

LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

Jorge Carrión Lugo

Director de la Revista de la Facultad

Vocal de la Corte Suprema de la República

Profesor en la Academia de la Magistratura

Profesor Principal en la UNMSM y en la Universidad SMP.

SUMARIO:

1.- Ideas preliminares	311
2.- Concepto del Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva ...	312
3.- La tutela jurisdiccional como un principio y como un derecho	314
3.1.- ¿Como concebimos el derecho de acceder a la justicia?	319
3.2.- ¿Como concebimos el debido proceso?	330
3.3.- ¿Como concebimos la efectividad de la decisión judicial	341
4.- El juez como titular exclusivo del otorgamiento de la tutela jurisdiccional efectiva	343

1. Ideas Preliminares.

Dentro de las fases del proceso en general y del proceso civil en especial la etapa decisoria es fundamental y trascendental, pues en ella el Juez no sólo resuelve la controversia, sino también en ella confiere la tutela jurisdiccional a quien corresponda, al demandante o al demandado. Es la fase en la cual el juzgador determina la materia en controversia, en ella evalúa los medios probatorios aportados al proceso, en ella el Juez califica jurídicamente los hechos acreditados, en ella fija la norma jurídica aplicable al caso para resolver el conflicto, en ella el Juez desarrolla la subsunción de los hechos en la norma jurídica aplicable al caso, en ella decide la causa, en ella se producen y se conceden los medios impugnatorios que fundamentalmente permiten la revisión de la resolución por las instancias judiciales superiores. Lo expuesto no signifi-

ca que las otras fases del proceso no sean importantes; lo que queremos decir es que en la etapa decisoria del proceso se patentiza la tutela jurisdiccional efectiva, que en esencia es el servicio público que presta el Estado ejercitando su función jurisdiccional.

La decisión judicial, como consecuencia de lo dicho, constituye la exteriorización de la función jurisdiccional que ejerce el Juez. Mediante ella el juzgador extiende la tutela judicial solicitada por el reclamante. En este Capítulo, por ello, estudiamos con cierta amplitud el tema relativo a la tutela jurisdiccional efectiva, así como el principio *iura novit curia* como facultad o atribución del Juez de aplicar el derecho a la materia en controversia para resolver el litigio.

2. Concepto del Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Nuestro ordenamiento jurídico, en relación al servicio que presta el Estado en materia judicial, recoge una serie de principios, que lo catalogamos esenciales para caracterizar nuestra organización jurisdiccional. Señalamos los principales: a) El Estado, en términos generales, entre otras funciones, tiene la de administrar justicia. b) Una de las garantías de la administración de justicia es la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional ejercida por el Poder Judicial. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral (Art. 139, inc. 1, Const.). c) La potestad de administrar o impartir justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial y por aquellas otras instituciones que establezca la Constitución Política del Estado (Art. II T.P. de la nueva LOPJ). d) La justicia se imparte exclusivamente por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial. Sus decisiones son definitivas. Sólo la Constitución puede establecer excepciones (Art. III, inc. 1, T.P. del proyecto de la nueva LOPJ). e) La tutela jurisdiccional efectiva es un servicio público que presta el Estado a todo justiciable que la solicite. Por tanto, toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o la defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso (Art. I, T.P. del CPC).

De los principios anotados se deduce que el ejercicio de la función jurisdiccional por el Estado constituye un deber, que éste, por ser titular exclusivo de su ejercicio, no puede rehusar ejercer dentro de un estado de derecho. El derecho de los justiciables a la tutela jurisdiccional, de otro lado, constituye una contrapartida de ese deber del Estado de ejercer la jurisdicción. En tanto el sujeto titular de algún derecho no acuda al organismo judicial reclamando su protección, la facultad jurisdiccional del Estado se concibe si se quiere como

algo estático, en donde naturalmente hay organismos judiciales pre-establecidos y un proceso, con reglas de procedimiento también pre-establecidas, destinados a resolver conflictos o a dirimir incertidumbres de naturaleza jurídica. Esa facultad jurisdiccional entra en movimiento en el momento que el sujeto titular de un derecho acciona. Por ello se señala que, 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 de un conflicto de intereses intersubjetivo o dirima la incertidumbre jurídica. El emplazado con la demanda, por ser titular también del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en el proceso civil, tiene derecho a contradecirla (Art. 2 CPC).

El punto de partida, para concebir la esencia de la tutela jurisdiccional, lo encontramos en que toda persona, cualquiera que sea su condición, es titular de una serie de derechos. Estos derechos, para ser tales, dentro de una sociedad por más primitiva que sea, tienen que ser respetados por los integrantes de ella. Este respeto, en determinados casos, para imponer, requiere de mecanismos que el derecho se encarga de estructurarlos. El organismo que asume la función de resolver los conflictos que se producen en la colectividad, generados por el desconocimiento o la violación de esos derechos, utiliza siempre un mecanismo procesal, por más simple que sea, para resolver el conflicto o la incertidumbre jurídica. Esa actividad que desarrolla el titular de la función de resolver conflictos o dilucidar incertidumbres, tendiente a proteger el derecho del afectado, es lo que constituye la tutela jurisdiccional. La tutela jurisdiccional, por tanto, desde una visión dinámica, importa una actividad. La jurisdicción en colectividades organizadas es un deber que ejerce el Estado; pues, frente a la petición del justiciable, tiene el deber de administrar justicia, no pudiendo rehusarse así tenga la ley vacíos o deficiencias.

El proceso, dentro de una sociedad organizada, es el instrumento mediante el cual el Estado ejerce su función jurisdiccional, mediante el cual concede la protección al justiciable que la reclama, con la efectividad que normalmente el afectado requiere, de modo que la decisión del juzgador no se quede en el papel o en una simple declaración. El Juez, dentro de un proceso, representa al Estado. El Juez constituye el personaje central dentro de un proceso, cualquiera sea la naturaleza o especialidad o materia justiciable.

Se dice que los justiciables, por un lado, tienen derecho al proceso, en el sentido de que nadie puede ser condenado sin haber sido sometido a un proceso. Por otro lado, tienen derecho a intervenir dentro del proceso, entre otros,

para ejercitar su derecho de defensa en las distintas oportunidades y modalidades que señala el ordenamiento. Finalmente, tienen derecho a que la decisión judicial se ejecute utilizando los mecanismos procesales establecidos.

3. La Tutela Jurisdiccional como un principio y como un derecho

La función jurisdiccional se ejerce declarando el derecho, impartiendo justicia, que es la actividad normal y esencial que desarrollan los jueces. Para unos la palabra jurisdicción deriva de la expresión latina *jus dicere*, que significa declarar el derecho. Para otros, deriva de la locución latina *iurisdictio*, que se reduce a decir o mostrar el derecho. La jurisdicción, no hay duda, es la facultad que tiene el Estado para resolver los conflictos que se producen en la colectividad aplicando el derecho en su concepción general. Por cuya razón se habla también que el Estado, ejerciendo la función jurisdiccional, presta un servicio público. De ese servicio público deriva el derecho que tienen los integrantes de la sociedad a la tutela jurisdiccional efectiva.

La tutela jurisdiccional efectiva se conceptúa también como un principio procesal. En efecto, se ha estructurado el proceso como una herramienta no sólo para el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Estado, sino también como un instrumento para conceder protección en su derecho a los justiciables. Por ello se dice que la tutela jurisdiccional se concibe como un principio, como una directiva, como una idea orientadora, pues, por un lado, servirá para estructurar las normas procesales, y por otro lado, servirá para interpretar las normas procesales existentes.

Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción, naturalmente, a un debido proceso. El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda alguna prestación de otra persona esa pretensión sea atendida, protegida, por el órgano jurisdiccional, a través de un proceso con las garantías mínimas que el ordenamiento jurídico conciba. El Código Procesal Civil recoge este principio cuando dice que 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 (Art. I, T. P., CPC). Es que la función jurisdiccional como servicio público que es, es a la vez un deber y un poder del Estado, de cuya función no puede excusarse, no puede negarse a conceder la tutela jurídica a la persona que lo solicite, sustentado naturalmente en la titularidad del derecho reclamado.

La tutela jurisdiccional, conjuntamente con el debido proceso, está concebido por la Constitución peruana como un principio y un derecho de la función jurisdiccional (Art. 139, inc.3, Const.). La tutela jurisdiccional efectiva no puede darse sino dentro de un debido proceso. Como lo explicamos más adelante, la tutela jurisdiccional, como instituto jurídico-procesal, se exterioriza en diferentes momentos y continuos. Uno, en el momento del acceso a la jurisdicción a que tienen derecho todas las personas naturales y jurídicas; otro, durante el desarrollo del denominado debido proceso, donde el ejercicio del derecho de defensa es uno de los fundamentales principios, al lado de la emisión de la decisión judicial debidamente fundamentada; y otro momento final, cuando se tiene que hacer efectiva la decisión judicial, es decir, cuando se tiene que ejecutar o se va hacer cumplir el pronunciamiento judicial. Por ello incluso el Código Procesal Civil regula la tutela jurisdiccional efectiva, comprendiendo las indicadas etapas.

