



## Algunas reflexiones sobre el posible cambio de paradigma respecto a la Tutela Jurisdiccional Efectiva

Entonces, la discusión se desarrolló en términos de si el debido proceso estaba dentro de la tutela jurisdiccional o si la tutela jurisdiccional estaba dentro del debido proceso, o en todo caso, cómo se relacionaban estos derechos. El Tribunal Constitucional peruano (en adelante “el Tribunal”), mediante sentencias de hace tres a cinco años, ha señalado que la tutela jurisdiccional comprende: (i) el acceso a la justicia; (ii) el debido proceso; y, (iii) todo lo que tiene que ver con la efectividad misma de la ejecución de una decisión.

Seguidamente, hemos pasado a la discusión sobre el ámbito de vigencia o de validez de este derecho -que solamente podía ser invocado en los procesos jurisdiccionales-, para analizar si cabía la posibilidad de que alguno de sus elementos se aplicase en otro tipo de procesos o procedimientos. En el Perú ya se consagraba la tesis de que, llámese tutela jurisdiccional o debido proceso, los elementos que la conforman se aplican no solo a los procesos judiciales sino también a los procesos arbitrales, a los procedimientos militares, administrativos, e incluso a los procedimientos privados de tipo corporativo. Por ejemplo, en el ámbito de una persona jurídica que contemple en uno de sus estatutos un procedimiento para sancionar a alguno de sus miembros. Al respecto, el Tribunal ha señalado que ese procedimiento tiene que respetar elementos esenciales del debido proceso para que sea válido. Ha dicho, inclusive, más. En el ámbito laboral, tenemos un procedimiento previsto en la ley para que el empleador que quiera despedir a un trabajador siga un trámite determinado, entre empleador y trabajador sencillamente, sin necesidad de acudir a ninguna autoridad. El Tribunal ha señalado que ese trámite donde el empleador notifica al trabajador con las causales por las cuales lo va a despedir -si es que se verifica que estas se han producido-, tiene que respetar también determinadas garantías del debido proceso. Hasta ese estado hemos llegado.

Adicionalmente, siguiendo un poco la tradición del derecho estadounidense, nuestro Tribunal ha señalado de manera reiterada que el debido proceso en el Perú no solamente tiene una manifestación procesal sino también una manifestación sustancial, y esto es muy importante para el caso específico del derecho peruano. La manifestación procesal, como sabemos, reúne aquellos elementos que hacen que un proceso sea válido, sea justo, etcétera; y respecto a la manifestación sustancial, el Tribunal, siguiendo esta corriente del derecho estadounidense, ha señalado que se exige que todo acto de poder (no solamente una sentencia, sino cualquier acto

de poder) sea razonable. En otros términos, ha dicho que no puede ser absurdo, que no puede ser producto de un razonamiento incorrecto o de una mala valoración de las circunstancias que se tienen en cuenta para aplicar una ley, por ejemplo el material probatorio. No obstante, al mismo tiempo la decisión no puede ser arbitraria sino que tiene que responder al derecho vigente, tiene que tener en cuenta el material probatorio, y, además, tiene que respetar tanto derechos fundamentales como los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Esto, en el caso peruano, es muy relevante porque tenemos un proceso de amparo que no dirigimos directamente ante el Tribunal sino que iniciamos ante un juez ordinario.

En el caso peruano se puede interponer un amparo contra una sentencia judicial no como recurso sino como proceso, pero nuestra Constitución señala que el amparo contra sentencia judicial solo cabe por la causal de afectación al debido proceso. Lo dice de otra manera: “cabe proceso de amparo contra sentencia irregular”, y el Tribunal ha interpretado que la sentencia irregular significa una sentencia que vulnera el debido proceso. Entonces, cuando solo se entendía que el debido proceso en el Perú tenía que ver con elementos procesales, todo el tema sustancial (me refiero al tema vinculado con la libertad de expresión o con la igualdad y todo ese tema que tiene que ver con derechos fundamentales sustanciales) no podía ser invocado -en ese entonces- en un amparo contra una sentencia judicial porque la Constitución peruana señalaba -explícitamente- que solo podía impugnarse a través de un amparo por afectación del debido proceso, que en aquel entonces era solo formal. Si una sentencia afectaba la libertad de expresión por el contenido que el propio Tribunal había desarrollado anteriormente, el amparo -en ese entonces- resultaba improcedente. Para solucionar este problema, el Tribunal determinó

## Mesa Redonda con Reynaldo Bustamante Alarcón, Francisco Chamorro Bernal, Luiz Guilherme Marinoni y Giovanni Priori Posada.

que en el caso peruano, el debido proceso, además de esta manifestación formal o procesal, tenía una manifestación sustancial que exigía que ninguna decisión en términos de una sentencia vulnerase derechos fundamentales de tipo material. Este nuevo parecer del Tribunal, que ya se ha consolidado en el Perú a través de reiterada jurisprudencia, permite actualmente utilizar el proceso de amparo contra una sentencia judicial, por ejemplo, de la Corte Suprema, por considerar que la decisión vulnera algún derecho fundamental de tipo material (el derecho a la igualdad, la libertad de expresión, el derecho a no ser discriminado, etcétera). Precisamente, dice el Tribunal, que al vulnerar esos derechos fundamentales, el debido proceso resulta también siendo afectado en su manifestación sustancial. De esa manera, soluciona el impase que no permitía un control constitucional de una sentencia por elementos que no fuesen procesales.

