

## La sociedad de la decepción: El Sistema de la tutela jurisdiccional y la crisis del proceso

Omar Sumaria Benavente<sup>1</sup>

*Asistente Académico de la Maestría en Derecho Procesal  
Escuela de Posgrado, Pontificia Universidad Católica del Perú  
[osumaria@puccp.edu.pe](mailto:osumaria@puccp.edu.pe)*

“Dado que se prolongan las esperas democráticas de justicia y bienestar, en nuestra época prosperan el desasosiego y el desengaño, la decepción y la angustia.” (Gilles Lipovetsky. “La sociedad de la decepción”. Anagrama, Barcelona, 2008. Pág 29-27)

**RESUMEN:** *América Latina es una región con un desarrollo complejo y singular en lo económico, social y político, en el cual se dan simultáneamente la construcción de las ciudadanías de los siglos XVIII, XIX y XX, con alto grado de desigualdad y pobreza. Las políticas de desarrollo han sido adoptadas e implantadas por modelos políticos externos sin tener en cuenta la complejidad de esta región. En el área del Sistema de Tutela Jurisdiccional se han desarrollado modelos procesales acordes con la justificación de un Estado activo pero que al presente viene colisionando con los modelos de liberalización de mercados que proponen la reducción de Estado, lo que genera en la sociedad una “frustración” ante la multiplicidad de derechos que ofrece el sistema político, en un sistema de mercado, y su contradicción para su protección jurisdiccional. Este trabajo pretende cuestionar algunos fundamentos de dichos sistemas procesales y presentar una propuesta para el diseño de los mismos en coherencia con el Sistema Político general.*

**PALABRAS CLAVES:** *proceso - jurisdicción - justicia - tutela jurisdiccional - democracia - derecho - sociedad - sistema - constitución - política*

---

1 *Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente Académico de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Egresado del Programa de Gobernabilidad y Gerencia Política, George Washington University - PUCP. Profesor en Derecho Procesal en la Universidad Particular Inca Garcilaso de la Vega, Escuela de Formación de Auxiliares Jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Lima, Academia de Práctica Forense del Colegio de Abogados de Lima. Profesor en Gerencia de Despacho Judicial y Ética Judicial en la Academia de la Magistratura. Profesor invitado del Posgrado en Derecho Procesal de la Universidad Central de Venezuela. Miembro del Inter American Bar Association, Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Academia Virtual de Altos Estudios Jurídicos, Centro de Estudios de Derecho Procesal y Comparado, Círculo Empresarial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Arbitro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director Ejecutivo de la Revista Electrónica de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio “Cabrejos, Vassallo & Sumaria” Abogados*

**CONTENIDO:** 1. *Introducción. La tutela Jurisdiccional como sistema* 1.1 *El Sistema de la Tutela Jurisdiccional y la relación con el Sistema Político* 1.2 *El sistema de la tutela jurisdiccional como mecanismo de producción de "justicia": Los procesos basados en los modelos políticos neo liberal y democrático social* 3. *El proceso como mecanismo para alcanzar la "justicia": El estado de insatisfacción, la percepción de la "injusticia"* 3.1 *Primera sensación de injusticia: El problema del incremento del "daño marginal de inducción procesal" que soporta el demandante* 3.2 *Segunda sensación de injusticia: El traslado del "costo total del proceso" al demandado a través de las cauteles procesales.* 4. *La ideología y el modelo procesal en América Latina: El caso del Código Procesal Civil del Perú de 1993* 4.1 *El poder dirección* 4.2 *Del activismo al autoritarismo.* 4.3 *La exclusividad oficial (dirección del proceso) como rasgo del proceso como mecanismo de implementación de políticas* 5. *Redefiniendo el Sistema de la Tutela Jurisdiccional* 5.1 *El índice Ginni y Curva de Lorenz: desigualdad y pobreza* 5.2 *¿Competitividad o equidad procesal?* Conclusiones

## 1. Introducción

### 1.1 La tutela jurisdiccional como sistema

La propuesta para la construcción de un Sistema de Tutela Jurisdiccional encuentra su fundamento en la denominada *Modelística Jurídica* o *Gibernética Jurídica Constructiva*<sup>2</sup>, que tiene por objeto el análisis de la estructura interna del sistema jurídico con el propósito de descubrir su posibilidad cibernética<sup>3</sup>, es decir, si los elementos que lo componen están ligados con arreglo a los principios del automatismo y a las relaciones de autorregulación, propias de un sistema independiente capaz de funcionar por sí sólo. Esta forma de análisis es retomado posteriormente por la "jurimetría"<sup>4</sup> entendida como la medición de los diferentes aspectos del funcionamiento de los sistemas de administración de justicia, y que se avoca en identificar el nivel de sostenibilidad de un sistema jurisdiccional a través de la determinación de sus variables cuantitativas o cualitativas y de sus indicadores, detectando sus faltas o fallas del sistema judicial a considerar al momento de realizar una reforma procesal

Para el presente trabajo se tiene como premisa que la Tutela Jurisdiccional no se agota en una garantía o derecho de las personas para acceder al órgano jurisdiccional, obtener una sentencia de fondo debidamente sustentada en derecho y que esta sea susceptible de ser eficaz, sino que se constituye en "algo más" y que

---

2 *ELIAS DE TEJADA*, Francisco. *La Gibernética Jurídica*, en *Tratado de Filosofía del Derecho*, Universidad de Sevilla, 1977. TJJ, pág 173 y ss.

3 *Robert Wiener*. En su segundo libro, editado en inglés en 1950, traducido al castellano y publicado con el título de "Gibernética y Sociedad", dedicó un largo capítulo al derecho, explicando estas dos ideas centrales, encontrando una relación entre el derecho y la cibernética:

- a) *Que los problemas jurídico son por naturaleza propia de problemas de comunicación y de cibernética, es decir, relativos al control regular y repetible de situaciones críticas,*
- b) *Que, la teoría y práctica del derecho se componen de dos conjuntos de problemas: los de su propósito general, centrados en el concepto justicia, y los de la Técnica, mediante, la cual se realizan esas ideas*

4 *BUSTAGLIA*, Eduardo. "Análisis Económico de las Fuentes del Derecho y de Reformas Judiciales en los países en desarrollo"

bien puede ser denominado como un "sistema" en la medida que es "un conjunto de elementos en interacción"<sup>5</sup> con una tendencia hacia la integración que se unifica vertical y horizontalmente con todo el universo que implica la relación Estado - Sociedad.

"El primer empleo de la expresión "sistema de derecho procesal" parece provenir de DE TRAMER, *Systemas processus imperialis*, cit V<sup>o</sup>, sin embargo también, infra, nt 1 el frecuente empleo, ya en los títulos de las obras, de las expresiones equivalentes como "principio", "fundamento", "teoría"<sup>6</sup>, cuyos tratamientos se dieron en la Universidad de Halle, y en la literatura del siglo XV<sup>o</sup> y XVI<sup>o</sup>, vinculadas a la enseñanza del derecho procesal en las universidades alemanas del Humanismo. Luego, en el siglo XVII<sup>o</sup>, el procesalista de Europa continental tiende a reordenar la multiplicidad de los fenómenos procesales sobre la base de proposiciones fundamentales, lejos de limitarse a una simple disposición de la materia en orden lógico y claro, comenzando a ir en la búsqueda de postulados ordenadores a los cuales dar el valor de "principios" y extraer de ellos a través de un razonamiento las demás proposiciones. Estos principios y proposiciones, son luego concatenados y coordinados entre sí de manera que se sostienen recíprocamente.<sup>7</sup> Lo que llevaría a la postre a formar la Escuela Sistemática del Derecho Procesal.

Sin embargo, muy a diferencia de la concepción dogmática de la Escuela Sistemática del siglo XVII<sup>o</sup> y XVIII<sup>o</sup>, esta propuesta de un Sistema de Tutela Jurisdiccional no es neutro con relación a la política general del Estado, sino que debe ser diseñado y coherente con el proyecto político que determina y demanda la sociedad, en medida que es la única herramienta que va a servir para el cumplimiento de una de sus funciones legítimas del Estado como es la función jurisdiccional. Mauro Capelletti, señalaba cuestionando a la supuesta neutralidad política, ideológica y técnica del proceso: "Se trata por un lado, de poner radicalmente en discusión un método de estudio típicamente escolástico, dogmático y formalístico, que tiene por finalidad la búsqueda de una ciencia "pura" e ideológicamente "neutral", método que por tanto tiempo ha sido y, dentro de ciertos límites, continúa siendo prevaletante en la doctrina jurídica de nuestro país; por otro lado, de concebir el derecho como fenómeno social y, en consecuencia, la ciencia jurídica como ciencia sociológica valorativa, y no formal, ciencia de problemas prácticos y no de sistematizaciones conceptuales abstractas, ciencia de resultados concretos y no de deducciones apriorísticas, ciencia – en fin – de elecciones creativas y no de conclusiones automáticas", lo cual tiene correlato con esta propuesta de un Sistema de la Tutela Jurisdiccional conexas con la realidad política, económica e histórica de un determinado Estado. El mismo autor añade luego con relación al derecho procesal y la realidad social, reafirmando, que "el derecho procesal es contemplado como fenómeno ligado a las extraordinarias conmociones que han sufrido en la historia del hombre, especialmente en la contemporánea, la economía, y por consiguiente las estructuras económicas, políticas sociales, como también las concepciones éticas y gnoseológicas"<sup>8</sup>

---

5 VON BERLANNFFY, Ludwig. *Teoría General de los Sistemas*. Fondo de Cultura Económico, México. 1976. Pág. 38

6 PICARDI, Nicola. *La Jurisdicción en el alba del tercer milenio*. Communitas, Lima. 2009. Pág. 307

7 Picardi. Op. Cit. Pág. 310

8 CAPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideología, Sociedad*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires. 1974. Pág. IX-X

*La idea de la neutralidad del proceso nació con la Escuela Sistemática<sup>9</sup> al preocuparse por desvincular el derecho procesal civil del derecho material y evidenciar la naturaleza pública del proceso, por lo cual se preocupó en delinear conceptos que, según su concepción, serían capaces de conferir autonomía y dignidad a la antigua procedura civile. La Escuela Sistemática, a través de la llamada "publicización" del proceso civil, tuvo el mérito de esclarecer que, por medio del proceso, se expresa la autoridad del Estado, siendo coherente con el pensamiento político de entonces de justificar la existencia del Estado y de su capacidad de coerción y decisión. Sin embargo, en sus ansias por redescubrir el valor del proceso y por dar contornos científicos al derecho procesal civil, acabó excediendo su misión. La intención de depurar el proceso civil de su contaminación por el derecho sustancial, a él impuesta por la tradición jurídica del siglo XIX, llevó a la doctrina chicovendana a erigir las bases de un derecho procesal civil completamente despreocupado por el derecho material, alrededor del concepto de "acción" abstracto como polo metodológico y que tendría relación sólo con el derecho procesal, definiéndose a partir de criterios únicamente procesales y así, incapaces de dar significado a la prestación jurisdiccional. El fruto más obvio de esta Escuela Sistemática fue la pretensión de uniformización del procedimiento. El pecado de la Escuela Sistemática fue negar la realidad para cultivar una pseudociencia. El hecho que el proceso civil es autónomo en relación al derecho material, no significa que él pueda ser neutro e indiferente a las distintas situaciones de derecho sustancial. Autonomía no es sinónimo de neutralidad e indiferencia, con realidad social y con el papel que el sistema de administración de justicia, Sistema de Tutela Jurisdiccional, desempeña en la sociedad.<sup>10</sup>*