La tutela jurisdiccional, como los hemos anotado, se concibe también como una contrapartida al derecho a la tutela judicial, que se hace valer haciendo uso del derecho de acción. Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción, naturalmente, a un debido proceso. El mecanismo para solicitar la tutela jurisdiccional efectiva es interponiendo la acción procesal. El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda alguna prestación de otra persona esa pretensión sea atendida, protegida, por el órgano jurisdiccional, a través de un proceso con las garantías mínimas: como la presencia de un Juez natural, competente e imparcial, conocedor del derecho aplicable al caso y sabedor de los hechos a los cuales debe aplicar el derecho material; como la existencia de mecanismos procesales que garanticen un emplazamiento válido con la demanda y demás resoluciones; como la existencia de mecanismos para ofrecer y actuar los medios probatorios tendientes a acreditar los hechos alegados; como la presencia de garantías que propicien resoluciones debidamente fundamentadas, basadas en los hechos probados y en el derecho pertinente; como la existencia del derecho de impugnación, sin límite alguno, salvo el cumplimiento de los requisitos normales que en todo medio impugnatorio se establecen; como la posibilidad de que el principio de la pluralidad de instancias sea observado plenamente; etc.

El procesalista nacional Juan Monroy Gálvez¹, sobre el derecho a la tutela jurisdiccional, escribe lo siguiente:

“... la jurisdicción es un poder, pero también un deber. Esto último es así porque el Estado no puede sustraerse a su cumplimiento. Basta que un sujeto de derecho lo solicite o exija, para que el Estado se encuentre obligado a otorgarle tutela jurídica. Por eso se dice, nos parece que con certeza, que la jurisdicción tiene como contrapartida el derecho a la tutela jurisdiccional. Se considera que este es el que tiene todo sujeto de derechos—solo por el hecho de serlo— y que lo titula para exigir al Estado haga efectiva su función jurisdiccional”.

La correcta acepción de la jurisdicción, como lo hemos anotado, es el deber que tiene el Estado, mediante los jueces, para administrar justicia. Es que la jurisdicción debe concebirse como una función que ejerce el Juez como integrante de un órgano judicial al resolver los conflictos que se le someten a su decisión. El Estado, sin duda alguna, ejerce esa función cuando se presentan determinados presupuestos. Cuando las personas, en el área civil, en sus relaciones jurídicas, conforman su conducta dentro del marco de los preceptos de la ley, no se produce ninguna alteración, caso en el cual la norma se cumple espontáneamente. Empero, cuando la conducta de las personas se resiste a cumplir la norma, cuando a la pretensión de una persona se opone la resistencia de la otra, sea porque niegue su legitimidad o porque contra ella se plantea una pretensión contraria, se produce lo que constituye una controversia o un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica por contraposición de pretensiones. En este estado de cosas el Estado interviene normalmente a instancia de parte para restablecer el orden jurídico alterado. Producido el conflicto de intereses en materia civil, si no hay posibilidad de resolverlo recurriendo a medios pacíficos y amigables, no queda otro camino que recurrir al Estado a fin de que por intermedio de sus organismos jurisdiccionales resuelva la controversia aplicando la ley. Esa es la esencia de la función jurisdiccional. Es interesante consignar a continuación lo que Hugo Alsina² escribe sobre la jurisdicción:

¹ Juan Monroy Gálvez, “Introducción al Proceso Civil”, tomo I, pág. 245, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1996

² Hugo Alsina, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, tomo II, pág. 426, Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, 1957.

“Consistiendo la jurisdicción en la facultad de resolver los litigios y ejecutar las sentencias que en ellos se dicten, supone la existencia de diversos elementos indispensables a ese fin y que son los siguientes: a) *Notio*, o sea el derecho a conocer de una cuestión litigiosa determinada.... b) *Vocatio*, o sea la facultad de obligar a las partes a comparecer a juicio dentro del término de emplazamiento y en cuya virtud el juicio puede seguirse en su rebeldía, sin que la incomparecencia afecte la validez de las resoluciones judiciales.... c) *Coertio*, es decir, el empleo de la fuerza para el cumplimiento de las medidas ordenadas dentro del proceso, a efecto de hacer posible su desenvolvimiento, y que puede ser sobre las personas o las cosas (la imposición de multas, la orden de detención de testigos, la imposición de medidas disciplinarias, los embargos).... d) *Iudicium*, en que se resume la actividad jurisdiccional, porque es la facultad de dictar sentencia poniendo término a la litis con carácter definitivo, es decir, con efecto de cosa juzgada.... e) *Executio*, o sea el imperio para la ejecución de las resoluciones judiciales mediante el auxilio de la fuerza pública.”

El instrumento que hace uso el Estado para ejercer su función jurisdiccional es el proceso. El Estado, para cumplir con esa función, ha tenido que establecer los organismos encargados del ejercicio de ella, ha determinado sus competencias y ha establecido las reglas de procedimiento para el debate judicial correspondiente. Para que la jurisdicción cumpla con sus fines la ley les confiere a los Jueces una serie de poderes, como el de dirigir el desarrollo del proceso, como el de ordenar pruebas de oficio, como el de resolver los conflictos que se le someten a su decisión, como el de ejecutar lo resuelto, como el de recurrir a la fuerza pública para hacer cumplir sus decisiones, etc.

Como corolario de lo expuesto debemos anotar, coincidiendo con el maestro uruguayo Eduardo J. Couture³, que como contenido de la jurisdicción debemos entender la existencia de un conflicto de intereses (que comprende naturalmente las incertidumbres jurídicas) con relevancia jurídica que es necesario decidir mediante resolución susceptible de adquirir autoridad de cosa juzgada. Es que la cosa juzgada pertenece a la esencia de la jurisdicción. Si el acto no adquiere realmente autoridad de cosa juzgada, no es jurisdiccional. No hay

³ Eduardo J. Couture, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, pág. 36, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973.

jurisdicción si la decisión del Juez no adquiere o no tiene la posibilidad de adquirir la calidad de cosa juzgada. También pertenece al contenido de la jurisdicción el elemento de la coercibilidad o de ejecución, siempre que se trate de decisiones susceptibles de ejecución, pues puede haber decisiones simplemente declarativas o constitutivas.

Es pertinente anotar que la llamada jurisdicción voluntaria, en sentido estricto, no es jurisdicción. La denominada jurisdicción voluntaria realmente es una actividad administrativa y que por razones de conveniencia se les otorga a los jueces la facultad de decidir sobre determinados asuntos, amparados en su preparación en asuntos jurídicos y en su eficiencia. Es que en la llamada jurisdicción voluntaria no existe controversia entre las partes; la resolución definitiva que se dicta en esta denominada jurisdicción voluntaria no adquiere la calidad de cosa juzgada, pues puede ser impugnada en la llamada jurisdicción contenciosa.

Sobre la base de las ideas expuestas ensayamos la siguiente definición de la jurisdicción: la definimos como una función que ejerce el Estado por intermedio de los jueces integrantes de los organismos jurisdiccionales que componen el Poder Judicial, el que, utilizando el proceso como instrumento, resuelve los conflictos de trascendencia jurídica o dirime las incertidumbres jurídicas que se le somete a su conocimiento y decisión, mediante resoluciones que adquieren la categoría de cosa juzgada, susceptibles de ejecución en los casos en que la decisión final dispone el cumplimiento de una prestación.

Por consiguiente, el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona (natural o jurídica) a que se le haga justicia; a que la pretensión procesal propuesta por una persona sea atendida por el organismo jurisdiccional a través de un proceso, señalándose que éste viene a constituir el único instrumento de que dispone el Poder Judicial para desarrollar su misión de conferir la tutela jurisdiccional efectiva a quien la solicita. Claro está que el derecho que se tiene de acceder a un proceso no implica necesariamente tener derecho a que se conceda al solicitante una decisión judicial favorable; lo que interesa es que el ordenamiento jurídico permita al justiciable hacer uso del derecho de acceder a pedir justicia; la decisión favorable dependerá de otros factores, como por ejemplo la probanza de la titularidad y del mismo derecho pretendido.

Por todo ello se concibe el derecho a la tutela jurisdiccional como un derecho fundamental de la persona, concepción que se apuntala asimismo por

el hecho de que dicho derecho en nuestro ordenamiento tiene rango constitucional. La tutela jurisdiccional se concibe también como un principio general del derecho procesal, por constituir la base de todo ordenamiento procesal, sirviendo por tanto como criterio o como ideal de orientación del mismo.