En resumen, hoy tenemos un derecho -llámese tutela jurisdiccional o debido proceso-, sumamente amplio, que no solamente está comprendido por elementos procesales sino que contiene una puerta de entrada para permitir el control de todo acto de poder en general pero, específicamente, de sentencias que puedan vulnerar derechos fundamentales también de tipo sustancial. Eso es lo que tenemos hoy en el Perú y, en ese sentido, la tutela jurisdiccional o el debido proceso se convierten en un instrumento imprescindible de primer orden para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

**Doctor Chamorro, al respecto ¿usted considera que la tutela jurisdiccional efectiva tiene el mismo significado que el debido proceso? Algún sector de la doctrina señala que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende tanto el acceso a la justicia, como un debido proceso y la efectividad de la sentencia, ¿está usted de acuerdo?**

**Francisco Chamorro (FC):** Yo entiendo que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que nosotros denominamos “la garantía de las garantías”, es la forma constitucional de proteger los demás derechos fundamentales, lo que en definitiva garantiza al ciudadano el derecho a la prestación judicial. ¿Qué es la prestación judicial? Pues es aquel derecho

que garantiza al ciudadano que en cuanto tenga algún problema jurídico, podrá plantearlo ante un órgano jurisdiccional y este le dará una solución, la que sea. Esto es el contenido de la tutela judicial efectiva. Ahora bien, ¿qué es lo que comprende la tutela judicial efectiva? Todo aquello que sea necesario para que desde que el ciudadano acceda a los tribunales hasta que se le reconozca efectivamente lo que se ha resuelto. Por tanto, para mí, la pregunta de si el debido proceso está incluido en la tutela no es tal problema. Yo creo que el debido proceso es un elemento indispensable de la tutela, porque no se puede otorgar la tutela si antes no se ha pasado por el debido proceso; es decir, los tribunales no pueden resolver si no es después del proceso y, por tanto, evidentemente, el debido proceso es una parte esencial de la tutela. Yo creo que la tutela, básicamente, se podría dividir en cuatro partes: (i) el derecho del libre acceso a los tribunales; (ii) la prohibición de la indefensión por el derecho de defensa que sería el proceso debido; (iii) el derecho a una resolución; y, (iv) el derecho a hacer efectiva la resolución. Si falla alguno de esos escalones, pues falla la tutela en sí. Resumiendo, el debido proceso es un elemento indispensable de la tutela, sin debido proceso no hay tutela.

**¿Considera usted que la tutela jurisdiccional efectiva es un principio o un derecho?**

**FC:** Yo creo que serían las dos cosas. Hablando de la Constitución española, el derecho a la tutela judicial es un derecho fundamental formal, como decía el doctor Bustamante. El artículo 24 es un derecho fundamental formal y le llamamos “la garantía de las garantías” porque es la garantía de los demás derechos fundamentales materiales tales como el derecho a la vida, a la libertad de expresión, huelga, entre otros. Su protección viene precisamente por ese

## Algunas reflexiones sobre el posible cambio de paradigma respecto a la Tutela Jurisdiccional Efectiva

derecho fundamental formal que es el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que -en definitiva- los primeros garantes de esos derechos fundamentales materiales son los órganos jurisdiccionales, que hablan a través del ejercicio de la jurisdicción.

### **Doctor Marinoni, ¿usted está de acuerdo con lo que se ha dicho hasta ahora con relación a la tutela jurisdiccional efectiva?**

**Luiz Guilherme Marinoni (LM):** Yo entiendo este derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho fundamental, de tal modo que lo intento desvincular de la antigua idea del derecho de acción, es decir, del derecho de la resolución de un conflicto y de la implementación de la decisión, lo que para mí es insuficiente. Yo intento situar el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva en la teoría de los derechos fundamentales, de modo que este tiene que ser antes visto como algo que incide sobre el Estado en su totalidad, es decir, incide sobre el ejecutivo, legislativo y judicial. Al incidir sobre estas tres esferas de poder, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva crea un deber de prestación de tutela para cada una de ellas. El ejecutivo tiene un deber de dotar al aparato judicial de mecanismos y de presupuesto, capaces de viabilizar la realización efectiva del derecho a la tutela jurisdiccional. Por otro lado, el legislativo tiene un deber de tutela normativa, en otras palabras, está obligado a crear procedimientos y a instituir técnicas procesales que sean realmente idóneas para permitir a las personas alcanzar la tutela de sus derechos, los cuales les son prometidos por el derecho sustancial. De este modo, pensar en el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva exige también el desarrollo de la teoría de la tutela de los derechos, lo que ha sido estudiado solo por los civilistas. ¿Y esto por qué? Para que pensemos en la realización de la tutela jurisdiccional efectiva, nosotros precisamos saber a qué debe responder el proceso para ser efectivo: a una determinada sustancia. Nosotros necesitamos comprender cuál es esa sustancia, es decir, cuál es la tutela que tenemos el derecho de obtener. Esto es muy importante porque en la nueva dogmática de la teoría a la tutela de los derechos se hace una distinción evidente entre el acto contrario al derecho y el daño en el ámbito civil. La antigua tutela resarcitoria por el equivalente, la indemnización en dinero, que era la tutela preferida por quien acudía a una jurisdicción civil, hoy en día se muestra insatisfactoria. Es una

tutela insatisfactoria que llevó a una simple monetarización o patrimonialización de los derechos.

