que dicha consecuencia de la rebeldía, pone en un posible riesgo (probabilidad latente) que se tome como veraces alegaciones falsas o erróneas. Por otro lado, si optamos por la segunda concepción (persuasiva o retórica), la consecuencia de la rebeldía, resulta ser contradictoria con los postulados de tal teoría, toda vez que, ella niega que el fin esencial de la prueba en el proceso judicial sea alcanzar la verdad. En ese sentido, bajo esa perspectiva, resulta un contrasentido que el órgano decidor pueda declarar como «ciertos» o «veraces» los hechos alegados por el demandante, por el simple comportamiento del demandado (= no contestación de la demanda).

4. Para la emisión de una decisión justa debe concurrir tres condiciones necesarias y suficientes: (a) el respeto de las garantías procesales, (b) la correcta determinación de los hechos materia de controversia, y (c) la correcta aplicación de las reglas jurídicas al caso concreto. La primera condición, obliga a los órganos jurisdiccionales a emitir una sentencia debidamente fundamentada, es decir, que aquellos expresen todos los motivos determinantes o hechos fundamentales que le llevaron a optar por una u otra decisión, por lo que, resulta improbable que realicen una fundamentación adecuada ante la mera aplicación de la presunción relativa de verdad de las alegaciones expuestas en la demanda, como consecuencia de la rebeldía,

pues, el criterio en todos los casos, será tan sólo uno: la no contestación de demanda por parte del demandado. En cuanto a la segunda condición, existe una latente probabilidad que el órgano decisor tome por ciertos o veraces, hechos falsos; lo que a la postre generará una incorrecta aplicación de las reglas jurídicas al caso concreto.

5. La aplicación de la presunción legal relativa de la verdad, como consecuencia de la rebeldía, no debe servir de ninguna forma para suplir o reforzar los medios probatorios del demandante, ya sea porque aquellos son inexistentes o insuficientes para generar convicción al juzgador. Es decir, la aplicación de dicha presunción de ninguna manera podrá remozar o intensificar los medios probatorios ya valorados conjuntamente en el proceso, debiéndose erradicar, por lo tanto, los términos: «“más aún” o “*máxime*”, si el demandado ha sido declarado en rebeldía».
  
6. Si bien existe cierta rigurosidad en ciertos Códigos Procesales Civiles que han acogido regazos del sistema de la *ficta confessio* —ZPO alemán, ZPO Austriaco, CPC de Portugal, CPC de Brasil—, también lo es que, dicha rigidez se ve amenorada o mitigada por la existencia de medios impugnatorios especiales para la parte declarada en rebeldía, que permite atacar la sentencia, e inclusive retrotraer el proceso a una etapa en la que pueda hacer valer sus derechos (acción rescisoria, revisión, oposición, entre otras).

## **TÍTULO VI: ANEXOS**

## PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD

(EXP. N° 1051-2011)

EXPEDIENTE	1051 - 2011
DEMANDANTE	SEGUNDO ANDRES GAMBOA AGUIRRE
DEMANDADO	LUZMILA MENDOZA MONDRAGON ( En representación de su menor hijo ARMANDO DAMPIER GAMBOA MENDOZA
MATERIA	IMPUGNACION DE PATERNIDAD
JUEZ	DR ANDRES RODOLFO PEREZ PAREDES
SECRETARIO	DR CESAR AUGUSTO PEREZ RUIZ

### RESOLUCIÓN NÚMERO: DIECISIETE

Ascope, ocho de mayo  
dos mil trece.-

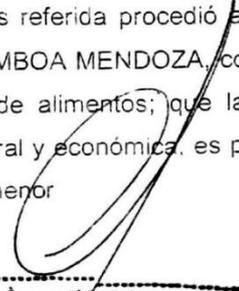
**VISTA:** La causa contenida en el expediente mil cincuenta y uno – dos mil once, en los seguidos por SEGUNDO ANDRES GAMBOA AGUIRRE contra LUZMILA MENDOZA MONDRAGON (En representación de su menor hijo ARMANDO DAMPIER GAMBOA MENDOZA) sobre IMPUGNACION DE PATERNIDAD, seguido por ante este Juzgado Especializado Civil de esta provincia.

RESULTA DE AUTOS: Que, mediante escrito corriente de folios veintiséis a treinta y uno, don SEGUNDO ANDRES GAMBOA AGUIRRE interpone demanda de IMPUGNACION DE PATERNIDAD, acción que la dirige contra LUZMILA MENDOZA MONDRAGON (En representación de su menor hijo ARMANDO DAMPIER GAMBOA MENDOZA).

### HECHOS EN QUE SE SUSTENTA LA PRETENSION LA PARTE ACTORA:

Alega la parte accionante que con fecha ocho de junio de 1992 contrajo matrimonio con la demandada por ante la Municipalidad Distrital de Santiago de Cao y que producto de desavenencias conyugales el día 15 de junio de 1999 la demandada procedió a abandonar el hogar conyugal, sito en la localidad de Cartavio; que a partir de dicha fecha no compartió vida marital, sexual, ni conyugal con LUZMILA MENDOZA MONDRAGON, encontrándose separados de hecho y que por ningún motivo han vuelto a formar el hogar conyugal, por ello ante el conocimiento el año 2001 que presentaba en estado de gestación procedió a remitirle una carta notarial haciéndole notar dicha situación; Que, para su sorpresa la demandada antes referida procedió a declarar a un menor con el nombre de ARMANDO DAMPIER GAMBOA MENDOZA, con cuya acta de nacimiento le ha entablado una demanda judicial de alimentos; que la demandada con ello le ha causado un agravio de naturaleza moral y económica, es por ello que acude al Juzgado para que se determine la filiación del menor

  
Dr. Andres R. Pérez Paredes  
JUEZ TITULAR  
Juzgado Especializado Civil Permanente  
ASCOPE  
Corte Superior de Justicia de La Libertad

  
César Augusto Pérez Ruiz  
SECRETARIO JUDICIAL  
Juzgado Especializado Civil Permanente  
ASCOPE  
Corte Superior de Justicia de La Libertad

**FUNDAMENTACION JURÍDICA DE LA PRETENSION:**

Ampara la demanda en los artículos 2 Inc.1 de la Constitución Política del Perú y las normas sustantivas contenidas en los artículos 19 del Código Civil, artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes

**PRETENSION CONTRADICTORIA DE LOS DEMANDADOS:**

Que, la demandada tiene la condición procesal de rebeldes en el presente proceso por lo que no existe pretensión contradictoria.

