



¿SE PUEDE EMPLAZAR LA DEMANDA VÍA APLICATIVO WHATSAPP O CORREO ELECTRÓNICO? BREVE ENSAYO SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA Y DE NOTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL PROCESO CIVIL PERUANO*

Is it possible that the respondent could be served the lawsuit by WhatsApp or email? Brief essay regarding the right of defense and notification of judicial decisions in the peruvian civil process**

Francisco Zegarra Valencia*** ****

Pontificia Universidad Católica del Perú

* El presente artículo resume el trabajo de investigación realizado por el autor para obtener el grado de Magíster en Derecho Procesal por la Universidad de Salamanca – España.

** This article summaries the academic research conducted by the author to obtain a Master of Arts in procedural law from the University of Salamanca, Spain.

*** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Título de segunda especialidad en Derecho Procesal por la PUCP. Posgrado en Especialización en Procesal Civil, Arbitraje y Mediación por la Universidad de Salamanca. Magíster en Derecho Procesal por la Universidad de Salamanca – España. Candidato a magíster en Derecho Procesal por la PUCP. Adjunto de do-

Resumen:

A través de este trabajo de investigación, el autor analizará las garantías procesales peruanas y españolas que involucran el acto de emplazar la demanda al domicilio legal del demandado. Para ello, se explicarán las razones por las que no resulta válido emplazar al demandado mediante aplicativo *WhatsApp* y/o un correo electrónico. Para estos efectos, se analizará las garantías que involucran el acto de emplazar la demanda, las cuales van más allá de la garantía de que el demandado tome conocimiento.

Abstract:

In this paper, the author analyzes the Peruvian and Spain procedural guarantees that involve the act of serving the lawsuit at the defendant's legal domicile. It explains the reasons why the defendant cannot be summoned to the WhatsApp application or to an-email. For the purposes, the guarantees that involve the act of serving the claim at the defendant will be analyzed, which go beyond the guaranteeing that the defendant becomes aware of the claim.

Palabras Clave:

Derecho al procedimiento prestablecido por ley – Principio de legalidad procesal – Principio de seguridad jurídica – Derecho de Defensa – Acto de emplazamiento de demanda

Keywords:

Right of a procedure determined by law – Principle of procedural legality – Principle of legal certainty – Right of defense – Act of served the lawsuit to the respondent

Sumario:

1. Introducción – 2. El derecho constitucional al procedimiento preestablecido por ley y el principio de legalidad procesal – 3. La forma

cencia del curso Derecho Procesal Civil II de la Universidad de Lima y Seminario de Integración en Derecho Civil y Procesal Civil en la PUCP. Miembro del Grupo de Investigaciones de Derecho Procesal Crítico y Constitución de la PUCP (GIDEPROC). Miembro extraordinario de *Ius et Veritas*. Asociado senior del estudio Simons Abogados. ORCID iD: 0000-0002-0160-8080. Contacto: francisco.zegarra@pucp.pe

**** Agradezco a mi asesor de investigación, Federico Bueno de Mata, por los invaluable comentarios y aportes realizados, que me permitieron enriquecer y concluir el presente artículo.

y formalidad de los actos procesales – 4. La notificación de las resoluciones judiciales como derecho de las personas, y como deber del Estado – 5. La carga, presunción y garantía procesal que involucra el acto de notificación al domicilio legal, de conformidad con el ordenamiento sustantivo y procesal – 6. Sobre la posibilidad de convalidar la ausencia o irregularidad del acto de notificación de las resoluciones judiciales – 7. Emplazamiento al domicilio legal del demandado ¿forma o formalidad? – 8. ¿Se pueden modificar o inaplicar las reglas del emplazamiento a causa de las restricciones originadas por la COVID-19? – 9. ¿Es válido realizar el emplazamiento de la demanda vía aplicativo WhatsApp o al correo electrónico? – 10. Conclusiones – 11. Lista de referencias

1. INTRODUCCIÓN

No es extraño escuchar afirmar que problemas modernos requieren soluciones modernas. Sobre la base de ello, a razón de la pandemia originada por la COVID-19, varios juzgados decidieron que se podían emplazar demandas judiciales al aplicativo *WhatsApp* o al correo electrónico que se afirma que utiliza el demandado. De esta manera, se señala que se estarían adecuando las formas para evitar dilaciones indebidas al Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva del demandante; dilaciones que se estarían produciendo a razón de las cuarentenas o restricciones a la libertad de tránsito decretadas a razón de la pandemia.

Sin embargo, los actos descritos, en lugar de solucionar problemas modernos, se limitan a crear problemas nuevos. En efecto, ¿realmente podemos afirmar que los demandados tienen la carga de actuar diligentemente con relación a las comunicaciones que les llegan al aplicativo *WhatsApp* de su móvil?, ¿tienen los demandados el deber de usar los números de los cuales tienen la titularidad?, ¿es equivalente un correo electrónico y/o el aplicativo *WhatsApp* al domicilio legal de una persona?, ¿el aplicativo *WhatsApp* otorga una constancia fehaciente de realización del acto de comunicación que cumpla con las garantías del debido proceso? Estas, entre otras cuestiones, son los diversos problemas que se generan cuando se realiza este tipo de emplazamiento de la demanda.

Por ello, mediante el presente trabajo, se realizará un análisis detallado de las razones por las que una demanda en el proceso civil en Perú no puede ser emplazada al demandado vía el aplicativo *WhatsApp* y/o un correo electrónico que se afirme utiliza. Para ello, resulta necesario sustentar que las reglas sustantivas y procesales que regulan el domicilio de las personas, establecen

una serie de cargas y presunciones que no pueden aplicarse analógicamente a las notificaciones realizadas a otros lugares, los cuales no correspondan al domicilio legal de una persona o al lugar de emplazamiento establecido por ley. Asimismo, se señalará las razones por las que *WhatsApp* no cumple con las garantías necesarias para constituir una herramienta idónea de comunicación que puedan utilizar los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, lo anterior no significa que santifiquemos las reglas procesales actuales que regulan el emplazamiento de la demanda. Por el contrario, reconocemos que estas deben ser mejoradas; sin embargo, creemos que su inaplicación o adecuación generaría mayores desventajas que los beneficios que traerían aparejadas.

En efecto, independientemente de que estemos de acuerdo o no con la idoneidad y eficiencia de una regla, esta deberá ser respetada, puesto que varias veces ocurre que, por querer brindar mayor tutela al demandante, se terminan afectando derechos del demandado o se le imponen cargas que no le corresponden y que no se encuentran establecidas por ley. A razón de ello, será necesario advertir el peligro que representa *reescribir* las reglas procesales para cada caso concreto so pretexto de adecuarlas a los fines del proceso o de los actos de comunicación. Específicamente, serán abordados los problemas que genera una aplicación o adecuación de las reglas relacionadas al emplazamiento de la demanda en el proceso civil que rige en Perú.

A continuación, procederemos a sustentar por qué problemas modernos requieren soluciones actuales, en lugar de soluciones modernas que generen problemas nuevos. En efecto, no podemos usar la bandera de la justicia para complicar un proceso que, de por sí, ya resulta ser complicado. Por ello, hacemos nuestras las palabras de Susskind cuando afirma que “los trascendentalistas a menudo obstaculizan el avance. En nombre de la justicia, pierden la oportunidad de reducir la injusticia” (2020, p. 120).