## 1.2 El Sistema de la Tutela Jurisdiccional y su relación con el Sistema Político

*Propener y centrar el análisis y la construcción de nuevas categorías más generales en la vinculación del origen y desarrollo del Sistema de la Tutela Jurisdiccional con las formas características que asume el fenómeno del poder, en los diferentes contextos históricos y sociales, requiere el abandonar por poco útiles y parciales a las categorías convencionales que dirigen el análisis comparado de los sistemas procesales, esto es, aquellas que dividen la cuestión mediante la simple y repetida distinción entre procesos adversariales e inquisitivos. En otras palabras, lo que se plantea es un análisis para el desarrollo de un Sistema (Sistema de Tutela Jurisdiccional) como parte de la relación Estado - Sociedad (Sistema Político).*

*La idea que se presente de este Sistema de Tutela Jurisdiccional se centra en los fenómenos de la justicia (decisión) y el poder (capacidad para imponer la decisión - coerción), y debe tener una necesaria identificación con el modelo de estructura del poder - Estado, y de esa manera justificar la lógica del Sistema Político. El desarrollo del concepto Estado vio en la antigüedad la justificación de la "dominación" (arkhé), sobre todo en la parte relativa al orden y a la conducción. Posteriormente, la filosofía política de la era moderna tiene como fundamento el concepto de "coerción" como*

---

<sup>9</sup> Entendiendo por esta al movimiento iniciado por Mortara y desarrollada posteriormente por Chicovenda en Italia entre principios y mediados del siglo XX, criticando a la dogmática y exegesis francesa, manifestando que la dogmática no puede desligarse de la historia y de la realidad social

<sup>10</sup> MARGONÍ, Luiz Guilherme. *Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*. Palestra, Lima, 2007. Págs 41 y ss.

elemento determinante de un Estado, sin embargo, en una era posmoderna se habla del desencanto del Estado y en consecuencia del desmantelamiento del poder de coerción, siendo el cuestionamiento si la dominación y la coerción, siguen siendo justas, llevando al pronóstico de la disolución del Estado, o la pérdida de poder<sup>11</sup> pese a dicho pronóstico, en tanto, para “que existan los derechos, se deben formular normas y darles valor y que cuando estás entran en conflicto deben ser armonizadas a través de instituciones específicas”<sup>12</sup> siendo necesario para ello la justificación de este Sistema de Tutela de derechos a través del Estado vinculado con una de sus funciones legítimas que es la función **jurisdiccional**, coherente con el propósito que debe perseguir para la sociedad de acuerdo al modelo establecido y valores adoptados en el Sistema Político general. Se prefiere hablar de Sistema Político en lugar de Estado, subrayando que este no es la punta de una jerarquía para los diferentes sistemas parciales de la Sociedad, los poderes públicos representan en el marco de la sociedad entera únicamente un sistema parcial, al cual otros sistemas parciales (economía, arte, ciencia, tecnología) no se encuentran subordinados, sino coordinados.<sup>13</sup>

La falta de coherencia entre el modelo político elegido (variable que elige el Sistema Político), y su traducción en el modelo procesal (variable que elige el Sistema de Tutela Jurisdiccional) a través del cual se desarrolla la función jurisdiccional, sólo trae como consecuencia una actividad jurisdiccional inútil e ineficiente, en contradicción permanente con el Estado, además de la falta de legitimación del sistema social mismo. Es así que un Sistema de Tutela Jurisdiccional coherente con el Sistema Político general se convierte en componente básico de un Estado de Derecho<sup>14</sup>. “Una institución que desaparece en la realidad social compromete aquello que hemos mencionado como primer argumento a favor de una reanimación de la perspectiva de la justicia: quita al debate sobre la legitimación su importancia para el mundo de la vida”<sup>15</sup>

El Sistema de Tutela Jurisdiccional<sup>16</sup> está propuesto en la interacción de la acción y la jurisdicción, a través del proceso. En este sistema el “proceso” como mecanismo de interacción de la “acción” (sociedad) y la “jurisdicción” (Estado) presenta variantes de acuerdo a la opción política del Estado, ya sea en una democracia nec liberal o una democracia social, de acuerdo a los modelos políticos del siglo XXI, y en tanto del sentido de justicia que dichos modelos políticos adoptan, ya sea la justicia como principio de imparcialidad o justicia como garantía de ventaja mutua, lo que determinaba el modelo de proceso, activista o

---

11 HOFFMANN, Otfried. Op. Cit. 163-164

12 MARTÍN, Rex. Un sistema de derecho. Gedisa, Barcelona. 2001. Pág. 11

13 HÖFFE, Otfried. “¿La justicia como intercambio?”. En: EL proyecto político de la modernidad. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires. 2008. Pág. 167

14 SUMARJA BENAVENTE, Omar. El Sistema de la Tutela Jurisdiccional. En: Proceso y Constitución. ARA, Lima, 2009. Pág. 387

15 HÖFFE, Otfried. Ob. Cit. Pág. 166

16 SUMARJA, Omar. Op. Cit.

*de competencia, con relación a la asignación del “esfuerzo procesal” en diferentes proporciones a los actores del proceso Estado - juez/ Sociedad - partes.*

*Este Sistema de Tutela Jurisdiccional, es correlativo con el criterio económico de eficiencia productiva, por el cual se entiende que todos los factores de la producción (en este caso acción y jurisdicción) se han asignado en un espacio productivo (proceso), de tal modo que ninguna reasignación ulterior aumente el producto final (justicia) (es decir, un movimiento de un punto a otro en una curva contractual en el espacio de insumos)<sup>17</sup>, este principio aplicado al proceso, implica la determinación de los factores de producción de la “justicia” que son la acción y la jurisdicción, y que finalmente cuyo modelo producción (modelo procesal) que se ha de adoptar debe estar de acuerdo con los objetivos del Estado.*

*Resulta pertinente, en esta perspectiva, la crítica que realiza Cándido Rangel respecto del proceso y su alejamiento de la realidad, proponiendo nuevas visiones, innovadoras, críticas de cara hacia un derecho procesal coherente y en plena interacción con los demás aspectos de la realidad. “Por imposición de su propio modo de ser, el derecho procesal sufre de una natural propensión al formalismo y al aislamiento. Aquel no va directamente a la realidad de la vida, ni habla el lenguaje del hombre común. El hombre común lo ignora, el propio jurista lo desdeña y los profesionales del él lamentan sus imperfecciones, sin atinar a proveer medios para mejorarlo. El descrédito de todos respecto de la Justicia es efecto de la deficiencias de un sistema acomodado en el tradicional método introspectivo, que no incluye la crítica del sistema mismo ni de los resultados que éste es capaz de ofrecer a los consumidores finales de sus servicio, es decir, a los miembros de la población”<sup>18</sup>*

*La presente reflexión está orientada a hacer énfasis en la necesidad de tener una mirada sistémica a la dinámica de las políticas públicas, siendo la determinación de la estructura del Sistema de Tutela de Jurisdiccional parte de ellas. La mirada sistémica (o pensamiento sistémico) considera observar a la organización - en este caso el Estado- y sus diferentes partes y componentes en el contexto del entorno en el cual opera y entender el papel que tiene esta organización respecto de su entorno. La mirada sistémica implica aplicar una dosis importante de abstracción a fin de incorporar la mayor cantidad de elementos presentes en el contexto e identificar las interacciones entre estos elementos<sup>19</sup>*

## **2. El sistema de la tutela jurisdiccional como mecanismo de producción de “justicia”: Los procesos basados en los modelos políticos neo liberal y democrático social**

---

17 ROMERO, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1994. Pág. 26

18 RANGEL DIGNÁMARCO, Cándido. *La instrumentalidad del proceso*. Communitas, Lima. 2009. Pág. 10

19 AUSEJO, Flavio. “De las políticas públicas a la gestión pública: una visión sistémica”. En: *Aula Magna. Reforma del Estado. El papel de las políticas públicas*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2008, pág. 30

Hemos manifestado que el proceso es el mecanismo que permite interactuar a la acción y jurisdicción, como representación de la relación Sociedad - Estado, y cuyo fin es producir "justicia". De esta forma, la justicia se convierte en el "punto de equilibrio" como resultado de esta interacción. Para llegar a este "punto de equilibrio" el proceso presenta variantes con relación al modelo de Estado ya sea un Estado neo-liberal o un Estado Democrático Social, lo cual determina a su vez que concepto de justicia es el que se quiere obtener, es decir, si el resultado de esta "interacción de acción - jurisdicción", debe ser medido como imparcialidad o como una garantía de ventaja mutua.

En el modelo neo liberal, la justicia se presenta como una "garantía de ventaja mutua", de acuerdo a ello, en un modelo neo liberal se debería desarrollar un proceso adversarial o de competencia, en el cual la mayor "asignación de esfuerzo procesal"<sup>20</sup> corresponde a las partes. Según este principio de la justicia como "garantía de la ventaja mutua", la decisión del Estado debe reflejar la diferencia de poder de negociación de las partes en conflicto y esto es el incentivo de las partes para acudir al sistema jurisdiccional. Si la decisión no refleja el hecho del poder diferencial de negociación que les correspondería en una situación "de acuerdo", tendrían, al contrario, un incentivo para violarlo, en consecuencia, es el autointerés en el motivo para comportarse de manera justa. El concepto "justicia" como fin del proceso es el restablecimiento del "contrato" y por tanto de la resolución del conflicto que altera dicho "contrato", entendiendo por ello a la justicia como "mercado" siendo la justicia un "bien" que deben alcanzar las partes en conflicto a través del proceso.<sup>21</sup> En este tipo de modelo procesal dado que el interés personal es el motivo de acudir al Sistema de Tutela Jurisdiccional, y ello conlleva la mayor "asignación de esfuerzo procesal" a las partes, el diseño se debe adecuar a una estructura que permita a las partes "maximización de beneficios", es decir, conseguir el más alto beneficio. Así la "justicia" como punto de equilibrio de la acción y jurisdicción será entendida cuando esté más cerca del punto más alto de la "utilidad personal"

Por otro lado, en un Modelo Democrático Social - Participativo, se desarrolla un proceso activista o solidario, en donde la asignación de esfuerzo procesal del Estado es mayor. Se subvenciona "costos" del proceso a las partes, y tiene como sustento el concepto de "justicia" como "principio de imparcialidad". Según este concepto se separa la diferencia del poder de negociación de la justicia. El motivo para un comportamiento justo no es el autointerés, sino un actuar en concordancia con principios que razonablemente no podrían ser rechazados por quienes buscaran un acuerdo con otros bajo condiciones libres de ventajas y desventajas negociadoras<sup>22</sup>. En este caso el objetivo del proceso es alcanzar la "justicia" como principio de imparcialidad, es decir, una justicia equitativa de acuerdo a las políticas que da el Estado, siendo la función jurisdiccional a través del proceso una herramienta de implementación de políticas. Así, el contrato social como fundamento del Estado no es la alineación de intereses particulares, sino que representan intereses comunes y se convierte en un modelo genético colectivo de aprendizaje permanente, el