**TRAMITE:**

Mediante resolución uno de folios 32, se admite a trámite la demanda y se corre traslado de la misma a la demandada en representación de su menor hijo.

Que, como es de verse de folios 44 es la propia emplazada quien recepciona la demandada.

Por resolución cuatro se declara rebelde a LUZMILA MENDOZA MONDRAGON (En representación de su menor hijo ARMANDO DAMPIER GAMBOA MENDOZA), se declara además la existencia de una relación jurídica procesal válida y por saneado el proceso.

Por resolución seis fecha veinticuatro de julio del año 2012, se fija puntos controvertidos, se admite medios probatorios.

Por resolución catorce fecha dieciocho de abril del 2013 se prescinde del medio probatorio ofrecido por la parte demandante y se dispone los autos para sentencia. Por lo que se pone a este Despacho a fin de que se emite la resolución con arreglo a derecho.-

**CONSIDERANDO DE LA SENTENCIA:**

**Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, estando a lo preceptuado en el artículo primero del Título Preliminar del Código Procesal Civil, toda persona tiene el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ya sea para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses; que justamente en razón de esta norma adjetiva que el accionante SEGUNDO ANDRES GAMBOA AGUIRRE interpone demanda de IMPUGNACION DE PATERNIDAD, acción que la dirige contra LUZMILA MENDOZA MONDRAGON (En representación de su menor hijo ARMANDO DAMPIER GAMBOA MENDOZA), sustenta válida y jurídicamente su pretensión; del mismo modo a la demandada se le otorgó la oportunidad para que efectivicen su defensa todo ello bajo el estricto cumplimiento del debido proceso.

**SEGUNDO:** Que, el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado consagra el derecho a la identidad y en virtud al mismo, toda persona tiene el derecho de conocer quiénes son sus progenitores y antecesores, con todos los privilegios que por ello le

Dr. Andres B. Pérez Paredes  
JUEZ TITULAR  
Juzgado Especializado Civil Permanente  
ASCOPE  
Corte Superior de Justicia de La Libertad

César Augusto Pérez Ruiz  
SECRETARIO JUDICIAL  
Juzgado Especializado Civil Permanente  
ASCOPE  
Corte Superior de Justicia de La Libertad

**FUNDAMENTACION JURÍDICA DE LA PRETENSION:**

Ampara la demanda en los artículos 2 Inc.1 de la Constitución Política del Perú y las normas sustantivas contenidas en los artículos 19 del Código Civil, artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes

**PRETENSION CONTRADICTORIA DE LOS DEMANDADOS:**

Que, la demandada tiene la condición procesal de rebeldes en el presente proceso por lo que no existe pretensión contradictoria.

**TRAMITE:**

Mediante resolución uno de folios 32, se admite a trámite la demanda y se corre traslado de la misma a la demandada en representación de su menor hijo.

Que, como es de verse de folios 44 es la propia emplazada quien recepciona la demandada.

Por resolución cuatro se declara rebelde a LUZMILA MENDOZA MONDRAGON (En representación de su menor hijo ARMANDO DAMPIER GAMBOA MENDOZA), se declara además la existencia de una relación jurídica procesal válida y por saneado el proceso.

Por resolución seis fecha veinticuatro de julio del año 2012, se fija puntos controvertidos, se admite medios probatorios.

Por resolución catorce fecha dieciocho de abril del 2013 se prescinde del medio probatorio ofrecido por la parte demandante y se dispone los autos para sentencia. Por lo que se pone a este Despacho a fin de que se emite la resolución con arreglo a derecho.-

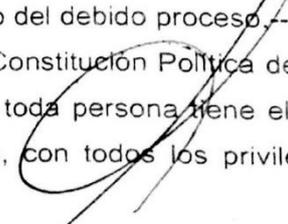
**CONSIDERANDO DE LA SENTENCIA:**

**Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, estando a lo preceptuado en el artículo primero del Título Preliminar del Código Procesal Civil, toda persona tiene el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ya sea para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses; que justamente en razón de esta norma adjetiva que el accionante SEGUNDO ANDRES GAMBOA AGUIRRE interpone demanda de IMPUGNACION DE PATERNIDAD, acción que la dirige contra LUZMILA MENDOZA MONDRAGON (En representación de su menor hijo ARMANDO DAMPIER GAMBOA MENDOZA), sustenta válida y jurídicamente su pretensión; del mismo modo a la demandada se le otorgó la oportunidad para que efectivicen su defensa todo ello bajo el estricto cumplimiento del debido proceso.

**SEGUNDO:** Que, el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado consagra el derecho a la identidad y en virtud al mismo, toda persona tiene el derecho de conocer quiénes son sus progenitores y antecesores, con todos los privilegios que por ello le

  
Dr. Andres R. Pérez Parodes  
JUEZ TITULAR  
JUZGADO ESPECIALIZADO CIVIL PERMANENTE  
ASCOPE  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD

  
César Augusto Pérez Ruiz  
SECRETARIO JUDICIAL  
Juzgado Especializado Civil Permanente  
ASCOPE  
Corte Superior de Justicia de La Libertad

podiera corresponder, encontrándose facultada, en caso de incertidumbre en el conocimiento de dicha identidad, para acudir al órgano jurisdiccional a fin de obtener la dilucidación respectiva.-----

**TERCERO:** Que, estando a lo expuesto por la parte accionante en su escrito de demanda, se señaló como punto a principal a probar:

- Determinar si procede amparar legalmente la pretensión de la parte accionante, en cuanto a declarar la impugnación de la paternidad, estableciendo si el demandante es padre biológico de ARMANDO DAMPIER GAMBOA MENDOZA.
- Determinar si corresponde declarar la nulidad de la declaración de paternidad que se impugna.-----

**CUARTO:** Que, en principio se debe precisar que la carga de la prueba recae sobre quien afirma hechos que configuren su pretensión o sobre quien los contradice alegando hechos nuevos, conforme a lo normado por el artículo 196 del Código Procesal Civil.----

**QUINTO:** Que, como medios probatorios que fundamentan la demanda se tiene a fojas siete el acta de matrimonio fecha ocho de junio del año de mil novecientos noventa y dos contraído ante la Municipalidad Distrital de Santiago de Cao por el accionante y la demandada; Que, del documento presentado a fojas veinticuatro (copia certificada por Juez de Paz de Única Nominación de Santiago de Cao de denuncia policial), suscrito por el Sub Oficial Técnico3 P.N.P. Dino Ponce Pardo, suscribe que el día quince de Junio de 1999, la acá demandada LUZMILA MENDOZA MONDRAGON se presenta a la Comisaría de la Localidad de Cartavio ha poner de conocimiento que ese día ha hecho retiro voluntario del hogar que compartía con su esposo el accionante; Que, a folios veinticinco obra la Carta Notarial remitida por Segundo Gamboa Aguirre a LUZMILA MENDOZA MONDRAGON ( recepcionado por ella misma véase folios 25 vuelta), fecha 19 de febrero del 2001, en donde el acá sujeto activo de la relación procesal hace ver a la contraria que el estado de gestación que presenta la última no es causa biológica suya. Que, con el acta de nacimiento de fojas seis se determina que efectivamente la persona de LUZMILA MENDOZA MONDRAGON declara con fecha dieciocho de abril del año dos mil uno, a su hijo de nombre ARMANDO DAMPIER GAMBOA MENDOZA, declarando como padre al acá demandante; Que; la emplazada pesa a estar debidamente notificada tanto con la demandada, como con los actos posteriores a ella no ha objeto de manera alguna la pretensión del accionante, más aún se debe tener en cuenta que MENDOZA MONDRAGON tiene la condición procesal de rebelde, por lo que es deber del Juzgador hacer uso de la presunción legal sobre la verdad de los hechos expuestos, en aplicación del primer párrafo del artículo 461 del Código Procesal Civil; que los hechos antes descritos (la no contradicción a los medios probatorios ofrecidos, la no oposición a la prescindencia del medio probatorio y la presunción relativa de verdad) llevan a la convicción plena del Juzgador que efectivamente SEGUNDO ANDRES GAMBOA

**Dr. Andres R. Pérez Paredes**  
JUEZ TITULAR  
JUZGADO ESPECIALIZADO CIVIL PERMANENTE  
ASCOPI  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD

**César Augusto Pérez Ruiz**  
SECRETARIO JUDICIAL  
Juzgado Especializado Civil Permanente  
- ASCOPI  
Corte Superior de Justicia de La Libertad

AGUIRRE no es padre biológico de ARMANDO DAMPIER GAMBOA MENDOZA al probar aquel que durante la época de concepción del referido menor (mediados del año dos mil) el accionante no mantenía relación marital, ni sexual con la madre biológica de ARMANDO DAMPIER, por lo que se debe tener por impugnada la paternidad de aquel, como consecuencia de ello se debe declarar nula la paternidad declarada por LUZMILA MENDOZA MONDRAGON a favor del menor citado.

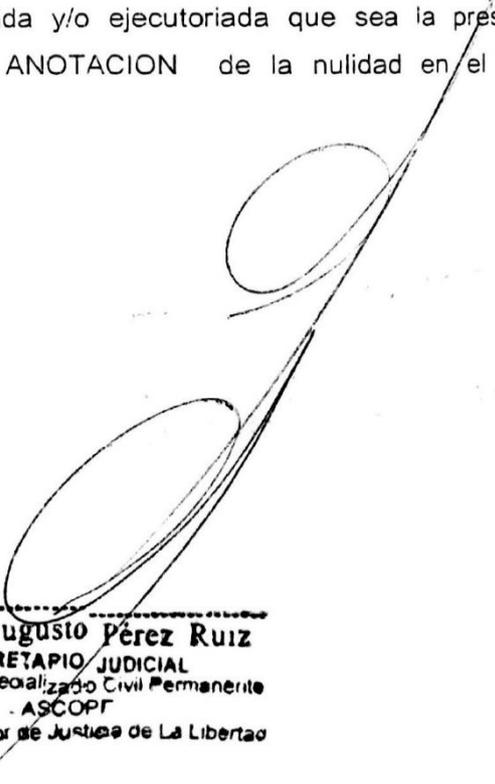
Por estas consideraciones, estando a lo que dispone el inciso 1 del artículo 2, artículo 7 de la Constitución Política del Perú: Administrando Justicia a nombre de la Nación:

FALLO:

- Declarando FUNDADA la demanda de IMPUGNACION DE PATERNIDAD planteada por SEGUNDO ANDRES GAMBOA AGUIRRE contra LUZMILA MENDOZA MONDRAGON (En representación de su menor hijo ARMANDO DAMPIER GAMBOA MENDOZA) sobre IMPUGNACION DE PATERNIDAD, en consecuencia: DECLARO QUE SEGUNDO ANDRES GAMBOA AGUIRRE NO ES PADRE del menor ARMANDO DAMPIER GAMBOA MENDOZA

- DECLARO NULO la declaración de paternidad de SEGUNDO ANDRES GAMBOA AGUIRRE a favor de ARMANDO DAMPIER GAMBOA MENDOZA declarado por LUZMILA MENDOZA MONDRAGON, ante la Municipalidad Distrital de Chicama. Consentida y/o ejecutoriada que sea la presente resolución: DISPONGASE LA ANOTACION de la nulidad en el acta respectiva. NOTIFIQUESE.-

  
**Dr. Andres R. Pérez Paredes**  
JUEZ TITULAR  
JUZGADO ESPECIALIZADO CIVIL PERMANENTE  
ASCOPE  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD

  
**César Augusto Pérez Ruiz**  
SECRETARIO JUDICIAL  
Juzgado Especializado Civil Permanente  
- ASCOPE  
Corte Superior de Justicia de La Libertad

## BIBLIOGRAFÍA

### I. LIBROS:

ABEL LLUCH Xavier, *La valoración de la prueba en el proceso civil*, 1° ed., La Ley, Madrid, 2014.