Cuando surgen nuevos derechos, cuando son priorizados los derechos fundamentales, como el derecho a la salud, al medio ambiente, entre otros; se hace importante generar formas de tutela destinadas a garantizar la integridad de los derechos no patrimoniales, como el derecho al medio ambiente, por ejemplo. Esta tutela debe ser requerida por el ciudadano justamente porque el derecho material y la Constitución, en los países que consagran los derechos fundamentales, garantizan su protección a todos los ciudadanos. Es decir, yo tengo una posición jurídica porque la Constitución y el derecho sustancial me la otorgan y, por tanto, tengo derecho en el ámbito sustancial a obtener la tutela jurisdiccional al medio ambiente, a la salud, etcétera. Yo estoy fuera del proceso, mas como proceso, para ser efectivo y corresponder a un derecho fundamental a la tutela efectiva, tiene que idearse la manera en la que realmente se pueda propiciar aquella tutela que fue prometida por la Constitución o por el Código Civil a una persona. Cabe al legislador infra constitucional construir procedimientos que realmente sean capaces de permitirlo, bajo la pena de incidir en inconstitucionalidad. Cuando el legislador no establece procedimientos adecuados, deja en las manos del juez la tutela de los derechos y el deber de controlar la constitucionalidad de la protección normativa otorgada por el propio legislador; de modo que surge, desde el punto de vista dogmático, un punto bastante importante de la llamada “insuficiencia de tutela normativa de un derecho fundamental”. Es decir, el legislador puede dejar de tutelar de modo suficiente un derecho fundamental. Esta percepción dogmática permite un control crítico de la actividad del legislativo frente a los derechos fundamentales y ello es necesario porque todo derecho fundamental solo tiene un porqué cuando incide sobre el legislador.

## Mesa Redonda con Reynaldo Bustamante Alarcón, Francisco Chamorro Bernal, Luiz Guilherme Marinoni y Giovanni Priori Posada.

El derecho fundamental es justamente una garantía de que el legislador va a comportarse de forma adecuada, de modo que garantice lo que es más importante para la sociedad. En vista que en, prácticamente, todos los países se tiene consagrado el derecho a la personalidad (de contenido no patrimonial), se puede inferir que toda persona posee un derecho a la tutela capaz de impedir la violación a su derecho, o sea, todo aquel que tenga una Constitución que garantice el derecho a la personalidad, tiene derecho a la tutela inhibitoria. Uno no tiene derecho a la tutela inhibitoria porque el Código Procesal Civil lo dice, pues no es función de este otorgar el derecho a tutela inhibitoria. El derecho a la tutela inhibitoria resulta de la simple existencia de un derecho no patrimonial, como el derecho a la personalidad, por ejemplo. De modo que si el Código Procesal Civil deja de estructurarse, permitiendo la efectiva tutela inhibitoria, será evidentemente inconstitucional por omisión. Es decir, si un legislador no prevé, por ejemplo, la posibilidad de que el juez ordene, bajo pena de multa, que alguien deje de actuar contrario a derecho, no se le otorga al juez el poder de prestar la tutela efectiva. En Italia, por ejemplo, donde el juez puede proferir sentencia declaratoria, constitutiva y condenatoria, no hay posibilidad de que este efectivamente preste la tutela inhibitoria. En Italia, la tutela inhibitoria es una tutela declaratoria, no una real tutela inhibitoria, no es una tutela que responda al derecho fundamental a la tutela efectiva, justamente porque el juez no es capaz de constreñir al demandado a “dejar de hacer” en todos los casos. El juez solo tiene la posibilidad de constreñir al demandado en determinados procedimientos específicos, en determinadas hipótesis específicas y eso, a mi modo de ver, afecta el derecho fundamental a la tutela efectiva. El legislador no previó un mecanismo que viabilice la tutela del derecho material, consagrado, por ejemplo, en el Código Civil italiano y, por consiguiente, violó el derecho fundamental de acción que está consagrado en la Constitución de la República.

Bueno, entonces ¿qué debemos hacer?, ¿qué puede hacer el juez?, ¿será que el juez no puede hacer nada cuando el legislador no legisla técnicas procesales capaces de permitir el ideal alcance de algo que ya fue concedido a una persona? La tutela ya fue concedida a un justiciable según la ley y la Constitución. El Código Procesal Civil está omitiendo, es decir, el legislador infraconstitucional está negando poderes imprescindibles para que el juez preste la tutela jurisdiccional. A mi parecer, como el derecho fundamental no incide solo sobre el ejecutivo o el legislativo, sino también sobre el juez,

cabe la posibilidad que el juez supla la omisión legislativa en caso se pueda identificar, a partir del uso de un raciocinio decisorio, que exista un derecho de tutela de un derecho material. En otras palabras, usando el juez su raciocinio decisorio, debe verificar que la persona tiene derecho a la tutela inhibitoria, conforme a la legislación procesal. Pero ¿cómo obligarlo a no violar el derecho a la tutela inhibitoria? Yo no tengo mecanismos. Yo tengo que procurar suplir la omisión, pero ¿cómo suplir la omisión? Ese es el problema. Es evidente que no se trata de otorgar al juez un cheque en blanco, una posibilidad de ejercer el arbitrio. Lo que sucede es que hoy en día el poder del juez ya no es controlado por el principio de tipicidad de las formas procesales, a raíz del derecho fundamental a la tutela de los derechos. Ese control es mucho más sofisticado y complejo; y se realiza aplicando las reglas de la hermenéutica y, principalmente, de la argumentación jurídica. Pero, ¿cuál es la regla de hermenéutica? Algunos podrían decir que el Juez está creando la norma procesal, pero en realidad él está supliendo una omisión, porque el derecho a la tutela efectiva es un derecho fundamental que incide directamente sobre él, independientemente de la ley infraconstitucional. A mi modo de ver, el derecho material otorga la posibilidad de suplir esta omisión porque no está creando ni usurpando al poder legislativo, al definir la técnica procesal.