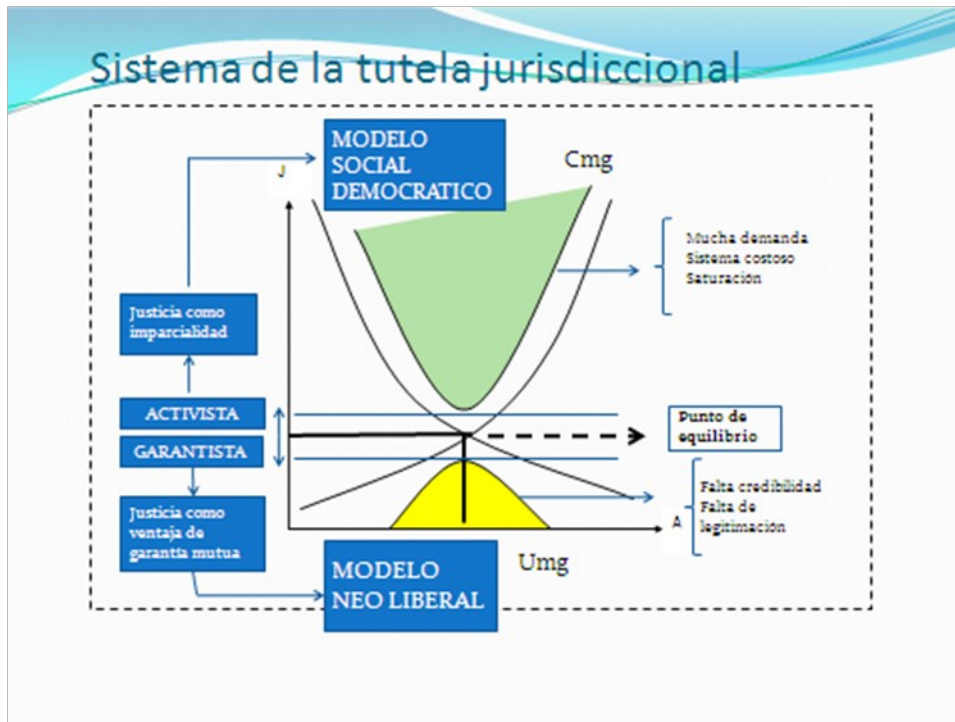
---

20 COOTNER, Robert y Thomas Ulen. Derecho y Economía. Fondo de Cultura Económica, México 1999. Primera reimpresión en español. Pág. 514

21 Para ver más al respecto pueden se puede revisar "La Justicia: ¿discurso o mercado?". Lucian Kern y Hans Peter Müller. Gedisa. Barcelona, 2000

22 BARRY, Brian. Teorías de la Justicia. Gedisa. Barcelona, 2001, pág 23

cual la función jurisdiccional trata de desarrollar.<sup>23</sup> En este modelo procesal, el fin no es “maximizar intereses personales”, sino distribuir el bien “justicia” de manera equitativa, por ello el diseño procesal busca “optimizar recursos”, es decir, un proceso eficiente, y en razón de ello la “justicia” se puede entender cuando el punto de equilibrio de la “acción” y “jurisdicción”, se encuentra más cerca del punto más bajo de los costos del proceso.



### 3. El proceso como mecanismo para alcanzar la “justicia”: El estado de insatisfacción, la percepción de la “injusticia”

Nunca antes en la historia el mercado había crecido tanto, sin embargo, el acceso a los bienes es cada vez más restringido. El mercado premia la eficiencia pero también restringe oportunidades cuando los individuos no están en una situación de igualdad. Las sociedades modernas aparecen como sociedades de “inflación decepcionante”. Cuando se promete la felicidad a todos, cuando se aumentan las exigencias de mayor bienestar y una vida mejor, más se ensanchan las arterias de la frustración. Los valores hedonistas, la super oferta, los ideales psicológicos, los ríos de información, todo eso ha dado lugar a un individuo más reflexivo, más exigente, pero también, más propenso a sufrir decepciones, esta aumenta en la medida que aumentan los bienes y aumenta la infelicidad por no participar de ellos<sup>24</sup> esta situación paradójica de

23 D.A.M.A.S.K.A., Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Editorial Jurídica de Chile. 1986. Trata de explicar los modelos de sistemas de administración de justicia, y los procesos de acuerdo a los modelos de Estado ya se un “Estado reactivo” o un “Estado activo”

24 L.I.P.O.V.E.T.S.K.Y., Gilles. *Op. Cit.* pág. 21



*abundancia de expectativas y frustración de alcanzar estas expectativas produce en el colectivo social una "espiral de la decepción".*

*Esta reflexión para la sociedad moderna en general también alcanza al mundo de derecho. En los Estados posmodernos nunca antes los sistemas políticos habían ofrecido o declarado tantos derechos, no obstante, el acceso a los mismos es restringido, o mejor dicho la protección jurídica a los mismos no satisface a la comunidad, luego viene la frustración y la falta de creencia en el Sistema de Tutela Jurisdiccional. El ciudadano se ve desprotegido y el acudir al órgano jurisdiccional para satisfacer una pretensión se convierte en un verdadero martirio. Y en consecuencia, el escepticismo ante la justicia, en lugar de referirse sólo a determinadas interpretaciones, se dirige hacia la justicia misma, siendo víctima de una retórica cada vez más frecuente que le otorga su certificado de defunción. "Desde el siglo XIX se declaró primero muerto a Dios, más tarde, al sujeto moderno, y antes, en muchas variantes, a la metafísica. Recientemente se despidió —de nuevo de modo polifónico— a las pretensiones de la verdad y la razón. Y la justicia fue declarada totalmente sin sentido (completely senseless)"<sup>25</sup> Cuando en el fondo sólo cuenta el poder, el discurso de la justicia se convierte en una variante de ideología política que no tiene lugar en una teoría de los elementos que constituyen su validez jurídica objetiva, y un Estado y un sistema de derechos que no produce "justicia" pues se convierte en un Estado y un sistema de derechos "injusto".*

*John Rawls empieza su obra con la definición de justicia como "La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales"<sup>26</sup>, marcando así desde los años '60, el concepto de justicia distributiva, idea de gran influencia en el desarrollo los estados sociales democráticos europeos o Estados de Bienestar, en contraposición a la decadencia del capitalismo de entonces, y en cuyas Constituciones Políticas se basaron las Constituciones Políticas para América Latina promulgadas en la década de los '90"<sup>27</sup> Sin embargo, que estemos tratando con actitudes individuales o con instituciones sociales completas, la justicia concierne a la manera en que se distribuyen los beneficios y las cargas. La materia de la justicia es la distribución de beneficios y privilegios, de los poderes y las oportunidades y del dominio sobre los recursos escasos de cuya distribución surge un potencial conflicto de intereses"<sup>28</sup>:*

*"Hay ciertas libertades y derechos básicos, que queremos ver igualmente distribuidos, por ejemplo, la igualdad ante la ley (no queremos que haya privilegios o que los jueces traten de una manera a uno y a otros), la igual protección de nuestra vida (no queremos que solamente los ricos o los poderosos tengan una policía privada a sus disposición para protegerlos, queremos que todos tengamos nuestra vida protegida, por un sistema público de policía que nos proteja eficientemente a todos), la igual protección de nuestra salud, de nuestra libertad, de nuestra propiedad frente a las agresiones de los demás, nadie quiere que lo hieran, nadie quiere que lo infecten, nadie quiere que le roben"<sup>29</sup>. La igualdad de oportunidades es muy*

---

25 Lundstedt, "Law and justice: A criticism of the method of justice". University Press. New York, 1947, p. 450, citado por HOFFMANN, Op. Cit. p.158

26 RAWLS, John. Teoría de la Justicia. Fondo de Cultura Económica. México, 1971, pág. 17

27 Constitución Española de 1978, Portugal 1979, Andorra 1993, Colombia 1991, Perú 1979 y 1993

28 BARRY, Brian. Teorías de la Justicia. Gedisa, Barcelona, 2001, pág. 310

29 MOSTAFA, Jesús. Crisis de los paradigmas en el siglo XXI. Fondo Editorial Universidad Particular Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2006, pág. 234

*importante para el mercado funcione y por también de una instancia política que garantice el respeto de las reglas de juego y el cumplimiento de los contratos, así como la protección de los derechos.*

### 3.1 Primera sensación de injusticia: El problema del incremento del “daño marginal de inducción procesal” que soporta el demandante

*Al solicitarse la actividad jurisdiccional, la cual concluye con la declaración judicial de certeza para satisfacer una pretensión, y que se debe realizar necesariamente a través del proceso, entendiendo a este como un mecanismo que se da en un transcurso de tiempo, siempre se produce un daño para el solicitante denominado “daño marginal o costo marginal de inducción procesal”. Este daño se genera desde en el momento de iniciar la actividad jurisdiccional, en razón que el acreedor-demandante se ve obligado de acudir al Sistema de Tutela Jurisdiccional ante la falta de cooperación del deudor-demandado; y dado que esta actividad no es inmediata, el “daño marginal” se incrementa por cada unidad de tiempo que demora el proceso, debiendo el solicitante esperar a la conclusión del proceso para recién conocer si tiene derecho o no a la satisfacción de lo pedido. Este daño se produce a consecuencia que la situación respecto del bien jurídico lesionado en el momento inicial del proceso nunca será la misma que la situación respecto del mismo bien jurídico en el momento final del proceso. Este daño es distinto del que se produce por la pérdida del bien o la disminución de su valor para los cuales existen los mecanismos clásicos de resarcimiento como la indemnización o el pago de intereses. Si se quisiera hacer un símil con algún término económico este “daño marginal de inducción de procesal” sería el equivalente del “costo de oportunidad” que se entiende como “el sacrificio que se incurre al tomar una decisión. Siempre que esta se ve sujeta a dos opciones, lo cual una de ellas debe cumplirse”, o “la Utilidad máxima que podría haberse obtenido de la inversión en cualquiera de sus usos alternativos”.*

*Se procuran respuestas técnicas y dogmáticas para la reducción del “daño o costo marginal de inducción procesal” que debe soportar estrictamente el acreedor-demandante. Las primeras de origen técnico, tienden a reducir plazos y etapas del proceso, sin embargo, se puede llegar a un punto de concentración del proceso en el cual ya no se puede reducir más el tiempo, con el peligro de desnaturalizarlo y violar principios fundamentales como son la contradicción, la bilateralidad. Soluciones de este tipo son tomadas en forma común por el legislador, sin la mayor reflexión, y la consecuencia lógica es solamente el traslado del “costo de inducción procesal” a la otra parte.*

*Ante esta situación de la falta de idoneidad de las soluciones técnicas para la reducción del daño o costo marginal de inducción procesal, surgen las respuestas dogmáticas con el fin de reducir este daño, y que versan sobre la posible anticipación de los efectos de una sentencia sin que haya concluido el proceso (siendo este el verdadero sustento de las denominadas “medidas cautelares”). Para llegar a este tipo de respuestas, al interior del proceso sucede un denominado “conflicto ejecutivo endo procesal”, que es la competencia entre intereses y valores opuestos en el proceso para poder acceder a un adelanto de ejecución. La dualidad de este conflicto (entre intereses y valores opuestos) determina la doble dimensión, cuantitativa y cualitativa de este “conflicto”, respondiendo la primera dimensión mencionada a los intereses opuestos de las partes, estando por un lado el “interés de una urgencia de satisfacción inmediata” del demandante, y por el otro el “interés de una cognición plena” antes de afectar el patrimonio del demandado. Asimismo, en la dimensión cualitativa entran en juego los valores que puede optar el Sistema de Tutela Jurisdiccional, estando por un*

lado el valor “tempestividad” en la actuación jurisdiccional frente al valor “estabilidad” de la situación jurídica del status que inicial del proceso.