\_\_\_ *Derecho probatorio*, 1° ed., Bosch, España, 2012, p. 410.

ALFARO VALVERDE Luis G. *El Principio de audiencia. Evolución e influencia en el Proceso Civil*, 1° ed., Bosch, Barcelona, 2014

ALSINA Hugo, *Tratado teórico y práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. III, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1961

ALAYZA Y PAZ SOLDÁN Toribio, *El procedimiento civil en el Perú*, 4ª ed., Lima, 1974.

ATIENZA RODRÍGUEZ Manuel, *Bioética, Derecho y Argumentación*, 1° ed., Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2004.

ALVARO DE OLIVEIRA Carlos A., *Del formalismo en el proceso civil (propuesta de una formalismo-valorativo)*, trad. Juan José Monroy Palacios, 1° Ed., Palestra, 2007.

\_\_\_ . *Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional*, 1° ed., trad. Juan J. Monroy Palacios, Communitas, Lima, 2008.

ALZAMORA VALDEZ Mario, *Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso*, 8° ed., Ediciones Eddili, Lima, s/f.

\_\_\_ . *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 9ª ed., Ediciones Eddili, Lima, 1984.

\_\_\_ . *Derecho Procesal Civil*, Ediciones Peruanas, Teoría del Proceso Ordinario, 1966.

ANDOLINA Italo, «Cognición» y «Ejecución Forzada» en el sistema de la tutela jurisdiccional, 1° ed., Communitas, Lima, 2008.

ARELLANO GARCÍA Carlos, *Derecho Procesal Civil*, 1° ed., Editorial Porrúa S.A., México, 1997.

ARIANO DEHO Eugenia. *Hacia un Proceso Civil flexible. Críticas a las preclusiones del Código Procesal Civil Peruano de 1993*. 1° ed., Ara Editores, Lima, 2013.

- ARMENTA DEU Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales*, 6ª Ed., Marcial Pons, Madrid, 2010.
- ÁVILA Humberto, *Teoría de los principios*, 9ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2011.
- BARBOSA MOREIRA José Carlos, *El Neoprivatismo en el proceso civil*. En: Montero Aroca Juan (coord.), *Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, y quince ensayos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- BAPTISTA DA SILVA Ovidio A., *Curso de Processo Civil*, vol. I, 6ª ed., Editora Revista Dos Tribunais Ltda., São Paulo, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdicción y ejecución*, 1º ed., trad. Juan Monroy Palacios, 2005.
- BARBERIS Mauro, *Introducción al Derecho*, 1º ed., Palestra, Lima, 2015.
- BARINETTI Pietro, *Diritto Romano: parte generale*, F. Vallardi, Milano, 1864.
- BERIZONCE Roberto O., *Principio pro actione, informalismo y exceso ritual manifiesto*. En: *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje del profesor Almagro Nosete*, GIMENO SENDRA Vicente (Dir.), 1º ed., Iustel, 2007.
- BONET NAVARRO José, *La Prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009.
- BORJA NIÑO Manuel Antonio, *La prueba en el Derecho colombiano*, t. I, 2ª ed., UNAB, Colombia, 2003.
- BUSTAMANTE ALARCÓN Reynaldo, *Derecho fundamentales y proceso justo*, 2ª ed., Ara Editores, Lima, 2015.
- \_\_\_\_\_. *El Derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, 2ª ed., Ara Editores, Lima, 2015.
- CALAMANDREI Piero, *Proceso y Democracia*, trad. Héctor Fix-Zamudio, Ejea, Buenos Aires, 1960.
- \_\_\_\_\_. *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. I, Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 319
- CAMARGO ACOSTA Johan S. (coord.) *Código Procesal Civil Comentado por los mejores especialistas*, t. III. 1º ed., Adrus, Lima, 2012.
- CAPPELLETTI Mauro, *La Oralidad y las pruebas en el proceso civil*, 1º. ed., Trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1972.
- CARVALHO Cristiano, *Ficciones jurídicas en el derecho tributario*, 1º ed., trad. por Zain Cabrera y Carilin Lavado, Instituto Pacífico, Lima, 2012, p. 115.

- CARNELUTTI Francesco, Carnelutti Francesco, *Sistema de Derecho Procesal*, t. II, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, y Santiago Sentís Melendo, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944.
- \_\_\_\_\_. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, t. II y III, trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1959.
- CASTILLO ALVA José Luis, LUJÁN TÚPEZ Manuel y ZAVALETA RODRÍGUEZ Roger, *Razonamiento Judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, 2ª ed., Ara Editores, Lima, 2006.
- CAVANI Renzo, *La nulidad en el proceso civil*, 1º ed., Palestra, Lima, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Código Procesal Civil comentado* (coord.), 1º ed., Gaceta jurídica, 2016.
- CHEVALLIER Jacques, *El Estado de Derecho*, 1º ed., trad. Oswaldo Pérez O., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
- CHIASSONI Pierluigi, *Técnicas de Interpretación Jurídica. Breviario para Juristas*, trad. Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- CHIARLONI Sergio, *Medidas coercitivas y tutela de los derechos*, 1º ed., trad. Aldo Zela Villegas, Palestra, Lima, 2005.
- CHIOVENDA Giuseppe, *Ensayos de Derecho Procesal Civil* [1931], v. II, trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1949.
- \_\_\_\_\_. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, v. III, 1º ed., trad. Gómez Orbaneja y Rafael Greco, Valleta Ediciones, 2005.
- CINTRA Antonio Carlos Araujo, DINAMARCO Cândido Rangel, y GRINOVER Ada Pellegrini. Malheiros, *Teoria Geral Do Processo*, 28ª ed., Malheiros Editores, Brasil, 2012.
- CUENCA Humberto, *Proceso Civil Romano*, 1º ed., Ejea, Buenos Aires, 1957.
- COMOGLIO Luigi Paolo, *La garantía constitucional de la acción y el proceso civil* [1970], trad. César Moreno M., Raguel, Lima, 2016.
- CÓRDOVA SCHAEFER Jesús, *El proceso civil. Problemas fundamentales del proceso*, Ediciones Caballero Bustamante, RAE, Lima, 2011
- COUTURE E. Eduardo Juan, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 1950
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., Montevideo - Buenos Aires, B de f, 2002.