La tutela jurisdiccional (que abarca el acceso a la justicia, el sujetarse a un debido proceso y el derecho a obtener una decisión judicial, sujeta a derecho, ejecutable) a que tienen derecho todas las personas comprende, como lo hemos anotado, tanto a personas naturales como jurídicas; personas naturales nacionales como extranjeras; personas jurídicas públicas y privadas, comprendiendo incluso al propio Estado. Lo que interesa es que esas personas son titulares o que se consideran titulares de derechos e intereses que la ley confiere o protege y que tienen la potestad de acudir al Juez para que se le preste la protección jurisdiccional correspondiente.

3.1. ¿Cómo concebimos el derecho de acceder a la justicia?

Nuestra Carta Magna, como se ha indicado, reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional. Señala incluso como garantías adicionales a dicho derecho que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación (Art. 139, inc. 3, Const.). Por consiguiente, el derecho de tener acceso a la justicia importa que toda persona tenga derecho de acudir ante su Juez natural, que se supone un Juez imparcial, independiente y estable.

3.1.1. El derecho que estudiamos presupone la existencia de jueces predeterminados.

El acceso a la justicia pidiendo tutela de algún derecho supone la unidad de los organismos jurisdiccionales, en la que la función judicial corresponde sólo al Poder Judicial, no pudiendo ejercer dicha función otros organismos. Esto significa que la facultad de resolver las controversias es encomendada sólo a los jueces que integran el Poder Judicial y de modo exclusivo. Nuestra Constitución consigna como principio la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional por el Poder Judicial. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación (Art. 139, inc. 1, Const.).

Por ello repugna que en el Congreso, al amparo de su función fiscalizadora, extralimitándose en sus atribuciones, determinadas comisiones conformadas para casos que perfectamente deben ser sometidos al conocimiento del Ministerio Público y del Poder Judicial, prácticamente actúan como jueces, haciendo incluso uso de mecanismos de conminación, dejando de lado su función principal de aprobar leyes. Asimismo, repugna que el Tribunal Constitucional peruano, por mandato de la Constitución, sin formar parte del Poder Judicial, contraviniendo un principio estatuido en la propia Carta Magna, ha sido autorizado para conocer de las acciones de garantía, cuando esos asuntos perfectamente deben ser de conocimiento del Poder Judicial. Los organismos jurisdiccionales están claramente regulados por la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los que encontramos claramente establecidos sus atribuciones, sus facultades, sus deberes y sus derechos. La unidad y la exclusividad del ejercicio de la función jurisdiccional por los jueces constituyen incluso uno de los pilares fundamentales del estado de derecho y de la protección de los derechos de los justiciables. La existencia de organismos distintos del Poder Judicial que ejerzan función jurisdiccional resulta inconcebible en estados unitarios como el Perú.

No es suficiente hablar de la unidad y de la exclusividad del ejercicio de la función jurisdiccional por el Poder Judicial. Es necesario además que sus integrantes sean legítimamente nombrados; sean independientes en el ejercicio de su función; sean autónomos en la decisión que adopten, ajustándose sólo a los hechos aportados al proceso y a la Constitución y a la ley; sean estables en el cargo que ejercen; que no sean objeto de manipulaciones en la conformación de los organismos judiciales y en la atribución de competencias; etc. En el Perú, en estos últimos tiempos, se ha criticado de la provisionalidad de los jueces. Esta institución ha existido y funcionado todo el siglo pasado con toda normalidad. Lo que ha ocurrido es que en la década del 90 los que manejaban el Poder Judicial (no necesariamente por sus propios organismos administrativos, sino realmente por el Poder Ejecutivo) han hecho mal uso del instituto, llegándose al punto que no se respetaban las reglas legalmente establecidas para que un Juez ocupara provisionalmente un cargo superior por vacancia o alguna otra razón. Se han dado casos en que no se respetaba la antigüedad del magistrado, su especialidad, su ubicación territorial para el ejercicio del cargo y demás reglas, que la ley claramente establece, todo

ello para manejar los resultados de los procesos que interesaba a los gobernantes de la época, no en beneficio naturalmente de los justiciables, sino en interés de lo que maniobraban el Poder Judicial. Todo eso es recusable en un estado de derecho.

3.1.2. ¿Es posible que los jueces admitan cualquier tipo de pretensión procesal?

Hay estudiosos que, dentro del derecho al acceso a la justicia, propugnan que el derecho a la tutela jurisdiccional importa que la justicia admita todo tipo de pretensión procesal, cualquiera que sea su fundamento y su objetivo. Esto no debe ser así, ni lo es. En principio, cuando por ejemplo en Código Procesal Civil exige que el demandante en materia civil, al plantear su demanda, debe exponer la fundamentación jurídica de su petitorio (Art. 424, inc. 7, CPC), se entiende que la pretensión procesal que se propone, por lo menos, debe estar permitida por el ordenamiento jurídico nacional. Por ello también el propio Código señala que el Juez declarará improcedente una demanda cuando su petitorio fuese jurídica o físicamente imposible (Art. 427, inc. 6, CPC). Estas y otras limitaciones tienen su amparo constitucional cuando la Carta Magna dice que la potestad de administrar justicia la ejerce el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes (Art. 138 Const.).

3.1.3. El cumplimiento de los requisitos procesales para acceder a la justicia. Los presupuestos procesales.

En efecto, el derecho al acceso a la justicia está condicionado al cumplimiento de determinados requisitos que el propio ordenamiento procesal correspondiente determina. Son los denominados requisitos procesales. Esto significa que la persona que hace uso de su derecho de pedir la tutela ante un órgano judicial de algún derecho o algún interés, tiene que cumplir, para ser atendido en su petición, con determinadas formalidades o condiciones. Sólo con el cumplimiento de estas exigencias el Juez estará en aptitud de ejercer su función de juzgador o de hacer cumplir en su oportunidad lo que haya decidido. El cumplimiento de estos requisitos en modo alguno debe calificarse como impedimento del derecho a acceder a la tutela jurisdiccional.

Los requisitos procesales deben sujetarse a determinadas condiciones o calidades para que no sean calificadas como un obstáculo al acceso a la tutela judicial efectiva. Entre ellas señalamos las siguientes:

- A) No deben pecar de excesivo formalismo. El Código Procesal Civil prevé que las formalidades previstas en dicho ordenamiento son imperativas y, sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, éste se reputará válido cualquiera sea la empleada (Art. IX T.P. CPC).
- B) Debe ser legítimo, en el sentido que deben estar fijados por la norma legal autoritativa correspondiente. Un requisito que no estuviera señalado por la ley no puede ser exigido por el Juez. Una actitud contraria importa claramente un atentado contra el derecho al acceso a la tutela jurisdiccional efectiva. Por ejemplo hay jueces que exigen, tratándose de sociedades conyugales, que cada uno de los cónyuges presenten la tasa judicial correspondiente cuando por ejemplo apelan de una sentencia u ofrecen medios probatorios. El ordenamiento ha determinado claramente que las sociedades conyugales, como patrimonios autónomos que son, si son parte en el proceso, deben presentar una sola tasa judicial por los conceptos en los casos que la ley exige su presentación. Por tanto los jueces no deben exigir un requisito que no tiene legitimidad.
- C) Las normas reguladoras de los requisitos procesales deben interpretarse orientados por el favorecimiento de la admisión del acto procesal. Este criterio es esencial que adopten nuestros jueces para propiciar el ejercicio regular de los justiciables del derecho de acceder a la tutela jurisdiccional que lo necesitan. Hay casos en que siendo varios los demandantes o los demandados, cuando estos impugnan alguna resolución presentando una sola tasa judicial, hay jueces que para su admisión exigen que cada uno presente la tasa judicial correspondiente; sin embargo, hay otros jueces, interpretando la norma procesal en forma favorable al justiciable, para no adoptar una posición que se califique como una actitud denegatoria del acceso a la justicia, conceden el recurso en favor de uno de los colitigantes. Este es un caso práctico en el que se interpreta la norma en forma favorable al acto procesal.

D) No debe denegarse un acto procesal si se trata del incumplimiento de requisitos donde es posible su subsanación. En observancia de esta condición, en materia procesal civil, el Código Procesal correspondiente señala que el Juez declarará inadmisibile la demanda cuando ésta no tenga los requisitos legales, cuando no se acompañen los anexos exigidos por la ley, cuando el petitorio sea incompleto o impreciso o cuando la vía procedimental propuesta no corresponda a la naturaleza del petitorio o al valor de éste, supuestos en los cuales el Juez ordenará al demandante subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de 10 días y si éste no cumple con el mandato el Juez rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente (Art. 426 CPC).