Esta ponderación de intereses y valores que se realiza al interior y en el desarrollo del proceso, es el denominado “conflicto ejecutivo endo procesal”. En el desarrollo de ese conflicto, la ley prevé situaciones en las cuales se pueden adelantar los efectos de una cognición plena, respondiendo satisfactoriamente cuando el grado de intensidad del “interés de urgencia” del demandante prima sobre el grado de intensidad del “interés de cognición plena” del demandado.<sup>30</sup> Sin embargo, con dicho adelanto de los efectos de la actividad jurisdiccional, si bien se está “optimizando recursos” en vías de un proceso eficiente, existe la posibilidad que se traslade el “costo del proceso” al demandado, quien ahora se vería afectado sin que haya habido una actividad jurisdiccional completa.

### 3.2 Segunda sensación de injusticia: El traslado del “costo total del proceso” al demandado a través de las cautelas procesales

La referencia anteriormente hecha, aunque aparentemente cierta y correcta, para el fin de tratar de disminuir o mitigar el “daño o costo marginal de inducción procesal”, carece a nuestra opinión de un elemento básico, y es que sólo toma el “tiempo del proceso” como fundamento básico para la concesión de una tutela cautelar, y obvia el concepto de la “utilidad” que genera para el solicitante de la medida.

La socialización del derecho de los años 60, con el efecto correlativo en el Sistema de Tutela Jurisdiccional, generó que el proceso al ser considerado también como una política pública este sometido a los demás lineamientos del Estado. En consecuencia, en un Estado activo o de Bienestar le corresponde un diseño procesal activista. En dicho sentido, la finalidad de la medida cautelar se presentaría a fin de “reducir el costo total del proceso” (llegar de forma más rápida al momento de la paz social con justicia optimizando recursos). Esto se consigue a través del traslado del “costo procesal” al demandado con el adelanto de la ejecución o anticipación de los efectos de la sentencia. Se grava esta situación de “optimización de recursos” del Sistema de Tutela Jurisdiccional en beneficio del demandante mediante la “contra-cautela”, pero no se considera la situación de “exceso de utilidad” que beneficia al solicitante con esta tutela anticipada, que genera una “externalidad positiva” no gravada a su beneficio, y que resulta un incentivo para este tipo de medida, que resulta muchas veces desproporcional.

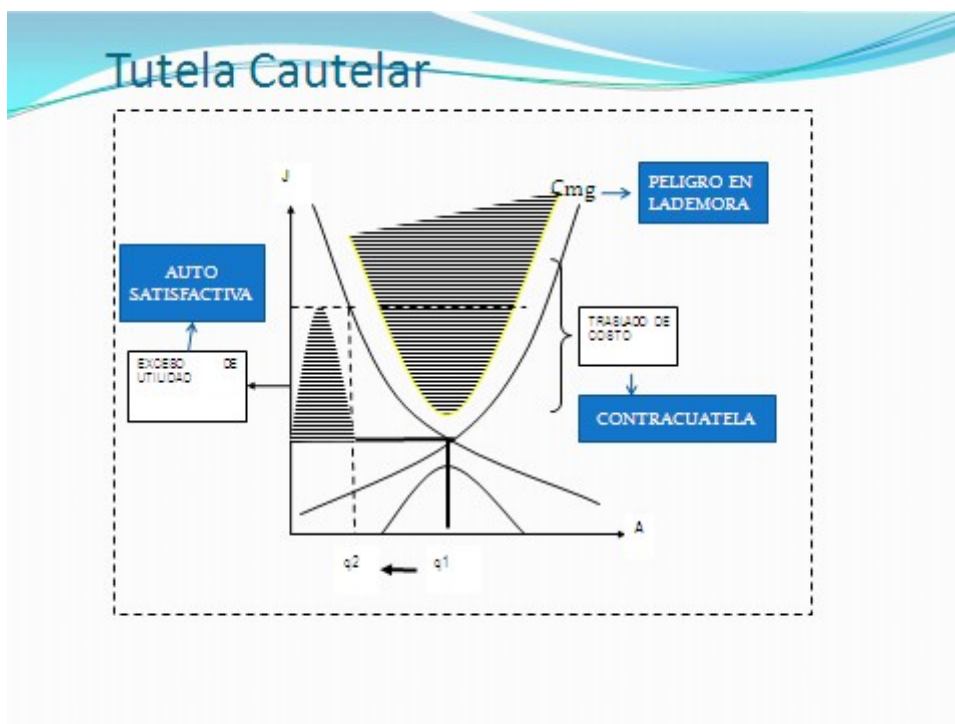
Mientras, que en un proceso que tiene como objeto la solución del conflicto (adversarial o competencial) propio de un Estado Reactivo, la tutela cautelar, no debe alterar el principio de garantía de ventaja mutua, por tanto, el proceso debe representar el exacto cálculo de poder que tienen los actores, dado que el proceso “maximiza beneficios” y siendo la tutela cautelar un desplazamiento del punto de equilibrio de la función  $I(A)$  (jurisdicción - acción) a solicitud del demandante, y produciendo dicha actividad un doble beneficio, “reducción de costos” y “utilidades excesivas”, ambas consecuencias deben estar gravadas, dado

---

30 ANBOLINA, Italo. “Cognición” y “ejecución forzada” en el sistema de la tutela jurisdiccional. *Communitas*. Lima, 2008. Pág. 62

que lo contrario implicaría medidas cautelares innecesarias o desproporcionales que romperían el equilibrio del proceso<sup>31</sup>

Las razones expuestas, no dejan clara, cual es la mejor alternativa, gravar el costo o la utilidad para la obtención de una tutela cautelar, es decir afectar sólo al demandado, o afectar también al demandante, la decisión debe ser coherente con el sistema político que adopta el Estado y que tiene implicancias directas en el diseño del proceso legal. Sin embargo, en la actualidad al tratar de realizar procesos más "eficaces" u "oportunos", o bien sólo se toman sólo soluciones técnicas, con el perjuicio a los principios procesales que ya hemos manifestado (la ausencia de bilateralidad, contradicción) o soluciones dogmáticas pero sólo basadas en el traslado del "costo procesal" por el adelanto de la ejecución hacia el demandado, y la consecuente sensación de injusticia ahora a la otra parte.



#### 4. La ideología y el modelo procesal en América Latina: El caso del Código Procesal Civil del Perú de 1993.

En el desarrollo del presente trabajo hasta este momento se ha llegado a la propuesta de un Sistema de Tutela Jurisdiccional que debe ser coherente con el Sistema Político general. Pero, también se ha advertido

31 *SUMARIA BENAVENTE*. Omar. Utilidad vs costos en el proceso cautelar. En: Revista Electrónica de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Año 3, N° 03 (<http://perqamc.pucp.edu.pe/derechoprocesal/>)

como este Sistema de Tutela Jurisdiccional, cuyo fin es la producción de la "justicia" como punto de equilibrio de la interacción entre la acción (sociedad) y jurisdicción (Estado) y que se da a través del proceso, genera situaciones de aparente "injusticia", ya sea porque "optimizando recursos" se perjudica al demandado con el traslado del costo procesal, situación que se da en un proceso cuyo polo es la justicia distributiva y de corte activista, o ya sea por el incremento del daño o costo marginal de inducción procesal en un proceso de carácter competitivo en el cual es objetivo es "maximizar beneficios" con el fin de alcanzar "justicia" como garantía de ventaja competitiva. Siendo, en consecuencia, la pregunta fundamental con relación al modelo procesal a adoptar para esta región: ¿Competitividad o equidad procesal?

## JURISDICCIA

### OPTIMIZAR RECURSOS

### DAÑO MARGINAL DE INDUCCIÓN PROCESAL

### TRASLADO DEL COSTO PROCESAL

### MAXIMIZAR BENEFICIOS

En principio, se debe anotar que el desarrollo de la ciudadanía en Latino América no es precedido como en Europa y los países industriales avanzados, por la formación de un Estado Nacional, por el desarrollo industrial autónomo o por el desarrollo económico en general. En esta región estos procesos se dan simultáneamente y tiene un curso distinto en la construcción de la ciudadanía: la ciudadanía civil en el siglo XVIII, la ciudadanía política en el siglo XIX y la ciudadanía social en el siglo XX<sup>32</sup> que se dieron en Europa, para nuestra región son un proceso en simultáneo, complejo, distinto en forma y ritmo de cada país, determinado por las especificidades históricas locales, regionales y nacionales<sup>33</sup>. "Distintas son las tendencias centrales de evolución de los países de América Latina. La historia del dominio colonial primero y semi colonial después, han deformado nuestra economía, trastocando nuestro desarrollo social y por tanto nuestras instituciones políticas. Como regla general, nuestros procesos de independencia no significaron una transformación social del orden colonial, sino que se limitaron a realizar cambios jurídicos políticos. La aparición del capitalismo en nuestro continente, se da en el período de internacionalización del capital, y bajo el dominio de las potencias capitalistas mundiales – Inglaterra primero, y Estado Unidos, después -. En tales condiciones no fue posible el surgimiento de burguesías nacionales independientes, capaces de liderar el proceso de transformación social contra los rezagos feudales y coloniales. Las condiciones de dominación económica, política y cultural en la que se encuentran nuestros países, determinan no sólo la subordinación económica sino la subordinación e imitación en el terreno político e ideológico. Es por ello que nuestras constituciones son, en buena parte,

---

32 JIMÉNEZ, Félix. Teoría Económica y Desarrollo Social. Exclusión, desigualdad y democracia. Homenaje a Adolfo Figueroa. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2009. Pág. 11

33 DAGUANO, Evelyn, OLIVERA, J. Alberto y SANFELIX, Aldo. La disputa por la construcción democrática en América Latina. Fondo de Cultura Económica. México, 2006

copia de las constituciones de Europa y Norteamérica, así como lo son también las pautas de comportamiento, los valores, el sistema político global, etc.”<sup>34</sup>