- DELLEPIANE Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, 10<sup>ma</sup> ed., Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2011.
- DEVIS ECHANDÍA Hernando, *Teoría del Proceso*, 3<sup>a</sup> ed., revisada y corregida, Editorial Universidad, Buenos Aires.
- \_\_\_\_\_. *Compendio de la Prueba Judicial*, anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso, T. I, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la Prueba Judicial*, t. II, Temis, Bogotá, 2002.
- DIDIER Jr. Fredie, *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v. I, 17<sup>va</sup> ed., Editora Jus Podivm, Salvador, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Sobre la Teoría General del Proceso esa Desconocida*, 1<sup>o</sup> ed., trad. Cristian Delgado Suárez, Raguel, 2015.
- DIDIER Jr. Fredie y NOGUERIA Pedro Pedrosa, *Teoría de los Hechos Jurídicos Procesales*, trad. Cavani Renzo, 1<sup>o</sup> Ed., Ara Editores, Lima, 2015.
- DINAMARCO Cândido Rangel, *Instrumentalidad del proceso*, 1<sup>o</sup> ed., Communitas, Lima, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 7<sup>a</sup> ed., Malheiros Editores, Brasil, 2013.
- D'ONOFRIO Paolo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil [1933]*, trad. José Becerra Bautista, Editorial Jus, México, 1945.
- EISNER Isidoro, *La Prueba en el proceso civil*, 2<sup>a</sup> ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.
- ESPARZA LEIBAR Iñaki, *El principio del proceso debido*, 1<sup>o</sup> ed., Bosch, Barcelona, 1995.
- FALCÓN Enrique M., *Manual de derecho procesal*, t. I., Editorial Astrea, Argentina, 2005.
- FAIRÉN GUILLÉN Víctor, *Teoría General de Derecho Procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.
- FAZZALARI Elio, *Instituições de Direito Processual*, 1<sup>o</sup> ed., trad. Elaine Naddif, Bookseller, 2006.
- FERNÁNDEZ BARREIRO A., y PARICIO J., *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, 8<sup>va</sup> ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011.

- FERNÁNDEZ SESSAREGO Carlos, *Derecho de las personas*, 13ª ed., ampliada y actualizada, Instituto Pacífico, Lima, 2016.
- FERRAJOLI Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, 1º ed., Trotta, Madrid, 1999.
- . *Los derechos fundamentales de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.
- FERRER BELTRÁN Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.
- FERRER BELTRÁN Jordi y VÁSQUEZ Carmen (coords.), *Debatiendo con Taruffo*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- FURNO Carlo, *Contributo alla teoria della prova legale*, Cedam, Milan-Pavoda, 1940.
- GIANNOZI Giancarlo, *La contumacia nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1963.
- GARCÍA AMADO Juan A. y BONORINO Pablo R. (Coords.) *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debate sobre abducción*, 1º ed., Comares, Granada, 2014.
- GONZÁLES BARRÓN Günther, *La Propiedad Mecanismos de defensa*, 1º ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
- GONZÁLES LAGIER Daniel, *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra-Temis, Colombia, 2005.
- GORPHE François, *Apreciación judicial de las pruebas*, trad. Jorge Guerrero, 2ª ed., Temis S.A., Colombia, 1998.
- GASCÓN ABELLÁN Marina, *Los hechos en el derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004.
- GASCÓN ABELLÁN Marina & GARCÍA FIGUEROA Alonso J., *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2015.
- GARCÍA VANEGAS David, *Lecciones de Derecho Probatorio*, 2ª ed., Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá-Colombia, 2005.
- GÓMEZ LARA Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., (1º reimpr. 1989), trillas, México, 1990.
- GONZÁLES ÁLVAREZ Roberto, *Neoprocesalismo (Teoría del proceso civil eficaz)*, 1º ed., Ara editores, 2013.
- GUASTINI Riccardo, *Fuentes del Derecho. Fundamentos teóricos*, 1º ed., trad. Luis Cárdenas y César Moreno, Raguel, Lima, 2016.

- HAACK Susan, *La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple, después de todo*. En: Ferrer Beltrán Jordi y Vásquez Carmen (coords.), *Debatiendo con Taruffo*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- HÄBERLE Peter, *El Estado Constitucional*, 1° ed. (1° reimp. 2001) trad. Héctor Fix-Fierro, UNAM, 2003.
- HERNÁNDEZ MARÍN Rafael, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2<sup>da</sup> ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.
- HURTADO REYES Martin, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, 2<sup>a</sup> ed., t. I, Idemsa, Lima, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Tutela jurisdiccional diferenciada*, 1° ed., Palestra, Lima, 2006.
- HOYOS Arturo, *El Debido Proceso*, 1° ed., Temis, Colombia, 1996.
- IDROGO DELGADO Teófilo, *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Conocimiento*. T. I., 2<sup>a</sup> ed. Fondo Editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, 2014.
- IGLESIAS Juan, *Derecho Romano (Historia e Instituciones)*, 18<sup>a</sup> ed., Sello Editorial, Madrid, 2010.
- GOZAINI Alfredo, *Garantías, Principios y Reglas del Proceso Civil*, 1° ed., Eudeba, Buenos Aires, 2016.
- GUASTINI Ricardo *Fuentes del Derecho. Fundamentos teóricos*, 1° ed., trad. Luis Cárdenas y César Moreno M., Raguél, Lima, 2016.
- GUZMÁN ARIZA Fabio J., *Procedimiento en defecto en materia civil y comercial*, 2<sup>a</sup> ed., Editora Judicial, República Dominicana, 2010.
- KIELMANOVICH Jorge L., *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa fe, 2001.
- MANS PUIGARNAU Jaime M. *Los principios Generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, Bosch, Barcelona, 1979.
- MAZZA Oliviero, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Giuffrè Editore, Milano, 2011.
- MARINONI Luiz Guilherme, CRUZ ARENHART Sérgio, MITIDIERO Daniel, *Novo Código de Processo Civile comentado*, Editora Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2015.