Algunos dirían que debe aplicar la regla de la proporcionalidad, que debería realizar una ponderación entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de defensa. Desde mi punto de vista, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva jamás podrá ser objeto de la regla de ponderación porque este derecho es o no es realizado, no existe prestación de tutela jurisdiccional efectiva parcial. Lo que se puede aplicar es una subregla de la proporcionalidad, llamada “regla de la necesidad”. La regla de

## Algunas reflexiones sobre el posible cambio de paradigma respecto a la Tutela Jurisdiccional Efectiva

la necesidad se subdivide en: (i) regla del medio más idóneo; y, (ii) regla de la menor restricción posible. Entonces, el Juez deberá identificar, a partir del principio de la isonomía, cuáles son las normas procesales que en principio garantizarían una modalidad ejecutiva que sería idónea para el caso concreto, por ejemplo, para la prestación de la tutela inhibitoria, pero ella es definida para otros casos, me refiero a la situación de Brasil.

En Brasil existe la posibilidad de que el juez ordene, bajo pena de multa, un no hacer para prestar la tutela inhibitoria. Pero supongamos lo contrario. En ese caso, uno iría a verificar otra parte de la legislación procesal civil en la cual el juez puede ordenar un hacer para compeler al deudor a prestar un hacer fungible. Por ejemplo, le podría ordenar a usted que construya un predio bajo pena de multa, en Brasil se puede. Entonces yo diría, ¿existe racionalidad, a partir de un principio de igualdad, en admitir que el juez ordene -bajo pena de multa- que alguien construya un predio, pero no admitir que ordene -bajo pena de multa- que alguien no viole un derecho no patrimonial?, ¿habría racionalidad para una situación como esa? A partir de ello, se podría justificar, mediante la regla del medio más idóneo, de la menor restricción posible, la posibilidad de usar una orden bajo pena de multa, porque yo sigo el siguiente raciocinio: ¿cuál es la única manera de prestar tutela inhibitoria al derecho al medio ambiente o al derecho a la personalidad?, ordenando que uno no haga. ¿De qué forma se puede ordenar que uno “no haga”? La única manera es ordenarlo bajo pena de multa o bajo pena de prisión. Por supuesto, yo no pensaría en aplicar la pena de prisión, pero sí podría pensar que puedo evitar que una persona continúe contaminando el medio ambiente, determinando que instale un equipamiento anticontaminación o determinando que su fábrica sea cerrada. Esas posibilidades de modalidades ejecutivas serían medios idóneos para tutelar el derecho al medio ambiente, porque evitarían la contaminación. Pero, ¿cuál sería un medio que implique la menor restricción posible? Sin dudas, la instalación del equipamiento anticontaminación; de modo que, en un caso como este, la decisión del juez solamente sería legítima o aceptable si él determinase el medio idóneo que implicase la menor restricción posible, cualquier otra decisión carecería de legitimidad y podría naturalmente ser impugnada como una decisión indebida o ilegítima. Me parece importante reflexionar sobre la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho fundamental porque permite que se genere un deber en las tres esferas del poder mencionadas. Asimismo, crea el

deber de controlar la propia constitucionalidad de la actuación del legislativo y del ejecutivo, y más que eso, controlar la constitucionalidad no solamente de la ley, de la acción, sino también de la omisión ya que esta puede, así como la ley, violar un derecho fundamental a la tutela efectiva.

**FC:** Sería interesante calificar las cuestiones porque mi intervención ha sido sobre la tutela jurisdiccional objetiva estricta; en cambio, el profesor Marinoni ha hablado, más ampliamente de la tutela que ya no sería judicial, sino sobre la tutela de los derechos fundamentales por parte del legislativo y del ejecutivo. Evidentemente, el poder ejecutivo y el poder legislativo pueden vulnerar la Constitución y los derechos fundamentales materiales pero la protección contra esas vulneraciones nos retrotraen, al menos en el derecho español, a la tutela jurisdiccional efectiva porque ¿quién va a determinar si el legislativo, cuando regula o establece un procedimiento judicial que no respeta los fundamentos de la tutela, está vulnerando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva? El juez dirá: “señor legislador, usted está vulnerando la Constitución porque el procedimiento que establece no respeta las garantías mínimas del proceso”. Del mismo modo respecto al ejecutivo. Entonces quien esté legitimado, acudirá a los jueces para que señale que el ejecutivo, en el caso específico, estaría vulnerando un derecho fundamental, y volvemos al órgano judicial que será el que determinará esto. Entonces yo creo que nuestros discursos son compatibles, lo que pasa es que yo me he centrado exclusivamente en el poder judicial que es en definitiva, por lo menos en España, el que será el que determinará quién ha violado un derecho fundamental sea: (i) un ciudadano; (ii) el legislativo, que efectivamente puede cometer una inconstitucionalidad por omisión; o, (iii) el ejecutivo que, con normas infralegales, también lo puede hacer.

## Mesa Redonda con Reynaldo Bustamante Alarcón, Francisco Chamorro Bernal, Luiz Guilherme Marinoni y Giovanni Priori Posada.

**LM:** Me gustaría dejar claro que, justamente, yo no estoy hablando de la tutela de los derechos fundamentales materiales, esa no es mi preocupación. Mi preocupación está en la tutela de los derechos fundamentales procesales. Por ejemplo, si no existe procedimiento adecuado para la tutela del derecho ambiental, el legislador afecta un derecho fundamental procesal, un derecho fundamental a la tutela efectiva, no un derecho a la tutela del medio ambiente.