*En el tema del derecho procesal, América Latina ha seguido la misma línea para la sociedad en general y el derecho en particular, pasando a ser una continuidad, mimetismo y alineación con el pensamiento europeo del siglo XIX y XX. “En el volumen sobre América Latina, en cambio, el énfasis es puesto, no tanto en la autonomía, diferencia y originalidad, sino en la continuidad e influencia que los criollos exhiben respecto de los europeos. Por eso, América Latina y sus autores, aunque tratados con respeto, son una tradición ius teórica débil, en la que el mérito consiste, precisamente, en el mimetismo y la alineación con lo europeo. Igualmente, notable es el alto nivel de la abstracción de la iusfilosofía latinoamericana, verdaderas reflexiones profesoras que, a diferencia de sus contrapartes europeas, se ubican a gran distancia de las preocupaciones corrientes de la práctica profesional”*<sup>35</sup>

*En el caso del Código Procesal Civil del Perú de 1993, de la lectura de las apreciaciones del autor del Código 15 años después, se nos revela que la opción filosófica que adopta se basa en el proceso como un fenómeno social al servicio de una jurisdicción que expresa una de las funciones de interés social del Estado, lo cual se traslada al principio de socialización del proceso señalado en el artículo VJ del Título Preliminar del Código Procesal Civil “En la línea de la concepción pública del proceso civil asumida, en la letra del Código se hace un reconocimiento explícito del proceso como fenómeno social (soziale massenerscheinung) al servicio de una jurisdicción que expresa una de las funciones de interés social (Wohlfahrtsaufgaben) del Estado”*<sup>36</sup>

#### 4.1 El poder dirección:

*El deber y poder de dirección e impulso del proceso a cargo del Juez, está expresamente reconocido en el inciso 1), del artículo 50° del Código Procesal Civil<sup>37</sup>, concordante con el artículo JJ del Título*

---

34 RUBIO TORREAL, Marcial. *El mito de la democracia*. DESTCO, Lima, 1978, pág. 68

35 LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis, Bogotá, 2005, pág. 25

36 MONROY GALVEZ, Juan. *Código Procesal Civil*. Communitas, Lima, 2009, página 25

37 CPC. “Artículo 50.- Deberes

De los deberes de los jueces en el proceso:

1. *Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas convenientes para impedir su paralización y procurar la economía procesal;”*

*Preliminar del mismo Código*<sup>38</sup>, así como el artículo 5° de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*<sup>39</sup>, teniendo como antecedente el *Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, que en los Principios Generales, artículo 2° (Dirección del proceso)*, señala “La dirección del proceso está confiada al Tribunal, el que la ejercerá de acuerdo con lo señalado en este Código”

*Esta facultad de dirección del proceso es optada por el autor del CPC según indica: “Atendiendo a las opciones filosóficas antes descritas, la elegida consistió en la línea de lo propuesto por Klein, en privilegiar la función social del proceso como instrumento para que la jurisdicción cumpla con su rol más trascendente: ser una de las funciones sociales más importantes del Estado.*

La elección se manifiesta desde su Pórtico, es decir, desde su Título Preliminar. Allí se encuentra regulado el Principio de Dirección del Proceso (Richtermatch) y el Principio de Impulso oficioso del proceso pero también de los Principios de iniciativa y actuación de las partes. Se trata de identificar la trascendencia y funciones que los sujetos procesales cumplen dentro del proceso, pero dejando establecido que el juez tiene, al interior de la relación procesal una calidad e importancia especial, las cuales están originadas en su rol de representante del Estado<sup>40</sup>

*La referencia a Klein tiene relación con los postulados para la reforma procesal que condujo a la elaboración del LPO Austriaco de 1891, la cual tiene el mérito de individualizar el aspecto sociológico-económico del instituto del proceso, definiéndolo como un fenómeno social de masas y que debe ser reglamentado como un instituto de bienestar. Dichos postulados se resumen en: a) las controversias particulares son “males sociales” relacionados con la pérdida de tiempo, dinero, indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, fomento del odio y de ira entre las partes litigantes y de otras pasiones fatales para la convivencia de la sociedad; b) el proceso, en la medida en que bloquea los bienes en espera de la decisión, incide en la economía nacional, en cuanto toda “causa turba la pacífica colaboración”, rompe ordenados nexos económicos, bloquea valores y los distrae de la ordinaria circulación.*

*De acuerdo con estos postulados se extraían las siguientes conclusiones: a) el interés del legislador a que esos “males sociales” que son los procesos tengan una “definición rápida, poco costosa y simple”; b) la necesidad que el legislador no admita que el poder de conducir el proceso sea dejado en las manos de las partes privadas; y, c) la exigencia que el proceso sea oral y que el Estado a través del Juez, asuma “desde el principio la responsabilidad del funcionamiento del proceso y que vele por una individualización rápida de*

---

38 CPC. “Artículo JJ.- Principios de Dirección e Impulso del proceso

*La dirección del proceso está a cargo del juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código.*

*El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código.”*

39 LOPJ, FUCO. “Artículo 5°.- Dirección e impulso del proceso.

*Los Magistrados, cualquiera sea su rango, especialidad o denominación ejercen la dirección de los procesos de su competencia y están obligados a impulsarlos de oficio, salvo reserva procesal expresa. Con este objeto tienen autoridad sobre todos los intervinientes en los procesos judiciales de su competencia, quienes les deben el respeto y las consideraciones inherentes a su función.”*

40 MONROY GALVEZ, Juan. Op. Cit. pág. 24-5.

*la verdad, exenta de complicaciones*”, “Por lo tanto en el proceso de Klein, el juez no se limita a juzgar: antes bien, administra y conduce el proceso desde el inicio hasta el final. El a tal fin cuenta con amplios poderes discrecionales, con la obvia consecuencia de que no es más, como en los ordenamientos liberales una “marioneta que puede moverse sólo si las partes le tiran de los hilos”, sino el “director”, el “timonel”, el representante profesional del bien común”<sup>41</sup>

*Estos postulados luego influenciaron nitidamente en la reforma procesal de Italia y el Código Procesal Civil de 1940, dirigida por Piero Calamandrei, Carnesuti y Redenti, que establecieron un código procesal “publicista”, el cual a la postre tuvo difusión en toda América Latina y los códigos procesales diseñados en la década de los ‘90, incluyendo el Código Procesal Civil Peruano de 1993.*

*Jorge Peyrano (“El Proceso Civil Principios y Fundamentos”. Astreal. Pág. 73)<sup>42</sup>, indica, “La característica del nuevo Código Procesal Civil es otorgar la dirección del proceso al Juzgador, devolverle autoridad al Juez para que el proceso cumpla su finalidad en forma rápida, debiendo adoptar las medidas convenientes para impedir su paralización y procurar la economía procesal. Se pretende convertir al Juez-espectador en Juez-director”.*<sup>43</sup>

#### 4.2 Del activismo al autoritarismo

*Sin embargo, este proceso de función “social” generado en los postulados de Klein de 1891 y del Código Procesal Civil Italiano de 1940, de Calamandrei, y el cual inspira finalmente al Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y al Código Procesal Civil Peruano de 1993, en el cual se procura la figura de un juez “activista” con mayor poderes dentro del proceso con el fin de cumplir dicha función, como refiere Jorge Peyrano con relación a una cita de Chiovenda “En el proceso civil moderno el Juez no puede conservar la actitud pasiva que tuvo en el proceso de otros tiempos. Es un principio del derecho público moderno que el Estado háyase interesado en el proceso civil; no ciertamente con el objeto de cada pleito, sino que la justicia de todos los pleitos se realice lo más rápidamente y lo mejor posible... El Juez, por lo tanto, debe estar provisto también en el proceso civil, de una autoridad que careció en otros tiempos”<sup>44</sup> luego fue atribuido de “autoritario” y de tener origen en un sistema político totalitario como era el gobierno fascista de Italia de entonces, surgiendo un debate ideológico y técnico al respecto.*

*El modelo de calidad pura que propuso Chiovenda, no fue el asumido en el Código Procesal Civil Italiano de 1940, sin embargo, dicha paternidad del Código fue atribuida posteriormente por Calamandrei a Chiovenda “para ennoblecer el Código”. Según Taruffe, “El modelo del Código no tiene casi nada en*

---

41 *CGPPR JANS, Franco. Las Batallas por la justicia Civil. Cultural Tuzco. Lima. 2003. Pág 62*

42 *MORALES GODO, Juan. Instituciones de Derecho Procesal. Palestra. Lima, 2005. Pág. 74*

43 *Esta definición de Juez- Director, asimilada y reproducida luego por varios autores, corresponde a Alcalá Zamora para quien existían tres tipos de jueces civiles: el espectador, propio de los ordenamientos liberales, el director, propio de los ordenamientos kleinianos, y el dictador, propio de los procesos penales e inquisitivos.*

44 *La referencia es hecha por Juan Morales Godo e Instituciones de derecho procesal, pág. 75*



común con el “modelo” chiovendano”. De Chioventa quedan las palabras, no las cosas<sup>45</sup>. Es así, que en la “relazione al re”, que hace Calamandrei, señala que “el principio de libertad en el que se inspiraba el código de 1865, había sido ya superado, que se ha proveído el fortalecimiento de la autoridad y de los poderes del juez”. Llegando luego a afirmar Cipriani, que “la bases ideológica del Código (Italiano) es y no podía ser de otra manera facista<sup>46</sup> Posición compartida por Montero Arca con relación al la Ley de Enjuiciamiento Civil Española 2000/1. Concepción ideológica de un modelo de autoridad que se traslada luego al sistema procesal.

En el caso peruano, bajo el eje “oralidad-inmediación-concentración” y dotando al Juez de “autoridad”, sujetado a la conducción del juez, con una “justicia accesible a los más pobres”, se construyeron las “sólidas” bases del Código Procesal Civil de 1993, por el cual el juez ya no sería un pasivo espectador de las actividades de las partes, sino el activísimo protagonista del “drama procesal”, el director del proceso, absorbiendo la cultura del juez activo<sup>47</sup>

Este incremento de facultades, lejos de alcanzar los objetivos deseados, creó o agravó los problemas existentes, dado que la calidad de “Juez Director” del proceso se extendió al control de admisibilidad (artículo 424° CPC) y procedencia de la demanda (Artículo 427° del CPC), control de la prueba (Artículo 190° CPC) teniendo como sustento el evitar demandas inútiles (optimización de recursos), pronunciándose sobre cuestiones de fondo, dejando de lado la bilateralidad y contradicción del proceso, con criterios distintos en cada juzgado para el rechazo de las demandas, generando una cultura que ante una demanda rechazada esta se vuelve a presentar en otro juzgado, y de esta forma la consecuencia es incrementar la cantidad de expedientes en los juzgados en lugar de reducir la carga procesal. El “juez director” del proceso también se extiende al control de los tiempos en el proceso, es decir, pese a tener nuestro código el principio de unidad, concentración y oralidad, este proceso por audiencias se realiza en intervalos muy espaciados de acuerdo al tiempo de juez, realizándose muchas veces “la audiencia única” o “audiencia de pruebas” en una serie de audiencias prolongadas en el tiempo. Es decir, en lugar de conseguir una “justicia rápida” este excesivo control del proceso por parte del juez conllevó a la prolongación y dilatación de los mismos<sup>48</sup>.