3.1.4. Supuestos que son calificados como un obstáculo al acceso a la justicia.

A continuación señalamos algunos casos que son calificados como un obstáculo al derecho de acceder a la justicia y consecuentemente a la tutela jurisdicción efectiva en su acepción más amplia:

A) Relativo al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y de procedencia de los actos procesales.- En el orden procesal civil nacional, por ejemplo, el Código respectivo determina que la demanda debe cumplir con determinados requisitos de admisibilidad y de procedencia, de modo que cuando la demanda no cumple con algún requisito de orden formal o procesal el Juez debe declarar la inadmisibilidad de la misma, concediendo al proponente la posibilidad de subsanar. Si la demanda, de otro lado, no cumple con algún requisito de fondo la misma debe declararse improcedente, sin la posibilidad de subsanar el requisito omitido. Por tanto, tratándose de la omisión de algún requisito de admisibilidad existe la posibilidad de subsanar, lo que no ocurre cuando la omisión se refiere a la omisión de un requisito de fondo o sustantivo. La sanción que se aplica tratándose de esta última omisión es calificada como un obstáculo al acceso a la justicia.

Para complementar la explicación dada señalamos algunos ejemplos:

a) Cuando la demanda no contenga la exposición de los hechos en que se funda el petitorio, expuestos enumeradamente, en forma precisa, con orden y claridad, el Juez la declara inadmisibile y le concede al actor un plazo para que subsane la omisión.

- b) Si el actor que propone la demanda careciera evidentemente de legitimidad para obrar activa (Art. 427, inc. 1, CPC), esta carencia, conduce al Juez a declarar la improcedencia de la misma, sin la posibilidad de subsanación. La legitimación activa para proponer una pretensión procesal es esencial para generar un proceso válido. La legitimación para obrar activa constituye el título que invoca el actor como justificación para proponer una demanda a título personal, el interés personal que invoca como motivación de su demanda. Los jueces están obligados a exigir el cumplimiento de este requisito para evitar procesos inútiles. Igualmente, los jueces tienen la obligación de exigir el cumplimiento de la legitimidad para obrar del demandado, de la legitimación pasiva, en el sentido de que la demanda debe ser dirigida contra quien realmente es el deudor u obligado, en su concepción genérica. Es posible, incluso, que los jueces al sentenciar la causa reexaminen la presencia de la legitimación para obrar tanto del demandante como del demandado, estando facultados, en su caso, para declarar la improcedencia de la demanda (Art. 121, última parte, CPC).

A nuestro criterio, la exigencia de requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda, dado que estos tienen por finalidad evitar procesos inútiles, no deben calificarse como obstáculos al derecho de acceder a la justicia.

El ordenamiento procesal civil nacional regula también los denominados intereses difusos. Interés difuso, dice nuestro Código, es aquel cuya finalidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor. Tienen legitimidad para obrar activa tratándose de intereses difusos, promoviendo el proceso e interviniendo en él, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural. Las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la ley y a criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimados para ello, pueden promover estos procesos. Igualmente las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica tienen el mismo derecho anotado que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no exis-

tan o no se hayan apersonado a juicio (Art. 82 CPC, modificado por la ley N° 27752). Tratándose de los intereses difusos el Juez tiene el deber de exigir el cumplimiento de la legitimidad para obrar. Es más, el Juez tiene la facultad de incorporar como litisconsorte a los Gobiernos Locales que no hayan promovido el proceso. Estas exigencias, igualmente, no deben calificarse como obstáculos contra el acceso a la justicia, sino como condicionamientos para un adecuado pronunciamiento sobre la materia en controversia.

En materia contencioso-administrativa, cuya acción tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados (Art. 1° de la Ley N° 27584), tienen legitimidad para obrar activa:

- a) Quien afirme ser titular de la situación jurídica sustancial protegida que haya sido o esté siendo vulnerada por la actuación administrativa impugnada materia del proceso.
- b) La entidad pública facultada por la ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos (Art. 11 de la Ley N° 27584).
- c) Tratándose de intereses difusos, cuando la actuación impugnada de la administración pública vulnere o amenace un interés difuso, el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y cualquier persona natural o jurídica (Art. 12 de la Ley N° 27584).

Todo lo expuesto en esta parte determina que el ejercicio del derecho para acceder a la tutela jurisdiccional no puede hacerse al margen del ordenamiento procesal regulado por la ley. Las exigencias legales vinculadas con los requisitos de admisibilidad y de procedencia en modo alguno deben concebirse como una limitación al derecho al acceso a la justicia efectiva, sino como mecanismos para tener un proceso saneado que permita al Juez un adecuado pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

- B) Relativo al costo del servicio judicial.- De acuerdo a nuestra Carta Magna constituye un principio de la función jurisdiccional la gratuidad de la administración de justicia (Art. 139, inc. 16, Const.). Sin embargo, el ordenamiento jurídico nacional ha establecido, entre otros, las denominadas tasas judiciales que los litigantes están obligados a pagar durante el desarrollo del proceso. El pago de esas tasas importa incuestionablemente un costo y, por tanto, un desem-

bolso económico para el litigante. En materia civil el Código no prevé como un requisito de la demanda el pago de alguna tasa judicial y, no obstante, ese hecho no puede conducirnos a sostener válidamente que la justicia civil es realmente gratuita. Podría afirmarse -tal vez- que la admisión de la demanda es gratuita, pero la tutela jurisdiccional en su concepción completa no lo es. El ordenamiento procesal civil, en efecto, señala que el acceso al servicio de justicia es gratuito, sin perjuicio del pago de costos, costas y multas establecidas en el Código Procesal Civil y en disposiciones administrativas del Poder Judicial (Art. VIII T.P. del CPC).

Unos estudiosos sostienen que el pago de las tasas judiciales es atentatorio del acceso a la justicia y por consiguiente violatorio del derecho a la tutela jurisdiccional en su acepción más amplia. Otros tienen una posición contraria. El ideal naturalmente es que el acceso y el logro de la tutela jurisdiccional efectiva sean totalmente gratuitos. Lo contrario, no se puede negar, se concibe como una barrera para quien aspira obtener tutela judicial efectiva de algún derecho o como una negativa a otorgársele ese servicio por parte del Juez. Por ello es que en nuestro medio, la continua elevación del importe de las tasas judiciales se ha calificado siempre como un obstáculo hacia la justicia, como atentatorio del derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables.

En los procesos civiles no sólo se paga el importe de las tasas judiciales, sino también los honorarios de los órganos de auxilio judicial, los honorarios de los Abogados, etc. El conjunto de estos importes constituyen las costas y costos del proceso. Tomando posición sobre el tema, consideramos, en base a nuestra realidad, que la justicia civil debe ajustarse a ella, en el sentido de que debe obligarse al pago de su costo a quienes tienen posibilidades económicas y exonerarse a quienes no lo tienen. En todo caso, no existe justificación alguna para que el Estado preste gratuitamente la tutela jurisdiccional como servicio público a quienes cuentan con suficientes recursos económicos.

En nuestro medio se ha sustentado la determinación del pago de las tasas judiciales en la equidad, por lo que se exonera del pago de ellas a personas de escasos recursos económicos; la fijación del pago de dichas tasas también se sustenta en la promoción de una

correcta conducta procesal que desaliente el ejercicio irresponsable del litigante y el abuso del pedido injustificado de la tutela jurisdiccional (Ley N° 26846 de 27 de Julio de 1997). El Estado, en nuestro país, tratándose de personas de escasos medios económicos, ha establecido el auxilio judicial para facilitar el pleno acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, llegándose incluso a exonerar del pago de la tasa judicial en determinadas circunscripciones territoriales de la República (Resolución Administrativa N° 1067-CME-PJ de 30 de Diciembre de 1999).

- C) Relativo a la especialidad de los jueces para el ejercicio de su función jurisdiccional.- La proliferación de tipos de conflictos que se producen en la colectividad y, por tanto, la dación de diferentes tipos de normas jurídicas para regular los distintos ámbitos en que se producen las controversias, ha generado la necesidad de establecer jueces especializados en determinados tipos de conflictos, jueces especializados por materias. La especialización de los jueces es un medio idóneo para alcanzar eficacia de la justicia en las distintas áreas de la actividad humana. He ahí su conveniencia. Un Juez especializado en materia penal, por ejemplo, estará en óptimas condiciones para resolver un conflicto de orden penal que un asunto de naturaleza laboral. Hoy en día ya no existen los jueces que se dice que conocen todo el derecho para poder resolver todo tipo de controversias. En nuestro país advertimos, por ello, las deficiencias de los jueces que atienden los denominados Juzgados Mixtos.