- MARINONI Luiz Guilherme, *Efetividade do processo e tutela de urgência*, Sérgio A. Fabris, Porto Alegre, 1994.
- MENDOÇA Daniel & SCHMILL Ulises (comp.), *Ficciones jurídicas (Kelsen, Fuller, Ross)*, 1° reimp. (1° ed., 2003) Fontamara, México, 2006.
- MICHELE Gian Antonio, *Curso de Derecho Procesal Civil*, t. II, trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1970.
- MORELLO Augusto Mario, *La eficacia del proceso*, 2ª ed., Hammurabi, Argentina, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Procesalistas inolvidables*, 1° ed., Hammurabi, Argentina, 2001.
- MORALES Ignacio J., *Derecho Romano*, 3° ed., Trillas, México, 1995 (reimp. 1989).
- \_\_\_\_\_. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, trad. Aldo Zela Villegas, 1° ed., Palestra, Lima, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Introducción al Derecho Procesal Civil*, trad. Christian Delgado Suárez, 1° ed., Palestra, Lima, 2015.
- MARTEL CHANG Rolando A., *Pruebas de oficio en el Proceso Civil*, 1° ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015.
- MEDELLÍN BECERRA Carlos E., *Lecciones de Derecho Romano*, 15ª ed., Legis, Colombia, 2009.
- MITIDIERO Daniel, *La justicia civil en el Estado Constitucional. Diálogos para un diagnóstico*, trad. Renzo Cavani & Christian Delgado S., 1° ed., Lima: Palestra, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*, trad. Renzo Cavani, Marcial Pons, 2013.
- MIRANDA ESTRAMPES Manuel, *La mínima actividad probatoria en el Proceso Penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- MIXÁN MASS Florencio, *Teoría de la Prueba*, Ediciones BLG, Trujillo, 1992.
- MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, t. I, versión castellana por Buenaventura Selva, Imprenta de Don Marcos Bueno, Madrid, 1845.
- MONTERO AROCA Juan, *Introducción al Derecho Jurisdiccional peruano*, 1° ed., Enmarce E.I.R.L., Lima, 1999.
- \_\_\_\_\_. (Dir.), *La prueba*, Consejo General del Poder Judicial, España, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Derecho Jurisdiccional*, t. II, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- MONTAÑO DE CARDONA Julia V., *Instituciones procesales desde el Constitucionalismo*, 1° ed., Leyer, Colombia, 2002.
- MONROY GÁLVEZ Juan F., *Introducción al Proceso Civil*. t. I, Temis, Colombia, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Teoría General del Proceso*, 2ª ed., Palestra Editores, Lima, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Diccionario de Procesal Civil*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- MORALES Godo, *Instituciones de Derecho Procesal*, 1° ed., Palestra editores, 2005, Lima.
- MORESO Juan José y VILAJOSANA Josep María, *Introducción al Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- MORTARA Lodovico, *Manuale della procedura civile*, v. I, 5ª edizione, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1906.
- MOUTINHO CORDEIRO Felipe, *Revelia como efeito da contumacia no processo civil brasileiro*, Buqui, 2014.
- MUÑOZ SABATÉ Lluís, *Técnica Probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Temis, Santa fe-Colombia, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Probática Judicial*, 1° ed., La Ley, España, 2009.
- NIEVA FENOLL Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- NOVELINO Noberto J., y GONZÁLEZ Atilio C., *EL silencio y sus efectos en los procesos judiciales*, 1° ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000.
- LEDESMA NARVÁEZ, M. *Estudios críticos de Derecho Procesal Civil y Arbitraje*. T. I., 1° ed., Gaceta Civil & Procesal Civil, Lima, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Comentarios al Código Procesal Civil*. 5ta ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2015.
- LARENZ Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, 1° ed. (1° reimp. 1985) trad. Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1993.
- LINARES Juan F., *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución argentina*, 2ª ed. actualizada, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- LUISO Francesco P., *Diritto processuale civile*, t. II, 6° ed., Giuffrè Editore, Milano, 2011.
- LUJÁN TÚPEZ Manuel, *Diccionario Penal y Procesal Penal*, 1° ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