Franco Cipriani, escribe al respecto “Por ello es tiempo de invertir la marcha. En particular es tiempo de reconocer que, contrariamente a cuanto Piero Calamandrei diera por descontado en la relazione al re, no

---

45 TARUFFO, Michelle. La justicia civil. Pág. 285, citado por CIPRIANI, Franco. Op. Cit.

46 CIPRIANI, Franco. “El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas”. En “Proceso Civil e Ideología”. Ed. San Marcos, Lima, 2009. Pág 59

47 ARGANDOÑA DEHO, Eugenia. En los abismos de la “cultura” del proceso autoritario. En “Proceso Civil e Ideología”. Ed. San Marcos. 2009. Pág 360

48 Señala el autor del CPC que un proceso de conocimiento en el Perú dura 04 años. Monroy, op. cit. pág. 66 Fuente: Lizzaguirre, Hugo. “Marco Institucional y desarrollo económico: la reforma judicial en América Latina”, en Jarquín Edmundo y Carrillo, Fernando (editores), “La Economía Política de la Reforma Judicial”. New York. Banco Interamericano de Desarrollo, 1997

es realmente cierto que los abogados quieran solamente perder tiempo que, más bien, no debe dudarse que ellos, cuando defienden a la parte que tiene prisa, tienen más prisa, seguramente más prisa que el Juez. No sólo, sino quizá es también el tiempo de convencerse que hay que usar lo mejor posible los recursos disponibles, in primis, el Juez, que debe ser liberado de todas las inútiles tareas que se le asignara en 1940 y hacerse cargo exclusivamente de su deber institucional: para ser claros, el juez, en vez de perder tiempo siendo “el director y propulsor vigilante, solícito, sagaz” debe “hoy” limitarse a juzgar, que por cierto no es poco<sup>49</sup>

#### 4.3 La exclusividad oficial (dirección del proceso) como rasgo del proceso como mecanismo de implementación de políticas.

En la actualidad el juez se ha convertido en todos los ordenamientos procesales civiles en quien dirige el proceso, bien entendido que esa dirección se refiere a las que se han denominado facultades procesales, sin influenciar en lo que puede ser el resultado del proceso<sup>50</sup>. Se ha estado asistiendo a un debate de ideologías procesales entre el denominado “garantismo procesal” y el “activismo o solidarismo procesal”<sup>51</sup>, sin embargo, dicho debate se ha centrado en el aspecto técnico del proceso con relación a las facultades materiales de dirección del proceso, entre la distinción de un proceso “inquisitivo” que respondería a una supuesta ideología “totalitaria” y proceso “dispositivo” que correspondería a una supuesta ideología “liberal”.<sup>52</sup> Dicho debate, en la medida de lo personal creemos que ha sido superado y se debería orientar hacia el proceso como consecuencia de una política de Estado.

De esta forma, otros autores han subrayado las relaciones del poder político con el diseño del proceso legal más que la influencia de la ideología pura, entre ellos Max Weber desarrolla la idea de “tipos de autoridades” y sugiere que la diversidad de las relaciones de poder pueden explicar diferencias importantes entre los sistemas legales, incluyendo la administración de justicia<sup>53</sup> Citando a Mirjan Damaska en el Capítulo III (“Dos tipos de Estado y los objetivos del proceso judicial”), del libro “Las caras de la Justicia y el poder del Estado”<sup>54</sup> el autor se concentra en analizar la forma en que el proceso puede verse marcado por dos tipos contrastantes de Estado, uno con inclinación manifiesta a gestionar la sociedad

---

49 *CIPRIANO*, Franco. “Piero Calamandrei, la “relazione al re” y el apostolado de Chicovenda”. En *Batallas por la justicia Civil*. Ed. Gucco. 2003, pág 104

50 *MONTEIRO AROCA*, Juan. “El proceso civil llamado “social” como instrumento de justicia autoritaria”. En: *Proceso Civil e Ideología*. Editorial San Marcos. 2009. Lima, pág 146

51 *MONTEIRO AROCA*, Juan. *Proceso Civil e Ideología*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2006

52 *SUMARIVA*, Omar. “El sistema de la tutela jurisdiccional...”, en: *Constitución y Proceso*. *ARZ*, Lima, 2009

53 *WEBER*, Max. *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica. México. 2008, 8<sup>a</sup> reimpresión. Pág. 502 y siguientes

54 *DAMASKA*, Mirjan. *Las caras de la Justicia y el poder del Estado: Análisis comparado del proceso legal*. Editorial Jurídica de Chile, 2000

(Estado de bienestar) y otro, con la sola disposición de proporcionar un marco para la interacción social (Estado laissez faire). Usando otras palabras: un Estado activista y un Estado reactivo.

En este contexto, se analizan distintas variables que van caracterizando tanto el derecho como la administración de justicia en ambos tipos de Estado, de las cuales - finalmente - se extraen los principios estructurales fundamentales sobre los cuales se levantan los "edificios procesales" de cada uno.

En el caso del Estado activista, el proceso sirve como una herramienta de realización o implementación de su política, y para el caso del Estado reactivo, el proceso es un mecanismo de resolución de conflictos o disputas. Mientras en el primero, la disputa no pasa de ser un pretexto que permite encontrar la mejor solución para un problema social (puesto en conocimiento de las autoridades a raíz de un conflicto entre las partes), en el segundo, la característica fundamental es el desapego del Estado en la forma en que los contendientes gestionan su contienda judicial, y donde los jueces se limitan a presidir la disputa e intervenir en forma mínima en ella. Con relación al tema de la prueba, que a su vez es un sub sistema dentro del Sistema de la Tutela Jurisdiccional, Michelle Taruffo<sup>55</sup> y en la misma perspectiva de Damaska, nos habla de "sistemas centrados en las partes" y "sistemas centrados en los tribunales", dependiendo que la presentación las pruebas se realicen principalmente o en forma exclusiva por las partes o por el Juez.

Seguindo este análisis un modelo ideal Estado de Bienestar debería tener un modelo jerárquico de poder y en donde el proceso cumpliría una función de implementación de políticas, el proceso se convierte en una actividad oficial necesariamente dirigida por el funcionario encargado "El aparato estatal jerárquico está sujeto a ley de Parkinson y tiende a expandir su esfera de actividad. Puesto que separa rotundamente las esferas internas y externas que buscan monopolizar la acción procesal: la "delegación" de los pasos procesales es considerada como abandono de responsabilidades"<sup>56</sup>

La exclusividad del proceso oficial sefeca las acciones procesales privadas. En estos sistemas se piensa que la actividad privada esta teñida de su propio interés para ser creíble, no suficientemente "seria" para importante cometido como es la organización de la justicia. Por ejemplo, si un testigo sería entrevistado por abogados privados sería visto con sospecha. El Estado goza del monopolio de la actividad, creando incentivos a los funcionarios responsables en casos en los cuales están comprometidos intereses del Estado, pero, en casos de interés estrictamente privado, esto puede ser inerte o ineficaz, dado que incentivos suplementarios inadecuados con la acción privada (sanciones o premios por estadísticas) crean los mismos problemas cuando se combina el monopolio del Estado con la empresa privada (Una consecuencia de ello es la dilatado y exagerado tiempo que se toman los jueces para señalar las fechas de las audiencias dada la obligada presencia de ellos).

Otra consecuencia de la exclusividad oficial del proceso es que los actores privados pueden estar habituados a no tomar iniciativas, o las mismas son frustradas por el extendido monopolio oficial. Asimismo, los expertos que participan en los actos procesales se convierten en asistentes judiciales (lista de peritos oficiales por ejemplo) acostumbrados a esta rutina judicial burocrática. De esto se desprende que las

---

55 TARUFFO, Michelli. La prueba. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2008. Pág. 110

56 DAMASKA. Op. Cit. Pág. 96

acciones desarrolladas deben ser en presencia del funcionario y bajo su supervisión directa. Las que son desarrolladas en su ausencia no son parte del proceso jerárquico. La ecuación de la actividad procesal con la acción bajo supervisión oficial es típica del proceso jerárquico. La delegación de cualquier paso procesal a extraños es inapropiada e incluso a veces repugnante. La empresa procesal privada es, por tanto, un "oxímoron" en el léxico del poder jerárquico

## 5. Redefiniendo el Sistema de la Tutela Jurisdiccional

En esta parte final del trabajo, y ante la explicación de la crisis del modelo de proceso activista y solidario a consecuencia que resulta incoherente con una política económica de liberalización del mercado en América Latina, ya que entra en conflicto que por un lado se aumenten los poderes del funcionario público en el desarrollo de la actividad jurisdiccional y su capacidad de coerción, y en el otro lado con un criterio posmoderno las ciencias sociales y políticas diagnostican para el Estado a veces fenómenos de disolución, a veces una pérdida de poder. Ocasionalmente se habla incluso del fin del Estado<sup>57</sup>, se hace una reflexión respecto cuales son las probabilidades para la implementación de un modelo procesal coherente con el sistema político general para el caso de países pobres y con un alto grado de desigualdad, como el Perú y América Latina en general, partiendo que la democracia es un contrato social entre los miembros de la sociedad sobre una distribución justa de derechos; es decir, de bienes y servicios que se sacan del mercado para ser distribuidos a la sociedad en forma de derechos políticos y económicos, pero que esta democracia no existe en nuestros países y porque el conjunto de derechos económicos es también más limitado. En consecuencia, dicho contrato no puede existir sino existen primero los respectivos sujetos sociales y políticos y si el ejercicio de los poderes públicos no se basa en un sistema legal que asegure y garantice la justicia<sup>58</sup>

### 5.1 El índice Ginni y Curva de Lorenz: desigualdad y pobreza

El índice de Ginni es uno de los indicadores más utilizados para medir la desigualdad entre y en países, este se deriva directamente de la Curva de Lorenz, el cual es un instrumento gráfico para medir la desigualdad. Los receptores del ingreso son ordenados de mayor a menor ingreso. Midiéndose en el eje horizontal el porcentaje de personas de acuerdo al nivel de ingresos, en el eje vertical se mide el porcentaje de ingresos recibidos por cada grupo de la población.