Pueden darse casos en nuestro país que en determinado ámbito del derecho no existan jueces especializados para el conocimiento y decisión de un conflicto dado. Para esos casos el Código Procesal Civil prevé que corresponde a los órganos jurisdiccionales civiles el conocimiento de todo aquello que no esté atribuido por la ley a otros órganos jurisdiccionales (Art. 5 CPC). Por ello incluso se habla de la denominada "jurisdicción ordinaria" refiriéndose a la justicia civil, a la que se acude en casos en que no hay un Juez especializado en alguna materia del derecho. En nuestro país, no obstante lo expuesto, no existen jueces especializados exclusivamente en determinada materia, pues el propio ordenamiento fija competencias varias, especialmente tratándose de organismos judiciales colegiados. Verbigracia, en el Perú tenemos los jueces especializados en asuntos contencioso-administrativo, cuyo conoci-

miento en apelación y en casación se les encomienda a organismos colegiados civiles o de otra especialidad, como ocurre en distritos judiciales de justicia distintos al de Lima.

Aquí se toma en cuenta también el tema de la competencia. Cuando existen varios organismos jurisdiccionales necesariamente hablamos del tema de la competencia. Se habla de la competencia por razón de la materia o especialidad, por razón de territorio, de la cuantía, del grado, etc. En la práctica es posible que se produzcan conflictos de competencia. Los ordenamientos procesales prevén las reglas para resolver esos conflictos. El hecho de que se declare incompetente un Juez por alguna de las motivaciones anotadas, en modo alguno puede concebirse como un hecho que lesiona o afecta el derecho al acceso a la justicia y a la tutela jurisdiccional efectiva. Por el contrario lo que se busca es que conozca del asunto y preste la tutela judicial correspondiente el Juez que legalmente está autorizado para ello. De ese modo se evitará seguir un proceso inútil.

- D) ¿La exigencia de que en materia civil el Abogado debe firmar los escritos que se presenten en el proceso puede calificarse como un mecanismo atentatorio del derecho al acceso a la justicia y a la tutela jurisdiccional efectiva?.- Un punto interesante, en el tema que tratamos, es el relativo a la intervención de los Abogados en los procesos, especialmente en el proceso civil. En efecto, el Código Procesal Civil señala como un requisito de admisibilidad de la demanda que la autorice el Abogado. Su omisión naturalmente es subsanable. La explicación está en que el proceso concebido por nuestro legislador ha sido que en él el debate judicial se produzca entre letrados. Para facilitar el ejercicio de defensa de las partes en el proceso incluso se permite que el Abogado, no sólo ejerza la defensa del litigante, sino también puede asumir la representación del mismo. La ley establece pues una serie de facilidades para que las partes puedan ejercer plenamente su derecho de defensa dentro del proceso. La intervención del letrado, por tanto, no puede constituir un obstáculo para el ejercicio del derecho de acceder a la justicia y del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Por el contrario su intervención facilita el ejercicio de esos derechos; facilita no sólo la determinación de los hechos objeto de la controversia, sino también la fijación de la materia jurídica en conflicto.

E) ¿Las excepciones en general pueden calificarse como mecanismos que obstaculizan el ejercicio del acceso a la justicia y del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva?.- Conforme a la concepción contenida en nuestro ordenamiento procesal civil las excepciones son medios de defensa que, en el fondo, tienen como finalidad sanear el proceso. En efecto, es una exigencia racional que en los procesos intervengan las personas que tengan capacidad procesal y/o los que tienen una válida representación del titular del derecho en debate; que las pretensiones procesales hayan sido propuestas con claridad y precisión; que el Juez que conoce del proceso tenga competencia legalmente determinada; que no se atente contra el principio de la cosa juzgada; etc. Tratándose en particular de las excepciones de caducidad y prescripción el transcurso del tiempo, el cumplimiento de los plazos correspondientes, son determinantes para su declaración positiva y, consecuentemente, trae consigo la inhibición del pronunciamiento sobre el derecho material reclamado. Estas excepciones y otras que el ordenamiento prevé son mecanismos de saneamiento del proceso para posibilitar al Juez un adecuado pronunciamiento sobre el fondo del proceso. Por consiguiente, no pueden concebirse como mecanismos que atentan contra la tutela jurisdiccional efectiva en su concepción más amplia. Por el contrario se admiten como medios que contribuyen a la correcta y válida tutela judicial efectiva.

¿La excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa debe concebirse como escollo contra el derecho de acceder a la tutela judicial?. El ordenamiento procesal civil nacional establece que el demandado puede oponer contra una demanda contencioso-administrativa dirigida contra él la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa (Art. 446, inc. 5, CPC). Algunos autores opinan que ese agotamiento previo constituye una traba al acceso al proceso judicial, pues, sostienen, que esa vía administrativa previa incluso tiene que seguirse contra el mismo organismo público que actúa como Juez y parte. Propugnan, por tanto, su eliminación. Empero, no debemos descartar la posibilidad de que en las instancias superiores administrativas los reclamantes puedan alcanzar una resolución legal y justa. La negativa de la autoridad administrativa a dictar resolución expresa sobre el reclamo si debe calificarse como violatoria del derecho a la tutela jurisdiccional. Empero, cabe señalar también que frente a la inactividad arbi-

traría en que pudieran incurrir los organismos administrativos se ha establecido el instituto del silencio administrativo, que hace presumir transcurrido el plazo señalado por la ley la denegatoria del reclamo, quedando abierta la posibilidad de acudir al Poder Judicial. Esta es una ficción legal en favor del administrado para facilitar el acceso a la justicia. De por medio está el principio de economía procesal. En todo caso el agotamiento previo de la vía administrativa no debe calificarse como un obstáculo al acceso a la tutela jurisdiccional efectiva. Hoy en día nuestro país cuenta con un proceso contencioso administrativo, regulado por una ley especial.

- F) ¿La lentitud de la administración de justicia oficial puede catalogarse como un obstáculo al acceso a la justicia?. Se dice que la justicia es lenta; se dice, por ello, que “más vale un mal arreglo que un buen litigio”. La lentitud de la justicia no es patrimonio exclusivo de nuestro país. Ella ocurre en muchos países. En base a esa realidad, que se debe a una serie de factores, tales como la excesiva carga procesal, la deficiencia de los medios materiales en que desempeñan su trabajo los jueces, la complicada legislación, la deficiencia del planteamiento de sus pedidos por los Abogados, la falta de colaboración de los contrincantes en el proceso, etc., hechos que incluso contribuyen a desmerecer la imagen de la justicia, hay pensadores o estudiosos que propugnan alternativas de solución de los conflictos que se producen en la colectividad como la conciliación extra-proceso, el arbitraje, etc. En efecto, hay muchos que prefieren acudir a estos sistemas alternativos para arreglar sus controversias. La preferencia descrita puede calificarse válidamente como un obstáculo al acceso a la justicia, pues se trata de un impedimento en la que estamos inmersos todos los componentes de la sociedad. La preocupación de todos es (debe ser) superar estos obstáculos para nuestra justicia sea oportuna, eficaz y segura.

3.2. ¿Cómo concebimos el debido proceso?

A iniciar el estudio de la concepción de la tutela jurisdiccional efectiva dijimos que ésta no sólo comprende el acceso a la justicia, sino también el derecho de intervenir en un debido proceso y el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales. La tutela jurisdiccional no comprende sólo la recepción del petitorio (de la pretensión procesal contenida en la demanda) por la autoridad judicial correspondiente y, al final, la expedición de la deci-

sión judicial al dictar la sentencia respectiva amparando o desamparando la demanda. La tutela judicial será efectiva, como hemos anotado, cuando se siga un debido proceso, lleno de garantías procesales, como el derecho al Juez natural, como el derecho al ejercicio irrestricto de la defensa, como el derecho a la motivación correcta de las decisiones judiciales, como el derecho a la impugnación de las resoluciones judiciales, etc. La Constitución prevé como un principio de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso (Art. 139, inc. 3, Const.). La ley señala los procedimientos que se deben seguir.

Como se ha señalado, el proceso es el instrumento mediante el cual el Poder Judicial ejerce su función jurisdiccional. El proceso se dinamiza mediante los procedimientos establecidos. Para conceptualizar el instituto que ahora tratamos y determinar su naturaleza, de primera intención, debemos apuntar que el debido proceso se concibe en el ámbito doctrinario y en el propio ámbito legislativo, por un lado, como un derecho de los justiciables frente a los encargados de ejercer el poder de decisión, y por otro lado, como un principio procesal, orientador de un adecuado instrumento para resolver los conflictos: el proceso. No obstante, el debido proceso, como principio y como un derecho, es siempre un tema en debate.

El debido proceso, como un derecho, supone, desde el punto de vista estático, la presencia de dos condiciones esenciales: a) Los órganos judiciales encargados de conocer de los conflictos y de las incertidumbres, ambos de relevancia jurídica, deben estar preestablecidos, integrados por jueces naturales, con sus competencias claramente señaladas. Anotamos que ninguna persona —señala la Constitución— puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación (Art. 139º, inc. 3, Const.). b) El proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional debe tener sus procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen, entre otros, el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la contradicción, el derecho de las partes a aportar al proceso los hechos que respalden sus afirmaciones haciendo uso de los medios probatorios, el derecho a que las decisiones judiciales estén motivadas fáctica y jurídicamente, el derecho a impugnar las resoluciones, etc., los que en conjunto deben garantizar no sólo un debate judicial transparente y una decisión judicial imparcial, sino también el ejercicio pleno e ineludible del derecho de defensa de cada una de partes en todas las etapas del proceso.