- LÓPEZ GUERRA, Luis *et al.*, *Derecho Constitucional*, Vol. I, *El ordenamiento constitucional. Derecho y deberes de los ciudadanos*, 9º ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.
- PARRA QUIJANO Jairo, *El Proceso. En Derecho Procesal Civil*, T. I, Temis S.A., Bogotá, 1992.
- PELTASON, J.W. *Sobre Estados Unidos. La constitución de los Estados Unidos de América* (con notas explicativas), *The World Book Encyclopedia*, U.S.A, 2004.
- PRIETO SANCHÍS Luis *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, 1era. ed., Trotta, Madrid, 2013.
- PROTO PISANI Andrea, *La Tutela Jurisdiccional*, 1º ed., (trad.) Eugenia Ariano Deho *et al.*, Palestra, Lima, 2014.
- TARUFFO, Michele, IBÁÑEZ Perfecto A. y CANDAU Alfonso, *Consideraciones sobre la prueba judicial*. 2ª ed., Ed. Fundación Coloquio Jurídico-Europeo, Madrid, 2010.
- TARUFFO Michele, *La prueba de los hechos*, 2ª ed., Jordi Ferrer Beltrán, Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- \_\_\_\_\_. *La Prueba*, 1º ed., trad. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Marcial Pons, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Páginas sobre Justicia Civil*, trad. Maximiliano Aramburo Calle, 1º Ed., Marcial Pons, Madrid, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Simplemente la verdad*, trad. Daniela Accatino Scagliotti, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- RABINOVICH-BERKMAN Ricardo D., *Derecho Romano*, 1º ed., Astrea, Buenos Aires, 2001.
- RAMPONI Lamberto, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Fratelli Bocca, Torino, 1890.
- RIOJA BERMÚDEZ Alexander, *El Nuevo Proceso Civil Peruano*, 1º ed., Editorial Adrus, S.R.L., Lima, 2011.
- RUBIO CORREA Marcial, *Estudios de la Constitución Política de 1993*, t. III, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.
- ROSENBERG Leo, *La carga de la prueba*, 2ª ed., trad. Ernesto Krotoschin, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2002.

- \_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Procesal Civil* [1951], t. I, 1° ed. peruana, trad. de Ángela Romera Vera, Ara Editores, Lima, 2007.
- SAMANES ARA Carmen, *La Tutela del rebelde en el proceso civil*, 1° ed., José María Bosch, Barcelona, 1993.
- SÁINZ José María, *Derecho Romano*, t. I, 2ª reimp. Limusa S.A., México, 1994.
- SARLET INGO Wolfgang, MARINONI Luiz Guilherme y MITIDIERO Daniel, *Curso de Direito Constitucional*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
- SENTÍS MELENDO Santiago, *La prueba, Los grandes temas del derecho probatorio*, EJE, Buenos Aires, 1979.
- SERRA DOMÍNGUEZ Manuel, *Estudio de Derecho Probatorio*, Communitas, Lima, 2009.
- SILVA VALLEJO José, *La Ciencia del Derecho Procesal*, 2ª ed., Lima: Legales Ediciones, 2014.
- SCHÖNKE Adolf, *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., trad. Prieto L. Castro, Editorial Bosch, Barcelona, 1948.
- SOSA SACIO Juan Manuel (coord.), *El Debido Proceso. Estudios sobre derechos y garantías procesales*, 1° ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- SCHUM David A., *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*, trad. Orión Vargas, Orión Vargas, Bogotá, 2016.
- OBANDO BLANCO Víctor R., *Proceso Civil y el Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Base para un Modelo*, 1° Ed. Ara Editores, Lima, 2011.
- DE LA OLIVA Andrés y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ Ignacio, *Derecho Procesal Civil*, 1° reimp. (2ª ed.), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003.
- PALACIO Lino, *Derecho Procesal Civil*, t. V, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967.
- PÉREZ RAGONE Álvaro & ORTIZ PRADILLO Juan Carlos, *Código Procesal Alemán (ZPO), traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*, Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2006.
- PERLA VELA OCHAGA Ernesto, *Juicio Ordinario (Exposición sistemática del Código de Procedimientos Civiles)*, Editorial Lumen S.A., Lima, 1968.
- PRIETO-CASTRO FERRANDIZ Leonardo, *Derecho Procesal Civil*, vol. II, 2ª (2ª reimpresión 1974), Tecnos, Madrid, 1977.

- REDENTI Enrico, *Derecho Procesal Civil*, trad. Sentís Melendo y Ayerra Redín, Ejea, Buenos Aires, 1957.
- VALLINES GARCÍA Enrique, *La Preclusión en el proceso civil*, 1º ed., Thomson - Civitas, España, 2004.
- VARELA Casimiro A., *Valoración de la prueba*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2004.
- VERGÉ GRAU Joan, *La rebeldía en el proceso civil*, 1º ed., Librería Bosch, Barcelona, 1989.
- VÉSCOVI Enrique, *Teoría General del Proceso*, 2ª Ed. actualizada, Bogotá: Temis S.A., 1999.
- WACH Adolf. *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*. Trad. Enersto Krotoschin, 1º ed., Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1958.
- ZAGREBELSKY Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón A., 10ª ed., Trotta, Madrid, 2011

## II. REVISTAS:

- ALFARO MUIRHEAD Christian y AGÜERO SAN JUAN Claudio, *Sobre las ficciones en el discurso jurídico-penal de las sentencias: el caso chileno*. En: Revista de Estudios de la Justicia, N° 06, Año 2005.
- AARNIO Aulis, *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. En: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, vol. 8, 1990.
- AGUILÓ REGLA Josep, *Presunciones, verdad y normas procesales*, Isegoría, N° 35, 2006.
- ÁVILA Humberto, *¿Qué es el debido proceso legal?*, Revista Gaceta Constitucional N° 57, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2012.
- BALDASSARE Pastore, *"Giusto proceso" e verità giudiziale*. En: Riv. Filosofia del diritto, 2012-2013.
- BARBOSA MOREIRA José Carlos, *Coincidencias y diferencias del nuevo Código Procesal Civil peruano frente a la legislación brasileña*. En: *Temas de Direito Processual*, Sexta Serie, Saraiva, Sao Paulo, 1997, p. 270 ss., véase también en: BENABENTOS Omar A. (Dir.), *Derecho Procesal Civil y Comercial*, editorial Juris, Argentina, 2000.