Para tales efectos, iniciaremos realizando una definición de lo que constituye el derecho constitucional al procedimiento preestablecido por ley y, del mismo modo, cómo este a su vez se manifiesta a través de los principios de seguridad, predictibilidad jurídica y legalidad procesal. Sobre la base de ello, analizaremos la importancia de distinguir entre forma y formalidad de los actos procesales.

Seguidamente, analizaremos la importancia del acto de emplazamiento de demanda, la importancia que tiene el concepto de domicilio legal en el proceso, así como también las cargas, presunciones y garantías que conlleva el acto de emplazamiento. En tal sentido, conviene advertir al lector que el concepto de

domicilio legal al que hacemos referencia no involucra el concepto de domicilio procesal. Ello a razón de que este trabajo se limita a analizar el emplazamiento de la demanda, lo cual ocurre antes de que el demandado tenga la obligación de designar un domicilio especial para el proceso.

Finalmente, se realizará un análisis para determinar si inaplicar o adecuar las reglas que regulan el emplazamiento de la demanda constituye una práctica acorde al sistema de garantías constitucionales de Perú o si, por el contrario, atenta contra estas.

2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL AL PROCEDIMIENTO PREESTABLECIDO POR LEY Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL

El derecho al procedimiento preestablecido por ley se encuentra reconocido de manera directa e indirecta por la Constitución. En el artículo 138¹ se establece que la potestad de administrar justicia se realiza acorde a la Constitución y a las leyes; y, en el artículo 139, inciso 3² se establece, como garantía de la función jurisdiccional, el procedimiento preestablecido por ley.

De los preceptos constitucionales citados, se desprende que este derecho garantiza lo siguiente con relación a las normas que regulan el procedimiento civil: (i) que tengan, por lo menos, rango de ley; (ii) que sean establecidas de manera previa al inicio del proceso; y (iii) que las normas procesales tengan que ser aplicadas y respetadas por los órganos jurisdiccionales.

Conforme se aprecia, el derecho constitucional al procedimiento preestablecido por ley constituye un derecho de configuración legal, que, en principio, se cumpliría con el hecho de que el legislador procesal regule procedimientos mediante normas que, por lo menos, tengan rango de ley y que estos procedimientos sean respetados por los órganos jurisdiccionales.

¹ Artículo 138. Impartición de justicia. Control difuso.

La potestad de administrar jurídica emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

² Artículo 139. Principios y derechos de la función jurisdiccional.

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

En ese sentido, se ha señalado lo siguiente:

(...) [E]l régimen del proceso lo debe determinar la ley. Ella concede o niega poderes y facultades dentro de las bases establecidas en la Constitución. El espíritu de ésta se traslada a aquélla, que debe inspirarse en las valoraciones establecidas por el constituyente (Couture, 1979, p. 21).

Complementando lo expuesto, se ha afirmado, además, que:

(...) [L]as normas procesales son muy particulares porque a la par de regular el ejercicio del poder jurisdiccional tienen por misión concretizar el “debido proceso”, que es un derecho (subjetivo) del justiciable. En vista de estas particularidades, el legislador constituyente consideró que constituía una garantía el que estuvieran contenidas en Ley (con mayúsculas) (Ariano, 2016b, p. 458).

Lo expuesto no significa que el solo hecho de que el procedimiento haya sido regulado mediante normas con rango de ley y de manera previa, garantice la constitucionalidad del procedimiento, ya que, conforme a lo señalado por Priori:

(...) [E]l respeto a la garantía del debido procedimiento preestablecido en la ley solo tiene sentido en la medida que dicho procedimiento garantice, a su vez, los derechos al libre acceso de los ciudadanos al proceso, al juez natural, a la defensa, a la prueba, a la motivación y a la efectividad (2013, p. 587).

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional ha hecho referencia a los límites de la discrecionalidad del legislador para establecer normas procesales, al afirmar lo siguiente sobre el tema:

La discrecionalidad legislativa con la que cuenta el Congreso de la República para diseñar, en lo que aquí interesa, los procesos judiciales ordinarios, no tiene más límites que el modelo constitucional del proceso y el respeto de los derechos fundamentales procesales que se hayan reconocido en la Constitución (STC N° 2298-2005 PA, 11 de mayo).

En atención a lo expuesto, más allá de que puedan existir casos particulares en los que se pueda cuestionar la constitucionalidad de una norma procesal particular por vulnerar derechos constitucionales, lo cierto es que, el derecho constitucional al procedimiento preestablecido por ley garantiza que, una vez establecidas las “reglas de juego”, estas no puedan ser desconocidas.

En efecto, regulado el procedimiento mediante normas con rango de ley, el derecho constitucional al procedimiento preestablecido por ley se manifiesta mediante el principio de legalidad procesal. El Código Procesal Civil (CPC, en adelante) no hace referencia de manera expresa, a la legalidad procesal,

a diferencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española que lo establece en el artículo 1³ (LEC española, en adelante). Sin embargo, encontramos una referencia expresa a este principio en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ, en adelante), la cual lo instaura como un principio de la administración de justicia en el artículo 6⁴.

Sobre la legalidad procesal, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

En el ámbito del poder judicial el principio de legalidad se infiere de lo establecido por el artículo 138 de la Constitución, conforme al cual se atribuye a dicho poder la potestad de administrar justicia “con arreglo a la Constitución y a las leyes”. La Ley Orgánica del Poder Judicial (Artículo 6) enuncia el “principio procesal de legalidad” como elemento que debe regir todo proceso. En tal sentido, conforme a este principio, toda actuación procesal de los jueces se halla vinculada por las normas del ordenamiento jurídico; en particular, tratándose de la legalidad procesal tal vinculación impone al juez que sus actuaciones deban estar sujetas estrictamente a los supuestos previstos por las normas procesales y dentro de las formas y términos por ellas establecidas. De este modo, toda actuación procesal del juez que se desvincule o no observe tales supuestos, formas y términos, resulta una actuación que infringe el principio de legalidad, por tratarse, sencillamente, de una actuación extra legem, esto es, desprovista de sustento jurídico (STC N° 1569-2006 PA, 31 de marzo).

En esa misma línea, cabe destacar que la exigencia de respetar el principio al procedimiento preestablecido por ley y de legalidad no son gratuitas, sino que es una materialización del principio de seguridad jurídica en el proceso. Al respecto, el Tribunal Constitucional, haciendo suya la jurisprudencia de su homólogo español, ha señalado que la seguridad jurídica se consolida en:

La predictibilidad de las conductas (en especial, la de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinado por el Derecho (...). Tal como estableciera el Tribunal Constitucional Español, la seguridad jurídica supone “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho” (STC N° 00016-2002 AI, 30 de abril).

³ Artículo 1. Principio de legalidad procesal.

En los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acuden e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.

⁴ Artículo 6. Todo proceso judicial, cualquiera sea su denominación o especialidad, debe ser sustanciado bajo principios procesales de legalidad, inmediatez, concentración, celeridad, preclusión, igualdad de las partes, oralidad y economía procesal, dentro de los límites de la normatividad que le sea aplicable.