**FC:** Desde mi punto de vista, eso, en España, no es posible porque cualquiera tiene la posibilidad de acudir a los tribunales. En mi país, toma la palabra el Poder Judicial quien es el que dirá si es que se ha vulnerado o no un derecho fundamental material. Y en cuanto de la tutela inhibitoria, ¿en Brasil los jueces no pueden ordenar a no hacer?

**LM:** Sí pueden. Lo que me gustaría dejar claro es que los derechos fundamentales pueden ser materiales y procesales. Aquí estamos preocupados del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, no con el derecho ambiental o con el derecho a la salud. El problema es que yo solo puedo tutelar un derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva si tengo técnicas procesales capaces de permitir la tutela de todos los otros derechos. Entonces, cuando yo demando la tutela -por ejemplo, del medio ambiente-, pero el legislador no previó una técnica procesal capaz de permitir la tutela del medio ambiente; yo puedo invocar la inconstitucionalidad de todo el procedimiento procesal, inconstitucionalidad por omisión de una técnica procesal. Ahí yo no estoy tutelando directamente el derecho ambiental.

**FC:** De acuerdo, aunque en el caso español existiría otra posibilidad. El Tribunal dice que en materia de derechos fundamentales, aunque no haya un proceso establecido por el legislador, el juez debe habilitarlo, entonces eso cerraría el círculo.

**Giovanni Priori (GP):** ¿Cómo sería eso con lo que conversábamos ayer respecto a la posibilidad de que, en el caso concreto del Tribunal, se creen normas procesales? Ayer, entendía yo, y estábamos más o menos de acuerdo, en que eso sería un exceso de parte del Tribunal, pero hoy la conversación mas bien está yendo a decir que...

**RB:** Depende de qué norma, tú puedes sacar una norma, sin duda, que supla complemente o mejore, por ejemplo, un

tema probatorio. Entonces, ¿tú te refieres a normas procedimentales, no?, como normas de plazos...

**GP:** Claro, correcto, normas procedimentales.

**FC:** Es que el tribunal español, cuando está definiendo un derecho fundamental, por ejemplo, el derecho fundamental a la prueba, está creando ese derecho a la prueba porque está delimitando este derecho, ese aspecto que está dentro de su función.

**GP:** Eso es correcto, pero digamos que la intervención de Marinoni me hace pensar que ahora cualquier juez, y no solo el Tribunal, estaría habilitado a crear una norma de procedimiento en tanto que no exista un procedimiento previsto por el legislador para la protección de un determinado derecho y, en esa lógica, sobre la base de los principios (contradictorio, defensa, etcétera), ponderándolos, establece ciertos procedimientos. Ahora la pregunta es, ¿y para ese caso concreto?

**FC:** Pero, estoy imaginando -en el Derecho español- qué caso no podría encausarse dentro de un procedimiento y la verdad es que no se me ocurre.

**RB:** Yo creo que, por lo menos en el caso peruano, tenemos una tradición compartida con Latinoamérica, donde recibimos mucha influencia del Derecho europeo pero también del Derecho anglosajón, a tal punto que nuestros jueces son muy activos, entonces, no es extraña la idea de que un juez pueda crear derecho y pueda corregirle la plana al legislador sea por acción o por omisión. Incluso el Tribunal ha llegado a decir que los órganos administrativos que resuelven conflictos como el órgano de competencia en España, por ejemplo, también pueden ejercer el control de constitucionalidad de las normas

## Algunas reflexiones sobre el posible cambio de paradigma respecto a la Tutela Jurisdiccional Efectiva

legales, control difuso en sede administrativa. Alguna vez un profesor en España me dijo que sobre patologías no se podía hacer teoría.

Nuestra realidad es un poco distinta a diferencia del Derecho europeo en el que los principios pueden estar muy bien coordinados, tanto en los hechos como en el derecho. En primer lugar, tenemos un legislador, donde el estándar de quienes integran nuestro poder legislativo no es aquel político especializado que pertenece a un partido político y que tiene determinada formación. El ciudadano común piensa en el legislador como una persona que llegó, no se sabe cómo (sin duda por elecciones) y, por lo tanto, es un legislador irracional, ese es el concepto. Entonces, en nuestra cultura jurídica el juez aparece como la autoridad que cuenta con la formación adecuada para suplir o corregir los excesos irracionales del legislador. Eso justifica que, en nuestra cultura jurídica, que el juez tenga una presencia mucho más importante. Por otro lado, la tutela jurisdiccional efectiva tiene ya en nuestro país todo un desarrollo de la perspectiva de los derechos fundamentales. Suscribiríamos plenamente todo lo que usted ha dicho porque no son incompatibles ya que nuestras tradiciones obedecen precisamente a una influencia plural. Eso significaría que el juez está directamente vinculado por el contenido de la tutela jurisdiccional y significa también que, no solo el Tribunal sino el juez ordinario, tienen la obligación de ir desentrañando, en vía de interpretación, el contenido que pueda tener la tutela jurisdiccional y por lo tanto, todas las obligaciones que tiene el legislador, el ejecutivo y el propio juez.

Con relación a la tutela inhibitoria, creo que el poder que tiene un juez para poder decirle a alguien “no hagas porque si haces lo contrario te pongo algún tipo de medida condenatoria”. En el caso peruano, contamos con los procedimientos, desde mi punto de vista. Creo que, por ejemplo, podríamos utilizar un procedimiento sumarísimo (así lo llamamos en el Perú) que no es el proceso sumario que acaba con una sentencia y que luego da lugar a un proceso mayor, donde habrá una etapa de cognición más grande. No, es un proceso que termina con una sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada pero con etapas muy reducidas. Entonces, nuestro Código Procesal, por ejemplo, dice que se puede utilizar el procedimiento sumarísimo para solicitar tutela urgente, con medidas cautelares que en el Perú son amplísimas. Nosotros tenemos una medida cautelar que se llama cautelar genérica, que consiste en un cajón de sastre ya que podemos pedir

a través de una medida cautelar genérica casi cualquier cosa, obviamente siempre que respete la adecuación, la necesidad, la idoneidad, que son una exigencia razonable.