Conforme se aprecia de la siguiente figura a mayor extensión del área  $M$  mayor grado de pobreza, que para el caso peruano es de 42% en la década de los '90, si bien se puede señalar que ha habido una reducción de este grado de pobreza de 19 puntos en el lapso de los últimos 50 años.<sup>59</sup>

---

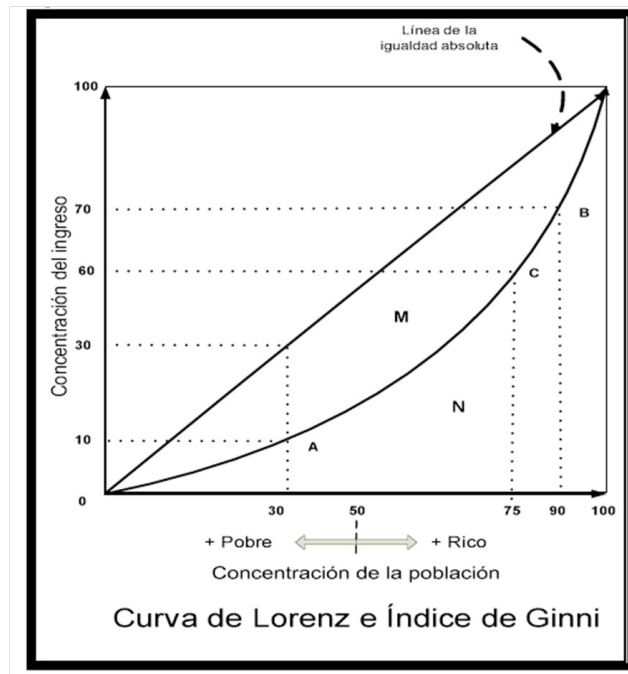
57 HÖFFE, Otfried. Op. Cit. Pág. 185

58 JIMÉNEZ, Félix. Teoría Económica y Desarrollo Social. Exclusión, desigualdad y democracia. Homenaje a Adolfo Figueroa. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2009. Pág. 10

59 GÁNGAS PÉREZ, Pilar. Desigualdad y Pobreza: América Latina y Europa desde 1950. En: Política y Cultura. Universidad Autónoma de México, 2003, ISSN 0188-7742

*El índice de Ginni es útil para establecer políticas de desarrollo, y combatir la desigualdad y la pobreza. Como se mencionó el Perú y América Latina en general, poseen una media muy alta de pobreza y de desigualdad, por ello las políticas de redistribución deben ser combinadas con políticas de crecimiento, es decir, crear mercado moderadamente pero mantener el gasto social.*

*¿Qué influencia tendría esta situación con la estructura del Sistema de Tutela Jurisdiccional? Pues como se ha postulado el Sistema de Tutela Jurisdiccional debe ser coherente con el Sistema Político general, luego los desafíos en América Latina son históricamente singulares, resolverlos demanda una comprensión novedosa y una discusión abierta, por ello las descripciones, análisis y propuestas deben ser sistemáticamente rigurosas, siendo uno de los retos centrales en la comprensión de la dinámica de las políticas públicas lograr una mirada en conjunto, considerando los diferentes procesos que están presentes y entre mezclados en la relación entre el Estado y la Sociedad.<sup>60</sup>*



## 5.2 ¿Competitividad o equidad procesal?

Se ha denominado a este último comentario *¿competitividad o equidad procesal?*, con relación a la propuesta de un Sistema de Tutela Jurisdiccional que funciona como un sistema productivo de la "justicia", a través de la interacción de un bien del Estado (jurisdicción) y de un bien individual (acción) el cual se logra a través del proceso cuyo modelo debe ser coherente con los demás sub sistemas, políticos, económicos, sociales. En razón de ello en una sociedad con un alto grado de desigualdad y pobreza, como la sociedad latinoamericana, el sistema jurisdiccional, el cual se cumple a través del proceso, la cuestión a resolver sería si debería estar basado en la competitividad (individualidad) o en la equidad (distribución). Es decir, el proceso debe "maximizar beneficios" u "optimizar recursos", y de ello depende la "asignación de esfuerzo procesal" y el "traslado del costo del proceso"

### a) *La relación entre equidad y competitividad,*

Primer supuesto: "El desafío, por tanto, consiste en introducir la equidad en la función de producción."<sup>61</sup>

*Para poder establecer la relación entre competitividad y equidad se deben establecer los siguientes presupuestos*<sup>62</sup>:

- Primera, la productividad dependería de todo el sistema productivo. La productividad de un sector no puede ser independiente de la productividad de los demás sectores
- Segunda, la productividad de la economía dependería no solo de la intensidad de los factores de producción, sino también de la calidad de esos factores, y del conocimiento tecnológico
- Tercera, la productividad también depende de la calidad de los empresarios. Este es tal vez el factor limitante más importante. Se necesitan "empresarios walrasianos" aquellos que revisan continuamente sus métodos de producción y adoptan novedades tecnológicas que se vienen generando fuera de la firma, así como los nuevos productos. Pero se necesita de manera prioritaria "empresarios schumpeterianos", aquellos que son los que desarrollan nuevos métodos de producción con nuevas prácticas e insumos, nuevos productos, nuevos mercados, nuevas fuentes de insumo. Si los empresarios "walrasianos" son copiadore, los "schumpeterianos" son innovadores.
- Cuarta, el marco institucional en el que opera la firma sería igualmente importante para la eficiencia

---

61 *MARJINÉZ, Op. Cit. pág 33*

62 *MARJINÉZ FERNÁNDEZ, Daniel. El aporte de Adolfo Figueroa al análisis de la relación entre equidad, productividad y competitividad". En: Teoría Económica y desarrollo social. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2009. Pág. 25*

- Finalmente, la productividad dependería de la inversión, y esta de la estabilidad social y política, la cual a su vez dependería del grado de equidad de la sociedad.

Aplicación del primer supuesto al Sistema de Tutela Jurisdiccional:

- a) Se debe basar sobre la base de la equidad, es decir, tener como objetivo el alcanzar una situación más cercana al punto de equilibrio (justicia), para ello se debe disminuir el factor de desigualdad, en consecuencia, la desigualdad de beneficios y oportunidades,
  - b) así la competitividad (acción individual) será a la postre el motor del sistema, para ello se deben derribar barreras formales, preclusiones excesivas, privilegios políticos y sociales, autoritarismo del Estado - juez, para poder participar de este Sistema.
  - c) Cuando se hace la referencia a empresarios "wahrsonianos" o "schumpeterianos", bien se puede hablar de abogados y jueces, "copiadores" e "innovadores". Como se afirma los segundos son los más necesarios, dado que en un marco de liberalización (reducción de subvención de costos del proceso) serán ellos quienes adaptarán las nuevas formas del proceso para los fines que persigue.
  - d) El Estado debe invertir en "estabilidad", y la estabilidad de este Sistema estará determinada por la predictibilidad de los fallos, el cumplimiento y eficacia de los mismos, y la misma estabilidad de los jueces que asegure su independencia.
  - e) Si la productividad de un sector no puede ser independiente de la productividad de los demás sectores, significa, que no se puede entender un Sistema de Tutela de Jurisdiccional que no sea coherente con los valores que adopta el Sistema Político general. Así, si el Sistema Político declara la libertad de contratar, libertad contractual, libertad de empresa y derecho de propiedad y derechos conexos como valores políticos, en el Sistema de la Tutela Jurisdiccional no se pueden crear mecanismos que no den una respuesta inmediata y eficaz a dichos valores, pero el Estado no se puede subrogar en la protección de los mismos, sino serán los actores individuales quienes activen el sistema y quienes soporten el mayor costo de "asignación de esfuerzo procesal". El sistema competitivo, genera un mayor campo de acción para los abogados y vigoriza la búsqueda de los hechos y las argumentaciones, otorgándose incentivos para hacer lo difícil, pero provechoso, mientras que el juez tendría incentivos (menos esfuerzo procesal) para hacer lo fácil y correcto.<sup>63</sup>
- b) *Productividad, orden social y gasto público*

Segundo Supuesto: El orden social es un bien público global, de cuyos beneficios nadie puede ser excluido "El orden social, señala, entra a la función de la producción debido a que sin orden social el proceso productivo no podría repetir, período tras período, la misma cantidad de producto y de la misma cantidad de insumos"<sup>64</sup>

¿Cuáles son los factores que determinan el orden social? Depende del grado de equidad y de la distribución del ingreso nacional "No toda distribución de la riqueza es socialmente tolerada. Sólo existe un conjunto imitado que sería aceptado socialmente. Si el funcionamiento de la economía lleva a una solución fuera de ese rango la sociedad entraría en una crisis distributiva, es decir, el desorden

---

63 COOTE R. Robert y Thomas Ulen. Op. Cit. 517

64 *Ibid* 34

social<sup>65</sup> Por su parte, la distribución del ingreso nacional depende un tanto de los resultados distributivos del mercado, como de la política social del Estado. El gasto público social sería un mecanismo estatal para cerrar las brechas distributivas que se originan del funcionamiento del mercado y asegurar el orden social.<sup>66</sup>

Aplicación del segundo supuesto al Sistema de la Tutela Jurisdiccional:

En este segundo supuesto, con relación al Sistema de Tutela Jurisdiccional, en una sociedad con un alto grado de desigualdad y pobreza el Estado debe tener políticas redistributivas de la riqueza, por lo cual el Estado debe realizar gasto social, dado que la sensación de injusticia se volvería intolerable y provocaría el "desorden social" (inestabilidad). Esto aparentemente, entraría en contradicción con el primer supuesto, el de favorecer la competitividad a efectos de alcanzar la equidad, sin embargo, el gasto social a que se hace referencia no debe ser en cuanto a la subvención de la asignación de esfuerzo procesal, es decir, por motivos económicos, clasistas, o populistas no se pueden crear situaciones o privilegios excepcionales (procesos especiales, inversión de la carga de la prueba, presunciones legales, etc.). Este gasto social se debe aplicar a fomentar y fortalecer los factores de producción (jurisdicción y acción). Así, en ciertas situaciones el Estado o terceros, pueden asumir el costo de la defensa, pero con una garantía respecto del resultado del proceso, sin que esto signifique asistencialismo o paternalismo, y creen un clientelismo político, propio de los Estados del siglo pasado.<sup>67</sup>

El gasto público social puede ser visto como un instrumento para poner "pisos" de ingreso y bienestar a la población, y así darle estabilidad al sistema social y político. A estas acciones se les puede denominar la "política social". Pero este piso tendría que estar establecido como un conjunto de derechos. Esto significa que los bienes y servicios que la conforman tendrían que ser retirados del juego del mercado y del juego político electoral. La estabilidad social, al igual que la democracia, es un bien

---

65 *Ibid* 34

66 "En este punto quisiera mencionar una cierta diferencia en cuanto a los énfasis en materia distributiva y redistributiva. Yo otorgo especial importancia al papel distributivo del mercado mediante la creación de nuevos empleos y el aumento sostenido del salario real, es decir, mediante la relación entre el mercado de trabajo, inversión y la productividad. La política redistributiva — el gasto social en salud, educación, vivienda promocional, etc. - es importante solo como política complementaria a la distributiva. Es más algunos programas sociales netamente distributivos, como los de generación de empleo de emergencia o de compensación de ingresos, solo serían justificables en la medida que la política distributiva sea inequívocamente desigual e inequitativa. Figueroa encuentra serias limitaciones al mercado para distribuir equitativamente la riqueza — sobrepoblación del mercado de trabajo y los efectos del patrón internacional de comercio, por lo que otorga una especial importancia al gasto social como política redistributiva del ingreso nacional". *Comentario, Martínez Op. Cit.* 34-5

67 Un buen ejemplo de ello son las empresas que pagan la fianza en un proceso penal en el sistema adversarial americano, o el caso del defensor de oficio en el proceso penal, que son defensores particulares que el asumen la defensa del que no tiene recursos, y cuyo pago se podrían asumir en parte del Estado y en parte del mismo cliente.