La seguridad jurídica en el marco del proceso adquiere una relevancia peculiar, puesto que garantiza a las partes las “reglas de juego” necesarias para conseguir una decisión sobre el fondo de la controversia. Al respecto, resulta pertinente mencionar lo siguiente:

La certeza del Derecho exige que el individuo que pretende justicia sepa exactamente cuáles son los actos que deba realizar para obtener y, por ello, las formas procesales —aunque otra cosa pudiera parecer— tienden a hacer más simple y rápido el proceso. Estableciendo al mismo tiempo una garantía para los derechos y libertades individuales. La forma es la condición necesaria para la certeza, el precio de la seguridad decía Montesquieu (Montero et al., 2014, p. 296).

En ese mismo orden de ideas, conviene señalar que las reglas procesales no sólo garantizan el debido proceso, sino, además, la emisión de una sentencia justa. Sobre ello, recordemos lo siguiente:

La realización de los procesos concretos no puede olvidar que sí importa, desde luego, el resultado de este, esto es, el contenido de la decisión judicial también importa, y no por menos, el camino, el cómo se llega a ese resultado, pues el fin (el resultado o decisión judicial de tutela de derecho subjetivo) no justifica el desconocimiento de la legalidad procesal (el camino o modo de llegar a la decisión) (Ariano, 2016a, p. 881).

Interpretando la cita anterior, conocer las “reglas de juego” de manera previa resulta determinante para todo proceso. En efecto, estas reglas permiten a las partes conocer sus derechos, cargas, deberes y mecanismos de defensa en el marco de un proceso. Ello, a su vez, permite que las partes diseñen estrategias legalmente válidas para defenderse y actuar en el proceso.

En esa línea, el Tribunal Constitucional Español ha hecho énfasis en que la Constitución garantiza “una aplicación razonable de las normas jurídicas procesales otorgantes de derechos, obligaciones y cargas a las partes, cuya inobservancia determina la lesión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva” (STC N° 6/2019, 17 de enero).

En razón a lo expuesto, podemos señalar que la existencia de normas procesales constituye una garantía del proceso. A través de esta, se garantiza la predictibilidad del proceso, toda vez que el respeto de las normas procesales conlleva a que las partes puedan adquirir certeza sobre cómo afrontar el proceso para hacer valer y respetar sus derechos procesales, así como conocer los límites de sus deberes y obligaciones en materia procesal.

3. LA FORMA Y FORMALIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES

La legalidad procesal no puede ser entendida como una garantía abstracta que determine una rigidez absoluta de las normas procesales. Es por ello, por lo que Couture afirmaba de manera tan ilustrativa que “el proceso no es una misa jurídica” (Couture, 1997, p. 252). Teniendo en cuenta lo expuesto, en el marco del principio de legalidad procesal, se realiza la diferencia entre la forma y la formalidad procesal.

Por un lado, la forma debe ser entendida como la garantía procesal de la realización de los actos procesales, es decir, “un modo para asegurar el acierto de la decisión judicial” (Montero et al., 2014, p. 293). Su fundamento se encuentra en el principio de legalidad procesal, el cual permite definir y garantizar el proceso *debido*.

La forma puede definirse en un sentido lato o en un sentido estricto. El primero, hace referencia a las reglas de juego, a la “delimitación de los poderes, facultades y deberes de los sujetos procesales, coordinación de su actividad, ordenación del procedimiento y organización del proceso” (Álvaro de Oliveira, 2007, p. 31). El segundo, se refiere a los requisitos que debe tener un determinado acto procesal con la finalidad de materializarse; es decir, al “envoltorio del acto procesal, la manera cómo éste debe exteriorizarse” (Alvaro de Oliveira, 2007, p. 27).

En resumidas cuentas, la forma es sinónimo de procedimiento preestablecido por ley, lo cual, a su vez, es sinónimo del principio de seguridad y predictibilidad jurídica en el marco del proceso. A propósito de ello, resulta propicio recordar lo siguiente:

Si las reglas del procedimiento quedasen a la libre discreción del juez, las situaciones del derecho material serían tuteladas en forma totalmente diversa, conduciendo a una cadena de injusticias. No se olvide que el poder sin límites, sin control, conduce inevitablemente al arbitrio y a la desigualdad (Cavani, 2014, p. 52).

En contrapartida a la forma, identificamos al formalismo, que se presenta como la negación de la forma, que ocurre cuando existe un exceso de forma carente de justificación fuera de ella misma (Montero et al., 2014); es decir, una oda al ritual, “para elucubrar una especie de geometría exacta que acomode la presentación del acto a las previsiones que la rigen” (Gozaíni, 2009, p. 245)⁵.

⁵ Añade: “Quien conoce las reglas se somete a ellas con el fin de tener un sistema donde debatir en igualdad de condiciones y oportunidades. Lo que el debido proceso no quiere, es que las

El formalismo, “se mira a sí mismo como un fin, no como un medio, privilegiando una rigurosa e irracional aplicación de una regla jurídica que obstruye la consecución del fin del proceso (tutela de derecho)” (Cavani, 2014, p. 52). En esa línea, podríamos calificar al formalismo como una barrera burocrática judicial, entendida esta, a decir del Tribunal Constitucional, como la “exigencia de requisitos irrazonables, impertinentes y/o carentes de utilidad” (STC N° 2703-2016 PA, 20 de diciembre).

En tal sentido, la formalidad se presenta como el enemigo de la forma y, por lo tanto, del proceso. A razón de ello, Satta enseñaba que “el formalismo simula el juicio según derecho, y en realidad crea una falsa experiencia, que con el derecho no tiene nada que ver” (Satta, 1971, p. 62).

En virtud de lo expuesto, la formalidad —no la forma— debe ser combatida en el proceso. En esa línea, el artículo IX del Título preliminar del CPC establece lo siguiente:

Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario. Las formalidades previstas en este Código son imperativas. 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.

En palabras de Nieva Fenoll:

El mero incumplimiento de una norma procesal no puede tener como consecuencia la nulidad del acto si no se ha provocado ninguna lesión de derechos fundamentales, particularmente del derecho de defensa. Disponer lo contrario supondría un cumplimiento simplemente fetichista de las leyes procesales, lo que carecería hoy en día, de todo sentido, porque sería contrario al derecho al libre acceso a los tribunales, que es una manifestación fundamental del derecho de defensa (2014, p. 296).

Sumado a lo anterior, cabe precisar que lo expuesto se encuentra, a su vez, reflejado en el principio de trascendencia de nulidad, el cual está establecido de manera expresa en el artículo 171⁶ del CPC, que garantiza que solo se declare

formas se conviertan en rituales que constituyan una finalidad en sí mismas” (Gozañi, 2004, p. 178).

⁶ Artículo 171. Principio de legalidad y trascendencia de la nulidad.

La nulidad se sanciona sólo por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal carecería de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad.

la nulidad de un acto procesal cuando carezca de un requisito indispensable para la obtención de su finalidad.