Entonces, creo que no es un problema de procedimientos, sino un problema de si la decisión que toma el juez, ordenando algo que no está previsto en la norma, es válida o no. Opino que sí es válida porque se presentan los tres requisitos: (i) competencia; (ii) procedimiento; y, (iii) que el contenido material sea conforme con normas superiores. El juez tiene competencia, ese poder en virtud de la jurisdicción no solo para aplicar el derecho en general y, dentro de ello, la tutela jurisdiccional, que repito, en el Perú no va a esperar -según esta técnica de un derecho de configuración legal- a que el legislador determine cuáles son los contenidos y procedimientos y no otros que podría tener la tutela para su protección. Creo que el poder con el que cuenta el juez por la jurisdicción, le permite aplicar el derecho constitucional, legal, etcétera; y a través de una interpretación válida, le permite desentrañar algún mandato que el legislador no previó porque las circunstancias eran otras o porque simplemente no llegó a un acuerdo para adoptarlas. Creo que desde esa perspectiva la competencia sería válida. Respecto al segundo requisito, bastaría con seguir el procedimiento que ya tenemos, por ejemplo, el sumarísimo, el abreviado, etcétera, según las circunstancias, y que el contenido de su decisión, finalmente, la orden misma, sea respetuosa de otros derechos fundamentales, incluyendo a la tutela jurisdiccional. Si se presentara algún conflicto entre ellos, pues tendría que aplicar las técnicas, entre ellas la ponderación. Desde mi punto de vista eso sería conforme con nuestra cultura jurídica y con lo que el Tribunal viene diciendo al respecto.

**FC:** A mí me cuesta mucho aceptar que un juez, ante un vacío procesal, pueda crear una

## Mesa Redonda con Reynaldo Bustamante Alarcón, Francisco Chamorro Bernal, Luiz Guilherme Marinoni y Giovanni Priori Posada.

norma, me parece inconcebible. En España a veces se da esa circunstancia y pensar que cada juez va a dar una solución distinta, generaría un caos. En España ha habido muchos supuestos de estos en que la aplicación de una norma procesal crea un caos entre los operadores jurídicos, hasta que viene el legislador. Es decir, no se permitiría que el juez creara una norma como tal, desde el punto de vista español, no.

**GP:** Pero sí habría una situación particular, por ejemplo, en materia de plazos, porque un juez podría decir que -en el caso peruano que el juez tiene control difuso y control concentrado- para ese caso concreto, ese plazo afecta la defensa.

**RB:** Pero no estamos hablando de situaciones que a todas luces resultan arbitrarias. Por eso me permito distinguir entre (i) las normas de procedimiento, llámese plazo, circunstancias de modo, de cómo ejercer los derechos; y, (ii) procesales más sustanciales o sustanciales con efectos procesales. Teniendo en cuenta la idea de que en nuestra tradición ya se ha superado la idea de las famosas acciones, aquí no pensamos en derecho procesal en el ejercicio de la tutela jurisdiccional en términos de “tengo acción posesoria, entonces interpongo una demanda; si tengo acción reivindicatoria, interpongo esta demanda”. Simplemente hablamos de pretensiones, yo digo que es lo que quiero pedir y solo si tiene fundamento el juez me lo entrega. No necesito decir, “este petitorio está en la norma tal que es la que regula la acción posesoria”.

**FC:** Refiriéndome al tema del plazo, el juez peruano puede decir que una norma es inconstitucional porque tiene control difuso. El español tiene que plantear una cuestión de inconstitucionalidad, y a ver si es o no procedente. Esa sería la diferencia.

**LM:** La cuestión del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, a mi parecer, genera un beneficio en relación con la teoría de la tutela de los derechos, que es una teoría de derecho material, no una teoría de derecho procesal. En esa situación, cuando no existe la posibilidad de que las técnicas procesales viabilicen la prestación de la tutela prometida por el derecho sustancial, no es difícil decir que la falta de una técnica de derecho procesal constituye una infracción constitucional, porque en ese caso no se le da al legislativo cualquier margen de libertad para legislar, sino que está obligado a definir la técnica procesal. Ya en el caso del plazo, hay un margen en que el máximo podría

vulnerar el derecho de la duración razonable del proceso, mientras que el mínimo podría vulnerar el derecho de defensa. Entonces yo puedo fijar el plazo en diez días, pero no puedo en dos años ni tampoco en un día, pero en este margen habría una constitucionalidad. Cuando se ofrece ese margen de actuación para el legislador, no hay como el juez se inmiscuya en la tarea del legislativo. Ahora, cuando no se ofrece cualquier margen de actuación para el legislador, él no tiene otra alternativa para viabilizar la prestación de la tutela inhibitoria, por ejemplo, sino permitir al juez ordenar bajo pena de multa. Si acaso no se ofrece a la persona esa modalidad ejecutiva, el juez vulnerará necesariamente el derecho fundamental a la tutela efectiva.