- BRISEÑO SIERRA Humberto, *Excepciones Procesales*. Revista de la Facultad de Derecho de México N<sup>ros</sup> 63-64, t. XVI, Universidad Nacional Autónoma de México, julio-diciembre, 1966.
- BOURGUIGNON Marcelo, *El Debido Proceso. Garantía Constitucional*. en: Revista La Ley, *Derecho Procesal Civil y Comercial. Doctrinas Esenciales*, Adolfo Alvarado Velloso (Dir.), t. I, Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2010.
- CAPOGRASSI Guiseppe, *Juicio proceso ciencia verdad* [1950], trad. Eugenia Ariano. En: Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Vol. 6, N<sup>o</sup> 2, Lima, 2016.
- CASASSA CASANOVA Sergio. *La rebeldía: ¿el que calla otorga?*, Revista Gaceta Civil & Procesal Civil N<sup>o</sup> 25, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- CARNEIRO DA CUNHA Leonardo, *Negocios jurídicos procesales en el proceso civil brasileño*, trad. Marco Antonio Flores. En: Henrique Nogueira Pedro y Cavani Renzo, *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, vol. I, Raguel, Lima, 2015.
- CAVANI Renzo, «Decisión justa»: ¿mero *slogan*? —por una teorización de la decisión judicial para el proceso civil contemporáneo—», en: Revista de Derecho Procesal Justicia, N<sup>o</sup> 01, Bosch Editor, 2015.
- CHIOVENDA Guiseppe, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, en: Saggi di diritto processuale civile (1900-1930), t. I, Foro Italiano, Roma, 1930.
- FAZZALARI Elio, *Diffusione del processo e compiti della doctrina*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1958.
- GARCÍA CHÁVARRI Abraham, *Apuntes sobre el derecho fundamental al juez predeterminado por ley*. En: Sosa Sacio, Juan Manuel (coord.), *El Debido Proceso. Estudios sobre derechos y garantías procesales*, 1<sup>o</sup> Ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2010.
- GASCÓN ABELLÁN Marina, *¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión probatoria*. En: Revista Jueces para la democracia, N<sup>o</sup> 52, 2005.
- GONZÁLEZ Atilio Carlos, *El concepto de conflicto en el nuevo ordenamiento procesal civil del Perú*. En: Revista Ius et veritas n<sup>o</sup> 9, Lima, 1994.
- . *Proceso y conflicto en el nuevo ordenamiento procesal civil del Perú*. En: Ius et praxis. Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, n<sup>o</sup> 24, Lima, 1994.
- GOZAÍNI Osvaldo Alfredo, *El "Neoprocesalismo"*, en: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, año VI, n<sup>o</sup> 9, Buenos Aires, 2006,

- MONTELEONE Girolamo, *Notas sobre las relaciones entre jurisdicción y ley en el Estado de Derecho* (trad. Eugenia Ariano). En: *Revista de Derecho Thēmis*, 2<sup>da</sup> época, n° 43, Lima, 2001.
- MORALES GODOLAN Juan, *La rebeldía y sus consecuencias procesales*. N° 177, Año 2008.
- MÁRQUEZ LAMENÁ Sebastián, *La rebeldía como funcional al proceso civil*, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, N° 28, Año 2013.
- MITIDIERO Daniel, *A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional*, *Revista de Processo*, Ano 39, V. 229, Março-2014.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal*, *Revista cuatrimestral del Poder Judicial del Estado de Sinaloa*, N° 1, Año 1, Sep.-Dic., México, 2012.
- MONROY PALACIOS Juan José, *Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano*, *Revista Oficial del Poder Judicial*, Vol. 1º, N° 1, Lima, 2007.
- ORELLANA TORRES Fernando y PÉREZ RAGONE Álvaro, *Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil*, *Ius Et Praxis*, N° 2, Año 2013.
- ORTELLS RAMOS Manuel, *Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil*. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 1, 2010.
- PERLA VELAOCHAGA Ernesto, *Temas de Derecho Procesal*. En: *Revista de Derecho PUC* n° 21, Lima, 1962.
- PEÑA GONZALO Lorenzo & AUSÍN DÍEZ Txetxu, *La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria*, *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XVIII, 2001.
- PRIORI POSADA Giovanni, *La constitucionalización del derecho procesal*, XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Colombia, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Del derecho de acción a la efectiva tutela jurisdiccional de los Derechos*. En: *Revista Ius Et Veritas*, N° 49, diciembre, 2014.
- PROTO PISANI Andrea, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel Processo Civile*. En: FREDIE SOUZA Didier Jr. & FERREIRA Jordão (coord.) *Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial*, Editora Jus Podivm, Salvador, 2007.

- POZZOLO Susanna, *Neoconstitucionalismo, y la especificidad de la interpretación constitucional*, trad. Josep M. Vilajosana, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, vol. 21, n° 2, 1998.
- STERLING CASAS Juan Pablo, *Hermenéutica y argumentación jurídica: límites a la discrecionalidad*. En: GRÁNDEZ Pedro y MORALES Félix, *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, 1° ed., Palestra editores, Lima - México D.F., 2013.
- TARSKI Alfred, *Verdad y Demostración*, versión castellana de Carlos Oller, *Disputatio. Philosophical Research Bulletin* 4:5, 2015
- TARUFFO Michele, *Idee per una teoria della decisione giusta*, En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Cedam, Padua, 1997
- THEODORO JÚNIOR Humberto, *Direito fundamental à duração razoável do processo*. En: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, N° 29, mar-abril, 2009.
- TROCKER Nicolò, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civile*, *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, fasc. 2, 2001.
- VAN RHEE Remco, *European traditions in Civil Procedure: an introduction*, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 15, Año 2011, Chile.
- VERGÉ GRAU J. *La rebeldía en el Proceso Civil*, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, t. II, Lima, 1998.
- \_\_\_\_\_. *La rebeldía en la nueva Ley de Enjuiciamiento Española*, *Revista Xurídica Galega*, España, 2002.

### III. TESIS:

- GALERA FUZISHIMA Ancilla Caetano, *Uma abordagem crítica acerca da revelia no Direito Processual Civil Brasileiro*, Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2007.
- MARIA MARQUES Débora Santa, *O processo civil e a colaboração de terceiros*, Dissertação de Mestrado na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Processual Civil, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

LEÓN REYES Teodorico, *La rebeldía en el proceso civil peruano*, tesis para optar el grado de bachiller en Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1975.

ZAVALETA RODRÍGUEZ Roger, *El debido proceso: Un modelo para armar*, tesis para optar el título de abogado, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, 1997.