Conforme lo anterior, podemos afirmar que los principios de adecuación de formalidades y trascendencia de nulidad es la garantía de que las formas no sucumban al formalismo. A través de estos principios se busca garantizar el procedimiento preestablecido por ley de manera que se permita su realización, sin que el juez o las partes se justifiquen en cuestiones incidentales o secundarias para evitar que el proceso avance o que los actos procesales surtan efectos (De la Oliva et al., 2001, p. 71).

Ahora bien, conforme se aprecia, legalidad y formalismo son cuestiones distintas. Citando nuevamente a Satta:

El formalismo no debe confundirse con la legalidad y el principio de legalidad que está absolutamente fuera de cuestión, y mucho menos la crítica del formalismo se puede desarrollar bajo el signo de la vaga aspiración a una justicia sustancial, en rebelión o larvada a la voluntad de la ley (1971, p. 52).

Teniendo en cuenta el contenido esencial del derecho constitucional al procedimiento preestablecido por ley, el principio de legalidad y la distinción entre forma y formalismo —lo que incluye a las clases de formalismo a las que hacemos referencia (exceso de forma carente de justificación u oda al ritual)—; corresponde analizar ahora si el acto procesal de emplazar la demanda constituye una forma procesal o, en todo caso, un formalismo.

Sin duda, lo anterior es relevante, puesto que entender que las reglas de emplazamiento de la demanda constituyen una forma procesal implicaría que nos encontramos ante una garantía del proceso, mientras que, si constituye un mero formalismo, el juez podría adecuarla o prescindir de ella, con el objeto de conseguir los fines del proceso.

Para tales efectos, corresponde analizar, de manera previa, todo lo que está en juego con el simple acto de *emplazamiento* de la demanda al *domicilio* del demandado.

4. LA NOTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES COMO DERECHO DE LAS PERSONAS, Y COMO DEBER DEL ESTADO

La notificación de las resoluciones judiciales es “el instrumento que utiliza el tribunal para comunicarse con los sujetos del proceso, e incluso con terceros

Cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, éste será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito.

posibles afectados por las actuaciones” (Nieva, 2015, p. 290). En igual sentido, se ha señalado que este acto implica lo siguiente:

(...) [A]quella actividad que se dirige a llevar a conocimiento de determinada persona alguna cosa, de modo que ella tenga la percepción de esta o, por lo menos, sea probable que tenga dicha percepción, a través de un órgano especial (oficial judicial)” (Rocco, 1970, p. 35).

Este acto procesal forma parte del contenido esencial del derecho de defensa, dado que garantiza su ejercicio. En ese sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al afirmar lo siguiente:

Presupone que quienes participan en un proceso judicial para la determinación de sus derechos y obligaciones jurídicas tengan conocimiento previo y oportuno de los diferentes actos procesales que los pudieran afectar, a fin de que tengan la oportunidad de ejercer, según la etapa procesal de que se trate, de los derechos procesales que correspondan (STC N° 748-2002 PA, 19 de diciembre).

En atención a lo expuesto, el acto de notificación de las resoluciones judiciales constituye un acto procesal de vital importancia, puesto que, mediante este acto, se garantiza que las partes y terceros de un determinado proceso (o futuro proceso) tomen conocimiento del contenido de las resoluciones judiciales. En consecuencia, mediante el acto de notificación, se permite garantizar el derecho de defensa de las partes y terceros de un proceso.

La importancia de la notificación de las resoluciones judiciales no solo se desprende de que garantiza el derecho de defensa, sino además del hecho de que de dicho acto depende la eficacia de las resoluciones judiciales, lo cual se manifiesta, de manera expresa, en los casos en los que se notifican resoluciones judiciales con plazos perentorios (Satta, 1971, p. 226). Por ello, el artículo 155 del CPC estipula que “las resoluciones judiciales solo producen efecto en virtud de la notificación hecha con arreglo a lo dispuesto en este Código, salvo los casos expresamente exceptuados”.

Lo expuesto en el artículo en mención es bien significativo, puesto que, al condicionarse la eficacia de los plazos perentorios de las resoluciones judiciales a la notificación de estas “hecha con arreglo a lo dispuesto en este Código”, se está estableciendo una norma cuya garantía no se limita a tutelar el derecho de defensa, sino que establece una garantía de seguridad y predictibilidad jurídica trascendente para el proceso. Por ello, se ha señalado que “la validez del acto no depende de que el interesado haya obtenido conocimiento real de la resolución, sino que se haya practicado con arreglo a lo dispuesto en la ley” (Montero et al., 2014, p. 337).

En tal sentido, lo anterior nos permite concluir que el acto de notificación conforme a ley es tan importante como el contenido de la resolución que se notifica. Así, al establecerse reglas de notificación, el ordenamiento procesal otorga, a las partes y terceros de un proceso, certeza sobre dónde y cómo las resoluciones judiciales surtirán efectos. Sobre la base de esta regla, las partes y terceros pueden establecer legítimamente cómo actuarán antes, durante y después del proceso, y, consecuentemente, cómo pueden defenderse en el marco de este.

Por ello, resulta posible afirmar que el conocer dónde y cómo una resolución judicial será notificada y, por lo tanto, cuándo surtirá efecto constituye una garantía de las partes y terceros de un proceso, la cual forma parte del contenido esencial del derecho al procedimiento preestablecido por ley, cuya transgresión no puede ser tolerada, pues constituiría una vulneración directa al derecho de defensa y debido proceso. Así, por ejemplo, tenemos que el Tribunal Constitucional declaró fundada una demanda de amparo al acreditar que la Corte Suprema pretendió concederle efectos a una sentencia desde la fecha en la que se alcanzaron los votos suficientes para resolver el caso y no desde el momento de su notificación (STC N° 1142-2018 PA, 19 de enero).

Al respecto, más allá de dónde y cómo se notifican las resoluciones judiciales (lo cual trataremos en el siguiente acápite), conviene resaltar que, para la efectiva tutela del derecho de defensa de las partes, se impone al órgano jurisdiccional un deber de diligencia en la realización de este. Recordemos que “configurado el derecho a la tutela judicial como un derecho prestacional, conllevará una serie de obligaciones por parte de quien, con arreglo a la Constitución, deba realizar la actividad prestacional” (González, 2001, p. 53).

Sobre el particular, resulta ilustrativo lo que el Tribunal Constitucional español ha señalado sobre el tema. Al respecto, ha afirmado que el órgano jurisdiccional tiene un especial deber de diligencia para verificar la correcta realización de los actos de notificación de las resoluciones judiciales, al señalar lo siguiente:

El derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 CE, garantiza el derecho de acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y de ejercitar la defensa de los derecho e intereses legítimos, con respeto de los principio de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales, lo que impone a los órganos judiciales un deber de diligencia en el cumplimiento efectivo de las normas reguladoras de los actos de comunicación procesal (STC N° 47/2019, 8 de abril).

En similar sentido, el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado de la siguiente manera:

Solo si la constitución de la litis tiene lugar en los términos debidos es posible garantizar el derecho de defensa de quienes sean o puedan ser parte en dicho proceso y, muy particular, la inexcusable observancia del principio de contradicción, sobre el que erige el derecho de ser oído (STC N° 32/2019, 28 de febrero).

En este orden de ideas, queda claro que la realización de este acto procesal impone al órgano jurisdiccional la obligación de contar con una constancia expresa de su realización, con todo lo que ello involucra, dado que, la existencia de esta constancia representa la única garantía de que, efectivamente, se realizó el acto de notificación y que fue efectuado conforme a ley.