Parece algo obvio, se los digo porque escribí un libro llamado *Tutela Inhibitoria* en Italia y cuando estaba allá, conocí procesalistas dedicados a ese tema, especialmente la profesora Cristina que me dijo: “Italia tiene un derecho procesal avanzado, pero por más increíble que parezca, como somos herederos de las concepciones de Chiovenda, solo tenemos sentencia declaratoria, constitutiva y condenatoria (fuera del proceso específico)”. ¿Y eso qué significa? Eso significa que el proceso civil no está estructurado para permitir una tutela inhibitoria atípica. Es decir, decían Cristina y Proto Pisani: “la tutela debida a los derechos no patrimoniales, hoy en día en Italia, no tienen correspondencia en el proceso civil. Entonces ella me decía -en *off* por supuesto-, que tienen un proceso civil inconstitucional.

**FC:** Yo creo que esto, en España, lo hubiera solucionado el Tribunal. No entiendo cómo en Italia han llegado a este problema respecto de la tutela inhibitoria porque el Tribunal Constitucional español diría que hay un interés en esa condena de hacer.

**LM:** No es por casualidad que esto ocurre en Italia, es que el Congreso italiano entendió

## Algunas reflexiones sobre el posible cambio de paradigma respecto a la Tutela Jurisdiccional Efectiva

que otorgar al juez el poder de ordenar bajo pena de multa era muy peligroso porque le permitía crear derechos. ¿Qué le faltaría al Juez para dar fuerza a su norma? sólo la coerción.

**GP:** El remedio vendría por parte del juez y no del legislador en ese caso, es decir, no tanto por la posibilidad de declarar sino por la posibilidad de ordenar con una efectividad tal que el juez pueda disponer (“te multo si no lo haces”). El remedio no viene dado por el ordenamiento ni viene dado por la ley, sino que el remedio en concreto viene dado por el juez, con pena además.

**FC:** Las medidas condenatorias vendrían sustentadas en un derecho a ser declarado.

**LM:** Sí, pero se quería que el juez se fijara tan sólo en la declaración, yo declaro que usted no puede hacer, pero no puedo obligarlo bajo pena de multa a que no lo haga.

**GP:** Ahora, hay un tema, ¿no es que acaso estamos cambiando de paradigma?, es decir, esta idea de la abstracción, de la absoluta separación del derecho de acción respecto del derecho material, que fundamentalmente desde Chiovenda es prácticamente un dogma, y luego esta absoluta separación. Ya no son distintos sino que uno tiene derecho de acción por mas que no tenga derecho material de modo tal que se abstrae totalmente esta noción de acción. ¿No es que acaso está comenzando a perder vigencia por esta nueva reconciliación que se busca entre derecho de acción y derecho material con esta idea de efectividad de la tutela? Es decir, la única manera de pensar que la tutela jurisdiccional pueda ser efectiva es mirando el proceso en función al derecho material. No hay otra manera de pensar la efectividad si es que no vemos cómo el proceso responde de manera idónea, adecuada y oportuna a la necesidad de protección del derecho material. Y por supuesto, de ahí viene también esta idea de la instrumentalidad del proceso.

No sé si el legislador es lo suficientemente previsor como para poder crear modelos procesales idóneos para la protección de todos los derechos ante todas las necesidades de protección de estos derechos, sea en situaciones de lesión o sea en situaciones de amenaza ya que suelen ir mucho más rápido que la propia reacción del legislador para tutelarlos, es decir, para crear a partir de la ley estos remedios. Entonces tenemos

dos opciones: (i) esperamos a que el legislador reaccione y brinde los medios de protección adecuados (aquí sí me estoy refiriendo a los procesales); o, (ii) le damos al juez la posibilidad de que, en aplicación directa del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sea el que adecue el proceso ya existente o cree un medio procesal idóneo para hacerlo. Entonces esa vinculación de la tutela jurisdiccional efectiva hace que el proceso tenga que reaccionar de manera adecuada a la especial necesidad de protección de un derecho. ¿Eso no debe esperar a que el legislador responda o es que acaso el juez está habilitado para dar esa tutela en el caso concreto? Ahora claro, si este mecanismo de protección llega al Tribunal y este último lo hace mediante precedente vinculante, entonces eso ya se convierte prácticamente en una norma aplicable para todos los casos.

**RB:** Pero la reflexión es la misma, la pregunta podría ser, ¿puede el juez constitucional hacer esto?

**GP:** Sí, porque en ambos casos estamos hablando del ejercicio de la función jurisdiccional. Entonces, esta absoluta separación de poderes parece replantearse a partir de la idea de Estado Constitucional. Esta diferencia de Estado de Derecho - Estado Constitucional, donde el Estado de Derecho, en el modelo francés, el juez está absolutamente desplazado respecto del legislador; y en donde en esta idea de Estado Constitucional, el juez comienza -no sé si a reemplazar al legislador porque no es para tanto- a tomar aquellas posiciones perdidas.

**FC:** El hecho de que no tengamos control difuso en España sigue un mismo temor de la revolución francesa respecto al juez. En cuanto al tema de la acción, yo creo que uno de los aportes más importantes de la sociedad constitucional española es olvidarnos de las acciones. Es decir, antes había que decir

## Mesa Redonda con Reynaldo Bustamante Alarcón, Francisco Chamorro Bernal, Luiz Guilherme Marinoni y Giovanni Priori Posada.

“tengo acción para esto”; ahora, si tienes interés, tienes que tener legitimidad porque es un principio básico del proceso desde la Constitución. Y en cuanto a la protección, creo que a través de cualquier procedimiento se puede proteger un derecho fundamental, pero además, el legislador español, aparte de los procedimientos ordinarios, ha creado un procedimiento especial en lo laboral para la protección de los derechos fundamentales, otro en lo civil (léase derecho a la intimidad, honor, etcétera), otro en lo contencioso. Entonces, ¿qué más cauces quieren? Yo creo que es un problema de cauces.