El debido proceso, como un derecho, desde el punto de vista dinámico supone la observancia rigurosa por los jueces, por los auxiliares jurisdiccionales, en suma, por todos los sujetos procesales, no sólo de las reglas que regulan la estructura de los órganos jurisdiccionales, sus competencias, sino también, y esto es lo más resaltante, de las normas, de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial en actividad para la tutela jurisdiccional efectiva; el desarrollo de los procedimientos correspondientes, cautelando el ejercicio absoluto del derecho de defensa de las partes en litigio; la emisión por los jueces de las decisiones judiciales basados en los hechos aportados al proceso y en la aplicación de las normas jurídicas respectivas. Cuando no se cumplen estas condiciones, además de otras que garantizan un debate transparente de la materia en controversia y una correcta decisión judicial; cuando se recorta el derecho de defensa; decimos que no se ha observado en rigor el debido proceso legal o que se ha violado el debido proceso.

Como principio procesal el debido proceso se concibe como un ideal que sirve de orientación no sólo para la estructuración de los órganos jurisdiccionales con sus respectivas competencias, para el establecimiento de los procedimientos correspondientes que aseguren, entre otros, el ejercicio pleno del derecho de defensa, un adecuado y correcto debate judicial, sino también para garantizar decisiones judiciales correctas, imparciales y justas, enmarcadas dentro de la ley.

Jesús GONZÁLES PÉREZ⁴, al tratar del debido proceso, escribe lo siguiente:

“La tutela jurisdiccional efectiva no quedará prestada con la recepción por un órgano jurisdiccional de la pretensión y la emisión de una sentencia decidiendo acerca de su conformidad o disconformidad de la misma con el ordenamiento jurídico. La tutela sólo será efectiva si el órgano jurisdiccional reúne ciertas condiciones y antes de dictar sentencia sigue un proceso investido de las garantías que hagan posible la defensa de las partes. No se emplea, por tanto, la expresión proceso debido en el sentido estricto en que ha venido siendo utilizado. Llamamos proceso debido a

⁴ Jesús González Pérez, “El derecho a la tutela jurisdiccional”, pág. 123, Editorial Civitas S.A., 1989.

aquel proceso que reúna las garantías ineludibles para que la tutela jurisdiccional sea efectiva, empezando por la garantía del Juez natural”.

En el plano internacional el debido proceso también se halla reconocido y regulado desde la Declaración Universal de Derechos Humanos suscrita y proclamada en París el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución N° 217 A. En el artículo 10° de la Declaración Universal de Derechos Humanos se consagra que:

“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones....”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y puesta en vigor el 23 de marzo de 1976, reconoce en su numeral 14°, inciso 1, que:

“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, (...) para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

El artículo 8°, inciso 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su lado, reconoce que:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Asimismo, el artículo 25° de dicha Convención Americana señala lo siguiente:

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

Como aparece de las normas anotadas, es pertinente destacar que el derecho al debido proceso consagrado por los artículos 14º, inciso 1, del citado Pacto Internacional, y 8º, inciso 1, de la mencionada Convención Americana, no se limitan sólo a los procesos penales, sino que se extiende a los procesos que tienden a la determinación de derechos u obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Lo más importante es que en las normas internacionales mencionadas se consignan y se reconocen principios trascendentales que constituyen soportes esenciales del debido proceso.

A continuación señalamos los institutos procesales que tienen relevante importancia dentro del debido proceso, cuyo desconocimiento o violación puede calificarse como atentatorio del debido proceso. Los institutos que anotamos, por supuesto, no son los únicos. Comenzamos por el tema relativo a los organismos jurisdiccionales.

3.2.1. El Juez como personaje central del proceso.

El Juez es el personaje central y fundamental dentro del proceso en el sistema judicial que nos rige. El debido proceso supone la prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución y la ley. Los órganos jurisdiccionales no deben darle posesión del cargo a quien no ha sido nombrado en la forma anotada, bajo responsabilidad (Art. 139º, inc. 19, Const.). Es que los jueces, para ejercer el cargo, deben ser nombrados conforme a las reglas constitucionales y legales. El litigante tiene derecho que su conflicto sea resuelto por su Juez natural. Este principio recusa el nombramiento irregular de jueces. La intervención de los jueces provisionales y suplentes debe ser la excepción para situaciones también excepcionales.

El debido proceso exige que el órgano judicial que conozca el litigio no sólo esté predeterminado, sino también que el Juez que lo

íntegro debe ser independiente e imparcial. Estas condiciones dependen no sólo del ordenamiento que lo regula, sino también de la propia persona del juzgador. La ética no se enseña. Ella se describe.

En efecto, el órgano judicial no sólo debe estar legal y previamente constituido al conocimiento de la pretensión procesal propuesta por el demandante, sino también la competencia del mismo debe estar jurídica, clara y previamente establecida. La variación injustificada de la composición del organismo jurisdiccional y de la competencia, con la intención de sustraer un litigio del conocimiento del Juez o del Tribunal, perfectamente puede calificarse como atentatorio del principio anotado. Debemos señalar como excepciones del principio anotado los siguientes casos: cuando por razones de enfermedad, licencia u otra razón legalmente regulada el Juez titular no pueda intervenir en el proceso, siendo sustituido por magistrados provisionales o suplentes; cuando por razones de descarga procesal se constituyen organismos judiciales transitorios, a los que se les atribuye el conocimiento de los procesos; cuando por razones del amparo de una excepción de incompetencia el asunto debe ser de conocimiento de un Juez distinto del que originalmente conocía de la demanda.

Para propiciar la imparcialidad del Juez se han establecido los institutos procesales de la recusación y de la abstención. Lo que se trata es que el Juez que conoce del asunto no debe estar influido por ningún factor ajeno al proceso que entorpezca su independencia e imparcialidad, debiendo el Juez sujetarse en el conocimiento del litigio a la Constitución y a la ley. Los jueces que conocen del proceso no deben tener ningún impedimento que entorpezca su actuación imparcial.

3.2.2. El derecho de defensa.

El ejercicio del derecho de defensa de las partes en conflicto es uno de los derechos fundamentales que prevé la Constitución. En efecto, la Carta Magna señala como principio que nadie puede ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (Art. 139, inc. 14, Const.). Igualmente, la indicada Carta prevé como principio que nadie puede ser penado sin proceso judicial (Art. 139, inc. 10, Const.). Esto significa que quienes intervienen en el proceso civil tienen el derecho de ejercitar su derecho de defensa sin restricción

alguna. La tutela jurisdiccional importa, entre otros, el ejercicio del derecho de defensa dentro de un debido proceso. Si por alguna razón se vulnerara este derecho, la acción de amparo correspondiente sería viable.

Las formas cómo se exterioriza el derecho de defensa que ejercitan los intervinientes en el proceso civil son las siguientes:

- A) El ejercicio del derecho a la justicia importa el ejercicio del derecho de defensa.- El derecho de acceder a la justicia en busca de tutela jurisdiccional constituye un aspecto del ejercicio del derecho de defensa, pues, todos los justiciables tienen el derecho de acudir al Juez para defender algún derecho material del cual se consideran titulares. El mecanismo procesal para hacer valer ese derecho es la demanda. La contradicción a ésta importa igualmente el ejercicio del derecho de defensa por parte del demandado.
- B) El derecho a un debido emplazamiento con la demanda como requisito para ejercitar el derecho de defensa.- El derecho que tiene toda persona de ser notificada con la demanda que otra le hubiera interpuesto ante un Juez es una manera de exteriorizar el sistema procesal que rige en el país, en el que el derecho de defensa de todo justiciable es esencial. En efecto, la notificación con la demanda es un mecanismo para emplazar a una persona demandada para que ésta pueda ejercitar su derecho de defensa. Debemos entender que la notificación se refiere no sólo de la demanda, sino también de todas las decisiones y resoluciones que se dicten durante el desarrollo del proceso. Nadie puede ser condenado sin ser sometido previamente a un proceso judicial (Art. 139, inc. 10, Const.). Igualmente, dentro de nuestro ordenamiento procesal civil el emplazamiento a terceros para incorporarlos al proceso es posible si la sentencia que se va a dictar puede afectarlos, estando facultado el Juez para integrarlos a la relación procesal (Arts. 95 y 98 CPC). Esta es una forma cómo se permite que terceros que no son demandantes ni demandados, para ejercitar su derecho de defensa, sean incorporados al proceso, estando autorizados para intervenir durante el desarrollo del litigio. El emplazamiento con la demanda y la actividad general de poner en conocimiento personal de las decisiones judiciales a los sujetos procesales supone una

válida notificación con ellas, pues, lo contrario, importaría violar el derecho constitucional anotado y el fomento de la indefensión.