Sobre el particular, conviene resaltar que, antes del predominio de la utilización de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC, en adelante) en los procesos, la constancia de acuso de recibo de la notificación de la resolución judicial era una cuestión de menor importancia, toda vez que se otorgaba fe pública a la constancia judicial de realización de este acto (cédula de notificación), documento que era emitido por el auxiliar judicial encargado de concretar este acto⁷.

Sin embargo, el uso de las TIC en los procesos judiciales eliminó la posibilidad de que exista una constancia de realización del acto emitida por un auxiliar judicial, lo cual generó, sin embargo, la exigencia de que los medios técnicos utilizados emitan una constancia de similar función a la que realizaba el auxiliar judicial con la cédula.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el acuse de recibo o constancia fehaciente de realización del acto importa las garantías de autenticidad de la realización de este, y de identificación de todos los datos relevantes de su realización, tales como, por ejemplo, la fecha, la hora, la constancia de envío y de recepción. En consecuencia, un medio de notificación de resoluciones judiciales que no garantice lo anterior no constituye una herramienta idónea para la realización de este acto procesal.

⁷ Sobre el particular, se ha señalado que: “la cédula y la diligencia de notificación configuran un instrumento público por dar fe pública el notificador de la actividad que realizaba; por tanto, al tener esa condición, ellas son pruebas por sí mismas, no siendo posible recurrir a otros medios probatorios ni a pruebas supletorias” (Ledesma, 2015, p. 434)

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional español se pronunció a favor de la constitucionalidad del sistema Lextnet utilizado en España⁸, al acreditar que cumple con las exigencias mínimas para que sea usado como canal electrónico de comunicación de la administración de justicia⁹.

En el Perú, no existen normas que regulen la exigencia de una constancia de la realización de los actos de notificación. Es más, las normas que incorporaron el uso de las TIC en las notificaciones de las resoluciones judiciales no hicieron referencia alguna a este tema¹⁰. Sin embargo, el 19 de febrero de 2021, se publicó el Reglamento de la Ley de Gobierno Digital, mediante Decreto Supremo N° 029-2021-PCM, que establece disposiciones sobre las condiciones, requisitos y uso de las tecnologías por parte de la administración. En esta norma, se hace referencia a que todo buzón de notificación (definido como lugar donde se depositan la notificación de actos administrativos y actos de la administración), tiene que remitir una constancia de depósito (artículo 55)¹¹.

Pese a lo expuesto, al constituir el acuse de recibo o constancia fehaciente de realización una exigencia para acreditar la realización del acto de notificación de las resoluciones judiciales resulta posible sostener que esta constituye un elemento indispensable de la notificación de las resoluciones judiciales y, consecuentemente, un elemento comprendido dentro del contenido esencial del

⁸ Sistema similar al SINOE, Sistema de Notificaciones Electrónicas, utilizado en Perú.

⁹ Todas estas garantías de autenticidad del sistema Lexnet reflejan el cumplimiento de las exigencias que, para los canales electrónicos de la Administración de justicia autorizados, se disponen en los artículos 154 (envío y recepción de actos de comunicación con los procuradores, con el resguardo acreditativo de su recepción), 262 (la autenticidad del hecho del envío y la recepción de escritos y documentos, y de su contenido; la 'constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron) y 135 y 273 (la autenticidad de la presentación de escritos procesales y documentos ajenos, y 'la constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras' y de su fecha respectiva) de la Ley de enjuiciamiento civil, tras su reforma por Ley 24/2015. Garantías de autenticidad y acceso al contenido de acto de comunicación, que venía ya exigiendo la doctrina de este Tribunal para medios técnicos de transmisión de actos de comunicación (STC N° 6/2019, de 17 de enero).

¹⁰ Revisar Ley N° 30223, publicada el 28 de diciembre de 2014, norma que estableció el uso obligatorio de la casilla electrónica en los procesos judiciales. Asimismo, revisar Resolución Administrativa N° 069-2015-CE-PJ, de fecha 12 de febrero de 2015; Resolución Administrativa N° 234-2015-CE-PJ, de fecha 15 de julio de 2015; y Resolución Administrativa N° 260-2015-CE-PJ, de fecha 19 de agosto de 2015.

¹¹ Artículo 55. Buzón de notificaciones.
(...)

55.1 Es aquel buzón donde se depositan las notificaciones de actos administrativos, así como actos de administración emitidos en el marco de cualquier actuación administrativa, remitidas por las entidades de la Administración Pública a los ciudadanos y personas en general.

derecho de defensa. Así, por lo menos, lo ha entendido el Tribunal Constitucional español, quien ha señalado expresamente lo siguiente:

Para atender a las exigencias derivadas del artículo 24.1 de la C.E., la eficacia de los actos de comunicación procesal realizados a través de cualquier medio técnico se supedita a que quede en las actuaciones ‘constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y del contenido de lo comunicado’ (STC N° 6/2019, 17 de enero).

En resumidas cuentas, el acto de notificación de las resoluciones judiciales permite garantizar el derecho de defensa de las partes y terceros en el proceso civil, así como también, establece una regla que permite conocer cómo es que las resoluciones judiciales surtirán efectos y cuando iniciarán los plazos perentorios establecidos por ley. Dicho ello, este acto debe realizarse obligatoriamente conforme dispone la ley, quedando a salvo la posibilidad de que las partes o terceros convaliden, de manera expresa o tácita, su omisión o irregularidad.

5. LA CARGA, PRESUNCIÓN Y GARANTÍA PROCESAL QUE INVOLUCRA EL ACTO DE NOTIFICACIÓN AL DOMICILIO LEGAL, DE CONFORMIDAD CON EL ORDENAMIENTO SUSTANTIVO Y PROCESAL

El emplazamiento de la demanda al lugar establecido en la norma procesal tiene una trascendencia peculiar en el proceso, toda vez que de su correcta realización depende la eficacia del plazo perentorio otorgado al demandado para ejercer su derecho de defensa, e involucra cargas, presunciones y garantías procesales —impuestas y otorgadas al demandado y al órgano jurisdiccional.

La regla general indica que la demanda se emplaza al domicilio legal del demandado¹². Sobre el tema, el CPC no contiene una regla que lo establezca de manera específica; sin embargo, ello se infiere del artículo que hace referencia a los requisitos de la demanda (artículo 424.4¹³).

Definir el domicilio real del demandado requiere de análisis, conforme a la normativa sustantiva competente en cada caso concreto. En el Perú, con

¹² Sobre el emplazamiento de personas con domicilio desconocido no nos ocuparemos, toda vez que excede los alcances del presente artículo.

¹³ Artículo 424. Requisitos de la demanda.

La demanda se presenta por escrito y contendrá:

(...)

4. El nombre y dirección domiciliaria del demandado. Si se ignora esta última, se expresará esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda.

relación a las personas naturales, este domicilio lo constituye “la residencia habitual de la persona en un lugar” (artículo 33 del Código Civil¹⁴). Por otro lado, con relación al domicilio real de las personas jurídicas, este lo constituye “el domicilio señalado en el estatuto, domicilio donde desarrolla alguna de sus actividades principales, o el domicilio donde instala su administración” (artículo 20¹⁵ de la Ley General de Sociedades).