*público. Una vez establecida, nadie puede ser excluido de su consumo. Es evidente, entonces, que el gasto público es una inversión en un bien público: la estabilidad social*<sup>68</sup>

c) *Sistema jurídico basado en reglas como sustituto del capital humano*

*Se argumenta que un sistema legal basado en reglas y que concentra su toma de decisiones en el estado central podría ser la respuesta económica ante la falta de capital humano (jueces capaces). El centralismo legal y el uso de normas precisas fue el ideal de la legislación de muchos países europeos en la era de su desarrollo capitalista inicial. La escasez del capital humano debería llevar a los países en desarrollo a concentrar sus expertos legales altamente capacitados en una forma más centralizada y tener una proporción más grande de jueces y burócratas, que pueden tomar decisiones en base a normas simples y claras*

*En las naciones pobres hay más razones para optar por un sistema legal más basado en reglas que estándares, es decir en un sistema en que los mandatos legales que diferencian un comportamiento legal de uno ilegal se den en una forma clara. Los estándares son criterios legales generales, poco claros y confusos, que requieren de un complicado razonamiento judicial para su aplicación. El argumento que sostiene dicha proposición es que la ratio de la mano de obra en los países en desarrollo es más baja que en los países ricos, así una eficiente elección de técnica en los países pobres, es menos intensa que en los países ricos. De esta forma se prefiere un sistema judicial centralizado para un país en desarrollo, en razón que este puede hacer el trabajo con menos capital humano que en un sistema descentralizado como los que hay en un país en desarrollo*<sup>69</sup>

## CONCLUSIONES

- 1) *El Sistema de la tutela jurisdiccional es la interacción de la acción y jurisdicción que se da a través del proceso. Este sistema es un reflejo de la relación Sociedad - Estado, y en consecuencia debe ser coherente y coordinado con el Sistema Político general*
- 2) *El Sistema de la Tutela Jurisdiccional adopta distintos modelos procesales con relación al modelo político de del Sistema Político general el cual varía entre una democracia neo liberal y una democracia social. Esta relación Estado - poder, a su vez determina el sistema de administración de justicia*
- 3) *En los sistemas jerárquicos propios de un Estado activo (Estado de bienestar) el proceso tiene como fin buscar la solución más rápida para restablecer el orden social, en dicha situación, siendo un proceso que "optimiza recursos" dado que la justicia tiene como fin un principio de imparcialidad.*

---

68 Martínez, 38

69 HANS-BERNHARD STAFFER, Gus Ott. "Sistemas jurídicos basados en reglas como sustituto del capital humano. ¿Los países pobres deberían tener un sistema jurídico basado más en el uso de reglas?". En: *Revista Ius*, Edición N° 36, Julio 2008, pág. 16

- 4) *En un sistema coordinado propio de un Estado reactivo, se desarrolla un proceso competitivo, que tiene como fin preservar la garantía de ventaja que tiene en los hechos quien acude al sistema. En este sistema, el proceso tiene como fin "maximizar beneficios"*
- 5) *En América Latina, siguiendo la tradición europea se han implantado modelos procesales propios de los Estados activos, que sin embargo, han venido colisionando con la realidad económica, política y social que más se acercan a una liberalización del mercado.*
- 6) *El implante de políticas e ideología externas, que se han dado en un espacio de desarrollo, económico, socio cultural, histórico distinto genera graves fracturas en cuanto a la coherencia del Sistema Político general con el Sistema de la Tutela Jurisdiccional*
- 7) *Siendo América Latina una región con un alto grado de desigualdad y pobreza, es difícil implantar un sistema competitivo puro, dado que no todos estarían en las mismas condiciones, sin embargo la competitividad individual, debe ser la que a la postre determine la productividad del Sistema.*
- 8) *En dicho sentido, el Estado en lugar de asumir los costos de esfuerzo procesal, debe liberalizar el servicio de justicia, trasladando la asignación de esfuerzo procesal a las partes, sin embargo, debe tener una política de gasto social en el sistema jurisdiccional, para que esta competitividad no genere más desigualdad, generando mecanismos de estabilidad, predictibilidad, eficiencia, y traslado temporal del costo del proceso a terceros.*
- 9) *Un país en desarrollo no se puede dar el lujo de normar bajo estándares, toda vez, que dicho sistema necesita de una alto grado de capacidad y número de profesionales para la interpretación y argumentación, por ello, se debe centralizar el sistema jurisdiccional en sus niveles más altos, y aprovechar el número de jueces para la aplicación concreta de las reglas en niveles inferiores*

#### *Teoría Procesal*

##### *Modelo Procesal*

##### *Definición de parámetros del modelo*

##### *Inferencias estimadas (predictibilidad)*

##### *Producción*

##### *Verificación de supuestos*

##### *Evaluación Política*

*En síntesis se puede decir, que ya se debe dejar de tomar al proceso como "acción de cambio social" propio de una ideología del siglo pasado, sino que el proceso es sólo el mecanismo por el cual se desarrolla el Sistema de la Tutela Jurisdiccional y el cual debe ser coordinado con los subsistemas, económicos, sociales, tecnológicos que conforman en el Sistema Político general. De esta forma para poder determinar sobre que tipo de modelo procesal se va a desarrollar este Sistema de Tutela Jurisdiccional se debe verificar la procedencia de la Teoría y su real posibilidad de aplicación, para así determinar el modelo, establecer supuestos y verificar la producción, determinar sus parámetros e inferencias, para luego proceder a su evaluación político social y la verificación de los supuestos acordados*

## **BIBLIOGRAFIA**

- 1) *ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Garantismo procesal vs. Activismo, Editorial Juris, Lima, 2006*

- 2) *ALVAROZ GARDIOL, Ariel. Activismo y garantismo procesal. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009*
- 3) *ANDOLINA, Italo. "Cognición" y "Ejecución forzada" en el sistema de la tutela jurisdiccional. Communitas, Lima, 2008*
- 4) *BARRY, Brian. Teorías de la Justicia. Gedisa, Barcelona, 2001*
- 5) *CAPPELLI, Mauro. Proceso, Ideología, Sociedad. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974.*
- 6) *CIPRIANI, Franco. Las Batallas por la justicia Civil. Cultural Gucco, Lima, 2003*
- 7) *COOPER, Robert y Thomas Ulen. Derecho y Economía. Fondo de Cultura Económica, México 1999. Primera reimpresión en español*
- 8) *COSCO DÍAZ, Ramón. Derecho y análisis económico. Fondo de Cultura Económica, México, 1997.*
- 9) *DAMASKA, Mirjan. Las caras de la justicia y el poder del Estado. Editorial Jurídica de Chile, 1986*
- 10) *DAGUÑO, Evelyn, OLIVERA, J. Alberto y PANFILI, Aldo. La disputa por la construcción democrática en América Latina. Fondo de Cultura Económica, México, 2006*
- 11) *DE MATOS, Carlos, HERNÁNDEZ NICOLÁS, Daniel y DARÍO RESURREPO BOTEIRO. Globalización y Territorio: Impactos y perspectivas. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1998*
- 12) *DE OLIVERA, Carlos Alberto Álvarez. Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo - valorativo). Palestra, Lima, 2007*
- 13) *DE OLIVERA, Carlos Alberto Álvarez. Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional, Communitas, Lima, 2008*
- 14) *FRYEDMAN, Milton. Teoría de los precios. Alianza Editorial Textos, Madrid, 1990*
- 15) *FUKUYAMA, Francis. El fin de la Historia y el último hombre. Planeta, Barcelona, 1992*
- 16) *GANGAS PÉREZ, Pilar. Desigualdad y Pobreza: América Latina y Europa desde 1950. En: Política y Cultura. Universidad Autónoma de México, 2003, ISSN 0188-7742*
- 17) *GUJARANS, Damodar N., Principios de Econometría. Mc Graw Hill, Madrid, 2006*
- 18) *HANS-BERNHARD STAFFER, Claus Ott. "Sistemas jurídicos basados en reglas como sustituto del capital humano. ¿Los países pobres deberían tener un sistema jurídico basado más en el uso de reglas?". En: Revista Jus, Edición N° 36, Julio 2008*
- 19) *HANS-BERNHARD STAFFER, Claus Ott. Manual de Análisis Económico de Derecho Civil. Tecnos, Madrid, 1991*
- 20) *HÖFFE, Otfried. El proyecto político de la modernidad. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008*
- 21) *ISMÉNEL, Félix. Teoría Económica y Desarrollo Social. Exclusión, desigualdad y democracia. Homenaje a Adolfo Figueroa. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2009*
- 22) *KERN, Lucian y Hans Peter MÜLLER. "La Justicia: ¿discurso o mercado?". Gedisa, Barcelona, 2000*
- 23) *LANDA ARROYO, César y Ana VELAZCO LOZADA. Constitución Política del Perú 1993. Fondo Editorial PUCP. Lima, 2001*

- 24) LIPOVETSKY, Gilles. *La sociedad de la decepción*. Anagrama, Barcelona, 2008
- 25) LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis, Bogotá, 2005
- 26) MARJÓN, Luiz Guilherme. *Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*. Palestra, Lima, 2007
- 27) MARTÍN, Rex. *Un sistema de derecho*. Gedisa, Barcelona, 2001
- 28) MONROY GALVEZ, Juan. *Código Procesal Civil*. Communitas, Lima, 2009
- 29) MONTEIRO AROCA, Juan. "Proceso Civil e Ideología". Ed. San Marcos, 2009
- 30) MORALES GODO, Juan. *Instituciones de Derecho Procesal*. Palestra, Lima, 2005
- 31) MOSTARÍN, Jesús. *Crisis de los paradigmas en el siglo XXI*. Fondo Editorial Universidad Particular Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2006
- 32) PEASE GARCÍA, Henry y Luis Villafranca. *Aula Magna. Reforma del Estado. El papel de las políticas públicas*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2008
- 33) PFCARDO, Niccolò. *La Jurisdicción en al alba del tercer milenio*. Communitas, Lima, 2009
- 34) POSNER, Richard A. *El análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1998
- 35) RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica, México, 1971
- 36) RANGEL DINAMARCO, Cándido. *La instrumentalidad del proceso*. Communitas, Lima, 2009
- 37) ROMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica, México DF, 1994
- 38) RUBIO CORREA, Marcial. *El mito de la democracia*. DESCO, Lima, 1978
- 39) SUMARZA BENAVENTE, Omar. *El sistema de la Tutela Jurisdiccional*. En: *Proceso y Constitución*. ARCA, Lima, 2009
- 40) SUMARZA BENAVENTE, Omar. *Utilidad vs costos en el proceso cautelar*. En: *Revista Electrónica de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, Año 3, N° 03, DTA, 2010 (<http://pergamc.pucp.edu.pe/derechoprocesal>)
- 41) TARUFFO, Michelli. *La prueba*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008
- 42) VON BERTALANFFY, Ludwig. *Teoría General de los Sistemas*. Fondo de Cultura Económica, México, 1976
- 43) WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica, México, 2008
- 44) WITTENBERG, Norbert. *Cibernética y Sociedad*. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1969.