Remarcamos que la notificación como acto de comunicación procesal tiene por finalidad poner en conocimiento personal de las partes en conflicto y de los demás sujetos que intervienen en el proceso de las decisiones judiciales que se dan dentro de él a fin de que ellos puedan adoptar la posición que consideren pertinente y conveniente en defensa de sus intereses. Un tema importante es el sistema de notificación que se adopte para la eficacia de la comunicación procesal. De ello dependerá la validez del emplazamiento y de la comunicación procesal.

- C) El asesoramiento de los litigantes por letrado.- Las partes tienen el derecho de ser asesorados por Abogado dentro del proceso. Por ello, como lo hemos descrito en páginas anteriores, los escritos que presentan las partes tienen que estar autorizados por Abogado. La solicitud a fin de que informe oralmente el Abogado no puede ser negado por el Juez. Es que el debate judicial en materia civil es entre letrados. Es posible, en nuestro sistema, que los litigantes de escasos recursos económicos sean defendidos gratuitamente por Abogados de oficio. Lo que se quiere es que ningún participante en el proceso sea objeto de indefensión.
- D) El uso de las excepciones y defensas previas como ejercicio del derecho de defensa.- El uso de las excepciones y de las defensas previas por el demandado es una manera de hacer valer su derecho de defensa dentro del proceso. Tales medios de defensa, naturalmente, se hacen valer dentro de las reglas que señala el ordenamiento procesal civil. Una concepción práctica que se adecua a nuestra manera didáctica de exponer las instituciones procesales es aquella que concibe a la excepción como toda defensa que el demandado opone contra la demanda del actor, unas veces cuestionando el aspecto formal del proceso en el que se hacen valer las pretensiones, es decir, impugnando la regularidad del procedimiento, y otras veces cuestionando el fondo mismo de la pretensión procesal, es decir, negando los hechos en que se apoya la pretensión o desconociendo el derecho que de ellos el actor pretende derivar. Teniéndose en cuenta su naturaleza jurídica se ha

establecido una distinción entre las excepciones, según que la defensa ataque al procedimiento o al fondo del derecho, clasificándolas en excepciones netamente procesales y excepciones sustantivas, respectivamente. Por ello hay autores que definen la excepción como el medio que brinda la ley al demandado para combatir las deficiencias de los presupuestos formales y de los presupuestos de fondo en un proceso. Dentro de las excepciones netamente procesales tenemos la de incompetencia, la de incapacidad del demandante o de su representante, la de representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado, etc. Dentro de las excepciones sustantivas o de fondo tenemos el derecho de retención, la excepción de contrato no cumplido, la de pago, la de irresponsabilidad, etc., es decir, todas aquellas que cuestionan o extinguen la obligación sustantiva objeto de la pretensión procesal propuesta con la demanda.

En doctrina encontramos un sinnúmero de clasificaciones de las excepciones, cada una desde la perspectiva que asume su autor, así como una variedad de efectos que le atribuyen a las excepciones, según la concepción doctrinaria que tiene el estudioso. Sin embargo, partiendo desde la filosofía que orienta nuestro ordenamiento procesal civil, si el objetivo central de un proceso es el de resolver el conflicto de intereses o dilucidar la incertidumbre jurídica, señalamos lo importante que es su saneamiento. Uno de los medios procesales que la ley ha puesto en manos del litigante y del Juez para sanear el proceso es precisamente la excepción. Un proceso instaurado por un incapaz procesalmente, por ejemplo, no tiene sentido que prosiga. Concluimos, por tanto, que el legislador, al estructurar el Código Procesal Civil y señalar las únicas excepciones que se pueden hacer valer en los procesos civiles, los concibe —a las excepciones— como instrumentos saneadores para evitar procesos inútiles. Es una manera también de propiciar una tutela jurisdiccional efectiva a favor del justiciable.

- E) El uso de los medios impugnatorios como ejercicio del derecho de defensa.- La utilización de los medios impugnatorios por los sujetos procesales dentro del proceso constituye otra manera de hacer uso del derecho de defensa contra las decisiones que emite el Juez y que les cause agravio. El ejercicio del derecho de impugnación, naturalmente, está sujeto a una serie de requisitos y formali-

dades. El rechazo injustificado y arbitrario del recurso impugnatorio propuesto se constituye en una conspiración contra el derecho de defensa de las partes litigantes. No obstante, para una corriente de pensadores, la multiplicación de instancias, incluyéndose el uso del recurso de casación, es atentatorio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva por el retardo en la decisión que ello importa. No se puede negar, sin embargo, que la revisión de las resoluciones por un mayor número de jueces y con mayor experiencia constituye una garantía para obtener una decisión ajustada a derecho y a la justicia. En el Perú lo resuelto en la segunda instancia constituye cosa juzgada. El recurso de casación, en los casos que la ley permite, es un medio impugnatorio extraordinario. Nuestra posición es que el derecho a la revisión de la resolución es una garantía para una auténtica tutela judicial.

- F) El pedido de nulidad de actuados como ejercicio del derecho de defensa.- El derecho que tienen los litigantes de solicitar la declaración de nulidad de actuados judiciales es otro mecanismo procesal para hacer valer su derecho de defensa, propiciando, claro está, la eliminación de los vicios que afectan el proceso, y no con fines dilatorios o de entorpecer el trámite del litigio. El rechazo injustificado del pedido de nulidad con fines de saneamiento procesal igualmente sería atentatorio contra el derecho de defensa. No resulta racional que exista un proceso plagado de vicios que lo invalidan para cumplir con sus fines.
- G) El uso de los medios probatorios como una forma de ejercitar el derecho de defensa.- La facultad que tienen las partes de aportar al proceso los hechos haciendo uso de los medios probatorios conducente a sustentar fácticamente la pretensión procesal propuesta constituye una forma de ejercitar el derecho de defensa que consagra el ordenamiento jurídico. El propio uso de los medios probatorios dentro del proceso constituye el ejercicio del derecho de defensa. La actividad probatoria igualmente está sujeta a una serie de principios y reglas, cuya observancia es rigurosa. Entre las reglas tenemos las relativas a la pertinencia de la prueba, a la carga de la prueba, a la inversión de la carga de la prueba, etc. La inadmisión de medios probatorios pertinentes e idóneos para acreditar hechos materia de la controversia es atentatorio del derecho de defensa y de la propia tutela judicial efectiva.

3.2.3. La motivación de las resoluciones judiciales.

La motivación de las resoluciones judiciales no sólo constituye una garantía procesal, sino también un deber de los jueces. Dentro de esas resoluciones se tiene la sentencia, que constituye la decisión más importante que se dicta dentro del proceso, por la cual se define el litigio. Nos referimos a la sentencia definitiva, que tiene lugar mediante el consentimiento o después de haberse agotado el uso de los medios impugnatorios que permite la ley. La observancia, en su estructuración, de los requisitos y contenidos señalados por la ley es una exigencia ineludible. La justificación consignada en sus considerandos es vital para las partes en litigio. La sentencia carente de motivación o de motivación incongruente o insuficiente no tiene validez procesal. La infracción de éstas y otras reglas constituye necesariamente un atentado contra el debido proceso y contra la tutela jurisdiccional a que tienen derecho todos los justiciables.

Es oportuno señalar también que la *reformatio in pejus* o el empeoramiento de la condición jurídica del apelante de una resolución vulnera el derecho a una sentencia justa y legal. Conforme a nuestro ordenamiento procesal civil el Juez superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido (Art. 370 CPC).

3.2.4. La morosidad en el desarrollo del proceso como factor negativo del debido proceso.

Finalmente, cabe señalar que la morosidad con que se desarrollan los procesos en general y los procesos civiles en particular es considerada como un factor que atenta contra la oportuna tutela jurisdiccional efectiva y, por tanto, contra el debido proceso. La lentitud con que se tramitan los procesos en el Perú, como lo hemos anotado en páginas anteriores, se debe a una serie de factores, como el excesivo número de litigios, la complejidad y la numerosa cantidad de disposiciones legales, etc. A esto hay que agregar que el ordenamiento procesal permite el uso, por los litigantes, de una serie de mecanismos para dilatar el desarrollo del proceso. El tema es alcanzar los mecanismos y métodos cómo se pueden desterrar estos factores negativos e infractorios del derecho a la tutela jurisdiccional oportuna. En ese camino estamos todos los operadores del derecho.

3.3. ¿Cómo concebimos la efectividad de la decisión judicial?