Atendiendo lo anterior, la correcta identificación del domicilio legal de las partes constituye un asunto de vital importancia para el proceso, básicamente, por tres (3) razones principales: (i) permite identificar cuándo se inician los plazos perentorios para contestar la demanda y, consecuentemente, cuándo existen vicios de nulidad por indebida notificación, (ii) se encuentra vinculado a las reglas de competencia territorial del proceso; así como también, (iii) involucra cargas, presunciones, y garantías sustantivas y procesales.

Un primer elemento de vital importancia lo constituye el hecho de que el correcto emplazamiento de la demanda implica el inicio del cómputo para que el demandado ejercite su derecho de defensa, lo cual realizará comúnmente a través del escrito de contestación de excepciones y contestación de demanda. Asimismo, en caso no se realice el emplazamiento al domicilio del demandado, este puede requerir la nulidad de la notificación acreditando que la demanda no le fue notificada a su domicilio. Para tales efectos, deberá acreditar, en la primera oportunidad que tenga, que, conforme a la normativa sustantiva, el lugar donde le fue emplazada la demanda no fue su domicilio. Así, por ejemplo, puede proceder una nulidad del acto de notificación, en caso el demandado acredite que el lugar donde fue notificado no constituía su residencia habitual.

Un segundo punto importante radica en que la correcta identificación del domicilio de las partes se encuentra aparejado con diferentes reglas de competencia territorial de un juzgado para conocer una determinada demanda. Así, por ejemplo, encontramos que la regla general de competencia dicta que, cuando se demanda a una persona natural, será competente el juez del lugar

¹⁴ Artículo 33. El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar.

¹⁵ Artículo 20. Domicilio.

El domicilio de la sociedad es el lugar, señalado en el estatuto, donde desarrolla alguna de sus actividades principales o donde instala su administración. En caso de discordancia entre el domicilio de la sociedad que aparece en el Registro y el que efectivamente ha fijado, se puede considerar cualquiera de ellos. La sociedad constituida en el Perú tiene su domicilio en territorio peruano, salvo cuando su objeto social se desarrolle en el extranjero y fije su domicilio fuera del país.

de su domicilio, salvo disposición legal en contrario (artículo 14¹⁶ del CPC). Del mismo modo, cuando se demanda a una persona jurídica, será competente el juez del lugar del domicilio en donde tiene su sede principal, salvo disposición legal en contrario (artículo 17¹⁷ del CPC).

Finalmente, otro aspecto de vital importancia de la identificación del domicilio de las partes radica en que lleva aparejado, según normativa sustantiva y procesal, cargas, presunciones y garantías procesales, las cuales solo se pueden desprender de un acto de comunicación realizado al domicilio legal de las personas.

A continuación, se procederá a desarrollar cuáles son las cargas y presunciones que el concepto legal de domicilio involucra, así como cuáles son, a su vez, las garantías que establece desde el aspecto sustantivo y procesal.

5.1 Con relación a la carga que involucra el concepto de domicilio legal

Desde el aspecto sustantivo, podemos señalar que toda persona (natural o jurídica) es un centro de imputación de derechos, deberes y obligaciones. Por ello, se afirma que “si el sujeto de derecho es un centro de imputación de derechos y deberes, dicho centro de imputación debe tener una ubicación en el espacio: esta es la noción de domicilio” (Espinoza, 2008, p. 572).

El ordenamiento jurídico tiene interés en determinar los domicilios de los sujetos de derecho, toda vez que, de esta manera, se podrá ubicar a las personas con el objeto de que ejerzan sus derechos y deberes, y cumplan con las obligaciones que se les imputan. En atención a ello, el ordenamiento jurídico

¹⁶ Artículo 14. Reglas generales de la competencia.

Cuando se demanda a una persona natural, es competente el Juez del lugar de su domicilio, salvo disposición legal en contrario. Si el demandado domicilia en varios lugares puede ser demandado en cualquier de ellos. Si el demandado carece de domicilio o éste es desconocido, es competente el Juez del lugar donde se encuentre o el del domicilio del demandante, a elección de este último. Si el demandado domicilia en el extranjero, es competente el Juez del lugar del último domicilio que tuvo en el país. Si por la naturaleza de la pretensión u otra causa análoga no pudiera determinarse la competencia por razón de grado, es competente el Juez Civil.

¹⁷ Artículo 17. Personas jurídicas.

Si se demanda a una persona jurídica, es competente el Juez del domicilio en donde tiene su sede principal, salvo disposición legal en contrario. En caso de contar con sucursales, agencias establecimientos o representantes debidamente autorizados en otros lugares, puede ser demandada, a elección del demandante, ante el Juez del domicilio de la sede principal o de cualquiera de dichos domicilios en donde ocurrió el hecho que motiva la demanda o donde sería ejecutable la pretensión reclamada.

establece a los sujetos la carga de actuar diligentemente con relación a su domicilio (Zatti, 2005, p. 334).

Las cargas no son imposiciones de comportamiento establecidas en normas jurídicas, sino que constituyen una regla que “se limita a establecer que un cierto resultado puede ser obtenido sólo por quien realice (sin estar obligado) un determinado comportamiento” (Zatti, 2005, p. 334). En esa misma línea, Díez-Picazo ha afirmado que las cargas “implican la necesidad de una conducta para la evitación de un perjuicio” (1996, p. 109).

De esta manera, la existencia del domicilio legal de las personas importa la carga de actuar diligentemente con relación al mantenimiento del domicilio y de las comunicaciones que, por ley, deben realizarse en este. Así, por ejemplo, se establece que el cambio del domicilio del deudor no es oponible, si no es comunicado al acreedor (artículo 40¹⁸ del Código Civil).

En esa misma línea, en referencia al domicilio legal, se ha señalado lo siguiente:

Es un dato técnico determinado por ley y la fijación del domicilio no es más que una carga para el correcto ejercicio de las situaciones jurídicas (suscripción de un contrato, interposición de una demanda). Si no se cumple con esta carga, será imposible que la situación jurídica (material o procesal) surta efectos. (Espinoza, 2008, p. 577).

Ahora bien, lo expuesto desde el aspecto sustantivo tiene su correlación en el ámbito procesal. En tal sentido, el domicilio legal constituye una carga procesal para las partes y terceros en un proceso. Dicha carga procesal puede ser definida como la necesidad de realizar una determinada conducta en el proceso, con el objeto de evitar un perjuicio derivado de una norma procesal. En palabras de Goldschmidt, la carga procesal se presenta ante “la necesidad de prevenir un perjuicio procesal y, en último término, una sentencia desfavorable, mediante la realización de un acto procesal. Estas cargas son imperativas del propio interés” (1961, p. 91).