**GP:** Sí, pero por ejemplo, nosotros tenemos el amparo como mecanismo modelo de protección de los derechos fundamentales. También tenemos el *Habeas Corpus*, el *Habeas Data*, el de Cumplimiento, tenemos todo. Sin embargo, en el caso del amparo que es el más usado, sí creo que es inconstitucional porque no sirve en su estructura para dar aquella protección rápida a los derechos fundamentales, aunque dura tanto o más que un proceso civil sumarísimo. Eso no es solamente un problema de carga procesal -que podría solucionarse teniendo más jueces- sino problema del propio diseño legislativo. Si uno compara el esquema del procedimiento de amparo y el esquema del procedimiento sumarísimo, resulta ser que uno dice: “mejor me voy al sumarísimo”. La Convención de los Derechos Humanos nos exige tener un mecanismo efectivo y rápido para la protección de los derechos reconocidos por la Convención. El amparo, en teoría, lo es.

**LM:** Inclusive, la tutela anticipatoria en el amparo. ¿O no?

**GP:** El artículo 22 del Código Procesal Constitucional, para algunos, incluye la tutela anticipada, pero para otros no la incluye, porque el legislador fue muy tímido. Es más, si uno le pregunta a uno de los miembros de la Comisión que hizo el Código Procesal Constitucional, la mayoría dicen que no.

**LM:** Se vulnera el derecho fundamental a la tutela efectiva. Un modelo de amparo sin la tutela anticipatoria, vulnera su derecho fundamental.

**FC:** De hecho la efectividad de la tutela exige la tutela anticipada.

**RB:** Claro, tú eres juez y en virtud de la tutela jurisdiccional efectiva se te plantea la necesidad imperiosa de una tutela

anticipada. Tú te encuentras con que o hay una norma defectuosa o no hay norma y estás vinculado con la tutela jurisdiccional, ¿qué haces?

**GP:** Se exige la capacidad de ejecutar la sentencia o, inaplicando la norma en caso me diga que se tenga que suspender -cosa que podría hacer el juez peruano-, o diciendo que para el caso concreto, en virtud de la vinculación, suspendo.

**RB:** Así es. Tendría que decir que la tutela jurisdiccional lo obliga a crear este requerimiento, en cualquiera de los dos casos.

**GP:** Entonces, eso es una norma. No hay que temer a decirlo.

**RB:** Yo lo veo así. Desde la teoría del derecho, por lo menos, se acepta que el juez crea normas concretas sin ningún problema. Entonces, en el caso de un proceso particular, habría que ver si la norma concreta está desarrollando para ese caso, es válida o no como hemos podido analizar.

**FC:** Pero, una pregunta sobre el amparo peruano. Es que me parece que el juez que ve el amparo peruano puede anular...¿qué jerarquía tiene este juez?

**RB:** Ojo, que existe amparo contra ley...

**FC:** ¿Amparo contra ley?

**RB:** Siempre y cuando sean autoaplicativas. Que no se requiera nada para que la ley se aplique, por ejemplo, un reglamento, entonces si vulnera un derecho fundamental se cuenta con un amparo contra ley. Por eso es diferente al caso español.

**FC:** Pero de cara a la dificultad de que un juez pueda anular la sentencia de otro compañero.

**RB:** El juez de primera instancia puede anular una sentencia de la Corte Suprema.

**FC:** Eso es muy peligroso.

**RB:** Para terminar, en nuestro país, el amparo es un proceso que se inicia ante un juez, puede ser un juez especializado en lo constitucional -antes podía ser la Corte Superior. En todo caso, la sentencia de la Corte Suprema, en lugar de ser atacada a través de un "recurso" de amparo ante el Tribunal directamente, se inicia un proceso ante un juez donde atacará la sentencia de la Corte Suprema, y de ahí a una segunda instancia o grado y, finalmente, llegará al Tribunal.

**FC:** Yo me planteaba cómo un juez de primera instancia va a anular la sentencia de otro de primera instancia, ya ni pensé que podía anular la sentencia de una instancia superior.

**GP:** Y además, habían casos -el Tribunal ya dejó establecido que esto no es posible- en los cuales un juez de primera instancia podía anular la sentencia del propio Tribunal Constitucional. Pero ya el Tribunal dijo amparo contra amparo. Pero entonces la

conclusión sería que la tutela jurisdiccional efectiva llega a tal grado de vinculación hacia el juez, que sin temor alguno, admitimos la posibilidad de que el juez cree normas.

**FC:** Debe habilitar los cauces para se protejan los derechos fundamentales.

**RB:** Tenemos que reunificar los procesos de amparo, tenemos que reunificar los procesos constitucionales, que están todos dispersos, tenemos que buscar que el sistema sea más racional.

**LM:** Me parece que ese problema de la creación de una norma, en ese sentido, la creación de una norma procedimental, tiene que ver con el impacto del constitucionalismo. A partir del momento en que pensamos en la actuación del juez frente a los derechos fundamentales, le imponemos al juez el deber de comprender las normas a partir de los derechos fundamentales. Es obvio que a partir de ese momento, el juez ejerce una función muy distinta de su función primitiva. Entonces, nos damos cuenta de la importancia del neo constitucionalismo.

**GP:** Por eso, es un cambio de paradigma total. No solo se trata de decir "es un derecho fundamental", sino que es un derecho fundamental que supone que en el ordenamiento jurídico todos se comportan de manera diferente.