La efectividad de la decisión judicial se refleja mediante la posibilidad legal de hacer que ella pueda ejecutarse y no quedarse en una simple decisión ilusoria. Como ya lo hemos anotado, la jurisdicción supone la existencia de un conflicto de intereses o de una incertidumbre, ambas de naturaleza jurídica, que requiere de una decisión judicial susceptible de adquirir la calidad de cosa juzgada. Pues, si la decisión judicial no adquiere la autoridad de cosa juzgada, ella no será el resultado del ejercicio de la función jurisdiccional y, por tanto, no será susceptible de ejecución. No olvidemos que la cosa juzgada constituye la esencia de la jurisdicción. Una decisión judicial que no adquiere tal calidad no es ejecutable. Toda decisión emitida dentro de un proceso judicial, que haya adquirido la calidad de cosa juzgada, tiene que ejecutarse.

Uno de los elementos de la jurisdicción, como se ha indicado, es la *executio*, el mismo que importa que el Juez tenga el imperio de hacer que las resoluciones judiciales que dicte se cumplan, incluso con la ayuda de la fuerza pública. La tutela jurisdiccional no será efectiva si lo que el Juez resuelve mediante su sentencia no se ejecuta, no se cumple. Quien acude a los organismos jurisdiccionales en busca de tutela de algún derecho, normalmente, no es para que se declare simplemente su derecho, sino para que éste se cristalice con su ejecución, si es posible llegándose a la fuerza. La efectividad de la decisión judicial es la que hace efectiva la tutela jurisdiccional.

La Constitución Política del Estado establece que corresponde al Presidente de la República cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales (Art. 118, inc. 9, Const.). Esta previsión importa que las resoluciones judiciales no sólo son ejecutables sino que, en caso de resistencia del demandado de cumplir con el mandato judicial voluntariamente, la autoridad política tiene la obligación de prestar el auxilio necesario para el cumplimiento de la decisión. De lo expuesto fluye también el derecho del victorioso en el proceso para solicitar al Juez la ejecución de la sentencia que ha dictado.

Dentro de un estado derecho, que sólo es posible en regímenes democráticos, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales que han adquirido la calidad de cosa juzgada por la persona vencida en el proceso, incluyéndose al propio Estado, es ineludible. Empero, tratándose del Estado

consignamos el siguiente comentario: El artículo 648 del Código Procesal Civil, en su inciso 1, establece que son inembargables los bienes del Estado de dominio público. Originalmente el citado precepto establecía que no son embargables "los bienes del Estado". Mediante la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de Enero de 1997 se modificó el indicado inciso, con el texto vigente, basado en que la Ley N° 26599 atentaba contra el principio de igualdad ante la ley, el principio del debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Mediante la Ley 26756 se ha constituido una comisión que proponga al Congreso un proyecto de ley que determine los bienes del Estado que pueden ser materia de embargo y el procedimiento a seguir y, en tanto no se apruebe la ley, el favorecido con la sentencia del Juez debe solicitar a éste que ordene al Estado el cumplimiento de la obligación, debiendo el titular del pliego, bajo su responsabilidad, señalar la partida presupuestaria específica en el presupuesto de su sector. Lo cierto es que obligaciones pecuniarias a cargo del Estado señaladas en los procesos judiciales tienen dificultades para su cumplimiento.

Si el obligado con la sentencia no cumple voluntariamente con el mandato judicial, el acreedor, dentro del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, tiene la facultad de solicitar al Juez adopte las medidas pertinentes conducentes al cumplimiento de la obligación. Por consiguiente, el Juez, no debe permitir, a pedido de la parte demandada, volver a discutir la materia que ha sido objeto de la decisión judicial. En todo caso la discusión en la ejecución de la sentencia sólo debe circunscribirse a temas que tienen relación a ella y no al derecho declarado y resuelto mediante la sentencia. La ejecución de las sentencias, normalmente, se desarrollan ante los jueces que conocieron la materia en controversia. En el ordenamiento procesal civil nacional ellos son los competentes, no obstante que, en casos excepcionales, se han creado los jueces de ejecución, lo que se ha establecido para descongestionar la labor de los jueces de conocimiento. El principio de la tutela jurisdiccional efectiva preconiza que la ejecución debe concretarse a lo que ha sido materia de la decisión judicial, no pudiendo por ningún motivo comprender asuntos ajenos a la decisión. La ejecución de un punto ajeno a lo que ha sido materia de la decisión judicial es nula, incuestionablemente. La dilación injustificada en la ejecución de los fallos judiciales debe calificarse como atentatorio de la efectiva tutela jurisdiccional, que no debe permitirse.

Las medidas cautelares se han establecido para asegurar el cumplimiento de las decisiones judiciales que se dicten en el futuro, lo que significa que dichas medidas tienen por finalidad asegurar la tutela jurisdiccional efec-

tiva. Nuestro Código Procesal Civil regula, entre otros, sus requisitos, sus distintas modalidades y sus procedimientos en cada tipo de medida (Arts. 608 al 687 CPC). Asimismo, nuestro ordenamiento procesal civil regula la ejecución de resoluciones judiciales y de laudos arbitrales firmes, señalando los títulos que ameritan la ejecución y el procedimiento a seguir (Arts. 713 al 719 CPC).

4. El Juez como titular exclusivo del otorgamiento de la Tutela Jurisdiccional Efectiva

La potestad jurisdiccional del Estado en materia civil -dice el Código- la ejerce el Poder Judicial con exclusividad. La función jurisdiccional es indelegable y su ámbito abarca todo el territorio de la República (Art. 1° CPC). Empero, en rigor, es el Juez el titular del ejercicio de la función jurisdiccional.

Esta previsión concuerda en lo esencial con lo dispuesto por la Constitución Política del Estado de 1993 y por la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial. En efecto, estos cuerpos normativos señalan, por un lado, que una de las garantías de la administración de justicia constituye la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional, no existiendo y no pudiendo establecerse jurisdicción alguna independiente (Art. 139, inc.1, Const.), y por otro lado, que 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 las leyes, no existiendo ni pudiendo instituirse jurisdicción alguna independiente (Art. 1° LOPJ). El hecho de que en nuestro país el Tribunal Constitucional ejerza función jurisdiccional en acciones de garantía constituye un contrasentido con la previsión constitucional contenida en el inciso 1 del art. 139 de la Carga Magna.

Cuando ambos cuerpos normativos señalan, como excepciones, la jurisdicción arbitral y la militar, en cuanto a la primera, discrepamos totalmente, por cuanto la denominada jurisdicción arbitral no disfruta de los elementos que configuran la verdadera jurisdicción, que antes hemos precisado, entre ellos, la posibilidad de hacer cumplir sus decisiones, debiendo, en tal caso, recurrir a la justicia civil (Art. 83 Ley 26572). Por ello es que con acierto el Código prevé que la potestad jurisdiccional del Estado en materia civil la ejerce el Poder Judicial con exclusividad y no dice que la ejerce también la jurisdicción arbitral, como no podía decirlo. En cuanto a la jurisdicción militar, por la especialidad de los asuntos que conocen los organismos jurisdiccionales castrenses y por la naturaleza de las normas que son de aplicación, como lo sostienen muchos autores, estamos de acuerdo en que así se conciba y se denomine.

Cuando el Código señala que la función jurisdiccional es indelegable, concuerda perfectamente con la exclusividad con que la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial confieren a este Poder el ejercicio de la mencionada función, prohibiendo incluso los juicios por comisión o delegación. La indelegabilidad de la función completa la concepción de la exclusividad del ejercicio de la función jurisdiccional por el Poder Judicial.

Es un acierto, finalmente, que el Código conciba la jurisdicción como una función y precise que la potestad jurisdiccional del Estado en materia civil se ejerce por medio del Poder Judicial (por los Jueces que lo integran), descartándose la jurisdicción privada, llamada arbitral por algunos estudiosos.

Si todos los justiciables tienen derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el Estado, mediante el Poder Judicial, tiene el deber de conferirles esa tutela, esa protección. Dentro de un proceso, el Juez, que representa al Estado, es el que confiere al justiciable que solicita la tutela jurisdiccional efectiva. Por ello concluimos que el Juez es el titular exclusivo que otorga la protección jurisdiccional efectiva. No hay otro personaje con esa atribución. En el arbitraje podría decirse que el árbitro es el que confiere la tutela sobre el derecho reclamado. Sin embargo, esa tutela no tiene las calidades que confiere la jurisdicción, pues el árbitro no tiene la facultad de hacer cumplir lo que decide. Para el efecto el interesado tiene que acudir al Poder Judicial para solicitar que se ejecute el laudo arbitral correspondiente.

Por consiguiente, el Juez, es el único titular que legítimamente está autorizado para conferir la tutela jurisdiccional efectiva. El Juez confiere la tutela jurisdiccional a quien tiene la titularidad del derecho frente a su reclamación. No la confiere a quien no tiene esa titularidad, la concede a quien haya acreditado los fundamentos fácticos y jurídicos sustento de su pretensión procesal propuesta.