En igual sentido, se pronunció Carnelutti de la siguiente manera: “hablo de carga cuando el ejercicio de una facultad aparece como condición para obtener

¹⁸ Artículo 40. Oponibilidad del cambio de domicilio

El deudor deberá comunicar al acreedor el cambio de domicilio señalado para el cumplimiento de la prestación obligacional, dentro de los treinta días de ocurrido el hecho, bajo responsabilidad civil, y/o penal a que hubiere lugar. El deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional con el acreedor están facultados para oponer a éste el cambio de su domicilio. La oponibilidad al cambio de domicilio se efectuará mediante comunicación indubitable.

una determinada ventaja; por ello, la carga es una facultad cuyo ejercicio es necesario para el logro de un interés” (1959, p. 65).

De igual manera, como ocurre desde el ámbito sustantivo, en el ámbito procesal, la carga se encuentra relacionada con el actuar diligentemente en relación con las comunicaciones (notificaciones) judiciales realizadas al domicilio legal, así como el deber de mantener y conservar este y, consecuentemente, comunicar oportunamente un cambio de domicilio.

Del mismo modo, la carga de actuar diligentemente con relación a las comunicaciones (notificaciones) judiciales implica que cada persona asume el riesgo de su accionar activo o pasivo con relación a las resoluciones judiciales que le son comunicadas (notificadas) en su domicilio.

Por otro lado, la carga de mantener y conservar el domicilio en el proceso importa que las personas, una vez apersonadas al proceso (ya sea como parte o tercero) tengan que informar cualquier cambio que realicen de su domicilio al juzgado, bajo riesgo de que tengan que sufrir las consecuencias por el incumplimiento de dicho deber de informar.

Siguiendo la misma línea, cabe precisar que la carga que tienen las partes y terceros con relación a ser diligentes, mantener y conservar el domicilio legal se desprende del principio buena fe, específicamente del principio referido a los actos propios procesales que regula las nulidades procesales (Picó I Junoy, 2003, p. 113).

En el Perú, el principio de actos propios procesales encuentra sustento, de manera expresa, en la existencia de una regla procesal que establece que nadie puede beneficiarse de una nulidad que ha generado (artículo 175, inciso 1¹⁹ del CPC). A su vez, encuentra sustento en el deber de las partes y terceros de actuar regidos en virtud del principio de la buena fe (artículo 109, inciso 1²⁰, del CPC).

Sobre este último principio, se ha señalado lo siguiente:

Demuestra una extensión del precepto memo *auditur propiam turpitudine allegans* (nadie puede alegar su propia torpeza), que en la doctrina procesal se

¹⁹ Artículo 175. Inadmisibilidad o improcedencia del pedido de nulidad.

El pedido de nulidad será declarado inadmisibile o improcedente, según corresponda, cuando:

1. Se formule por quien no ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio.

²⁰ Artículo 109. Deberes de las partes, abogados y apoderados.

Son deberes de las partes, abogados y apoderados:

1. Proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso.

le conoce como la doctrina o teoría de los actos propios, según el cual, no es ilícito admitir que las partes ejerciten actos contrarios a los que la otra parte, de buena fe acepta, por observarlos continuos y destinados a una conducta futura [cursivas agregadas] (Gozaíni, 1992, p. 856).

En esa misma línea, se ha afirmado lo siguiente:

La doctrina de los propios actos es de plena aplicación no sólo en el ámbito de las relaciones privadas sino también en el marco del proceso, siendo precisamente en este ámbito —y así lo pone de relieve Díez-Picazo— donde surge la figura anglosajona del estoppel, que impide al litigante formular alegaciones en contradicción con el sentido objetivo de su anterior conducta, configurándose como una de las reglas del *fair play* procesal, que entra en juego dentro del proceso y nunca fuera de él [cursivas agregadas] (Picó I Junoy, 2003, p. 114).

A propósito de la teoría de los actos propios procesales, las partes tienen la carga de actuar de manera diligente con relación a la dirección sus domicilios, de las comunicaciones (notificaciones) que reciben en el mismo y, por lo tanto, de informar cualquier cambio con relación a este en el proceso, así como estar informado las resoluciones judiciales comunicadas (notificadas) a su domicilio.

A modo de ejemplo, si una parte viaja fuera del país, tendría su registro migratorio que le permita acreditar que, pese a que fue comunicada (notificada) a su domicilio, no tuvo conocimiento efectivo de las resoluciones judiciales y podría requerir la nulidad del citado acto procesal. Sin embargo, en este supuesto, esta parte habría ocasionado su propio perjuicio, al no haber tomado las precauciones necesarias, es decir, no haber informado la variación de su domicilio y, consecuentemente, en virtud del principio de actos propios procesales, no podría ser estimada la nulidad invocada.

Conforme se aprecia, las partes y terceros de un proceso (o futuro proceso), al constituir centro de imputación de derechos y deberes, requieren tener una ubicación para los fines del proceso. Esta ubicación la constituye el domicilio legal, del cual se desprende una carga de actuar diligentemente con relación al mismo, ya sea con relación a las notificaciones judiciales que llegan a este o con relación al mantenimiento y conservación de su domicilio.

5.2 Con relación a la presunción legal que involucra el concepto legal de domicilio

El domicilio legal trae aparejado una presunción de conocimiento de las notificaciones que se realizan al mismo, que es impuesta por ley a las personas domiciliadas en este. Así, por ejemplo, si a alguna de las partes de una relación

contractual no se le comunican determinadas decisiones con relación al contrato a su domicilio legal (en este caso contractual), estas comunicaciones no surtirán efecto y, por lo tanto, tampoco podrá regir la presunción de conocimiento de las comunicaciones realizadas a un lugar distinto.

Ahora bien, resulta pertinente mencionar que lo anterior también ocurre a nivel procesal. Cuando la norma procesal establece que la notificación deberá ser realizada con “arreglo a lo dispuesto a este código” (artículo 155 del CPC) para que la resolución judicial comunicada (notificada) surta efectos, lo que en realidad está haciendo es legitimar una presunción a favor del conocimiento de la notificación y de la resolución judicial que contiene, siempre y cuando, sea esta realizada al domicilio de las partes o terceros en el proceso.

En tal sentido, las presunciones consisten en lo siguiente:

(...) [U]n razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho, que es el supuesto fáctico de una norma, atendiendo el nexo lógico existente entre los dos hechos (Montero, 2001, p. 176).

Las presunciones pueden crearse por diversos motivos, tales como la búsqueda de la verdad, eliminación de incertidumbres o creación de incentivos para que las personas actúen de una determinada manera (Rivarola, 2013, p. 449).

En el caso del acto procesal de comunicar (notificar) una resolución judicial, existe una presunción legal, puesto que, partiendo de un supuesto que está probado (remitir una resolución judicial al domicilio), se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho (se toma conocimiento de la resolución notificada).

La presunción de conocimiento de la notificación y de la resolución, que incluye dicha comunicación, se realiza por cuestiones de seguridad y predictibilidad jurídica (eliminar incertidumbres), con el objeto de permitir que avance el proceso. De no existir esta presunción, sería sencillo para las partes cuestionar que no tomaron conocimiento de cada una de las notificaciones que se realicen en el proceso.

En relación con lo expuesto, el Tribunal Constitucional español ha ratificado de manera indirecta lo anterior, toda vez que ha señalado sobre el conocimiento extraprocesal de un proceso lo siguiente:

(...) [N]o puede fundarse sin más en una presunción cimentada en simples conjeturas, sino que debe acreditarse fehacientemente para que surta su efecto invalidante de la tacha de indefensión, pues lo presumido, es justamente, el desconocimiento del proceso si así se alega” (STC N° 181/2015, 17 de septiembre).

Conforme se aprecia, podemos afirmar que, a falta de una norma que legitime el conocimiento de la notificación, se debe de presumir el desconocimiento de esta. En ese sentido, cuando no se cumple con la notificación *conforme a ley*, la carga de la prueba, con relación a este hecho, le corresponde al órgano jurisdiccional.

En resumidas cuentas, el acto de notificación realizado conforme a ley conlleva aparejada una presunción legal de conocimiento del contenido del citado acto. De no existir esta presunción, sería imposible que el proceso avance, puesto que no existiría certeza de que las partes o los terceros tomaron conocimiento de las resoluciones judiciales que se les remitieron en un momento determinado.

5.3 Con relación a la garantía que involucra el concepto legal de domicilio

El domicilio legal, además de implicar la carga de actuar diligentemente y la presunción de conocimiento de las notificaciones realizadas a este, importa una garantía, puesto que permite limitar dicha carga de diligencia y dicha presunción de conocimiento de las resoluciones judiciales, a la notificación realizada al domicilio legal de las partes o los terceros en el proceso.

En efecto, las normas procesales limitan tanto la carga de actuar diligentemente como la presunción de conocimiento de las resoluciones judiciales a la notificación de estas al domicilio de las partes del proceso. Dicha carga y presunción no está establecida a favor de las notificaciones realizadas a un lugar distinto. A razón de ello, aplicación de la carga y presunción citada a una comunicación a realizada un lugar distinto, importa la aplicación de gravámenes vía analogía; y, consecuentemente, constituye una restricción de derechos que contraviene el artículo 139, inciso 9²¹ de la Constitución.

Por ello, un juez no puede notificar resoluciones judiciales a un lugar distinto al domicilio de las partes o los terceros en el proceso, toda vez que ello sería legitimar una carga de diligencia y una presunción de conocimiento relacionadas a la notificación de las resoluciones judiciales de manera distinta a las establecidas por ley.

A razón de lo expuesto, el juez no puede establecer el deber que las partes y los terceros actúen diligentemente con relación a un lugar que no es el

²¹ Artículo 139. Constituye un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional: (...) 9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.

domicilio, puesto que el ordenamiento jurídico no les impone ese deber, ni establece una carga que la lo legitime. A su vez, tampoco se puede establecer la presunción de conocimiento que ello involucra, dado que esta se limita a que la notificación sea realizada al domicilio legal de las partes o los terceros.

En resumidas cuentas, el concepto de domicilio legal es uno de vital importancia para el ordenamiento sustantivo y procesal, el cual trae aparejadas una carga, una presunción y garantías, que no están establecidas para las notificaciones realizadas a otras ubicaciones distintas.

6. SOBRE LA POSIBILIDAD DE CONVALIDAR LA AUSENCIA O IRREGULARIDAD DEL ACTO DE NOTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

La garantía de notificación de las resoluciones judiciales, con todo lo que presupone, puede ser materia de renuncia por iniciativa de las partes y los terceros de un determinado proceso, lo cual podría ocurrir vía convenciones procesales o convalidación (aquiescencia). Al final de cuentas, si una persona quiere renunciar a las garantías establecidas a su favor, tiene la libertad de hacer ello.

En ese orden de ideas, el artículo 172 del CPC establece que la nulidad de la notificación “se convalida si el litigante pone de manifiesto haber tomado conocimiento oportuno del contenido de la resolución”.

Conforme se aprecia, la norma en mención establece lo que se denomina el principio de convalidación, el cual permite que la omisión o realización irregular de un acto de notificación sea subsanado “cuando el destinatario reacciona, dándose por enterada y no denunciada la nulidad de la diligencia en su primer acto de comparecencia, en cuyo caso surtirá efectos” (Montero et al., 2014, p. 337).

Al respecto, conviene hacer una precisión: la convalidación del acto de notificación requiere, en principio, que exista un acto. Citando a Liebman “queda fuera de toda posibilidad de convalidación los casos de inexistencia del acto” (1980, p. 220).

Sin embargo, para fines prácticos, podríamos señalar que renunciar a la notificación de la resolución judicial, constituye la convalidación (subsanción) a la omisión de este acto.

Del mismo modo, conviene precisar que la convalidación puede ser expresa, lo cual ocurre cuando la parte perjudicada declara que dejará de consentir la omisión o irregularidad del acto de notificación y, por el contrario, es implícita, cuando la parte perjudicada realiza un acto en el proceso incompatible con

denunciar la nulidad o simplemente no interpone la nulidad en la primera oportunidad que tiene apenas toma conocimiento de cualquier omisión o irregularidad en el acto de notificación.

En ese sentido, nótese que el acto de *tomar conocimiento* del contenido de la resolución judicial debe realizarse dentro del proceso.

Sin duda, un ejemplo nos permitirá entender mejor lo expuesto. Una parte procesal puede tomar conocimiento de una resolución judicial vía web, mediante la Consulta de Expedientes Judiciales de Perú (CEJ, en adelante)²², lo cual podría generar que conozca la resolución y que no se encuentre en una situación de indefensión; sin embargo, ese hecho no determinará que la resolución judicial produzca efectos como tal y, consecuentemente, no iniciará el cómputo del plazo perentorio, hasta que sea debidamente notificada.

Ante un escenario como el descrito, la parte se encuentra en su total derecho de esperar la notificación de la resolución judicial “hecha con arreglo a lo dispuesto por este Código” (artículo 155 del CPC), y debe tener la confianza legítima de que, mientras ello no ocurra, la resolución judicial no surtirá efectos. Inclusive, la parte que tomó conocimiento de la resolución judicial vía web podría afirmar ante la otra parte que tomó conocimiento de la resolución o afirmar ello ante el juez en una entrevista que realice con él, sin que ello implique que la resolución surtirá efectos hacia su persona.

En caso ocurra lo expuesto, la parte que tome conocimiento de una resolución judicial vía web deberá esperar hasta que esta sea notificada con el objeto de que surtan sus efectos y actuar sobre la base de estos (por ejemplo, ejercer su derecho de impugnar la resolución), lo cual constituiría un escenario de ejercicio regular de un derecho. Nótese que aquí no está en juego la buena fe procesal, la cooperación de las partes para conseguir los fines del proceso o la afectación del derecho de defensa de las partes, sino que lo único que está en juego radica en el uso legítimo de una potestad atribuida por la norma procesal a las partes involucradas.

En este escenario, por más que la parte haya tomado conocimiento de la resolución judicial, está en todo su derecho de esperar que la sentencia sea notificada “con arreglo a lo dispuesto por este Código” (artículo 155 del CPC), para poder ejercer su derecho de impugnación. A la fecha, el artículo 155-E del Texto Único Ordenado de la LOPJ establece que la sentencia debe ser notificada mediante cédula; razón por la cual, mientras ello no ocurra, la parte perjudi-

²² Sistema web que permite consultar el estado de los procesos judiciales de todas las materias, salvo penal, y que engloba los procesos judiciales que se tramitan en todo el territorio peruano.

cada por la sentencia puede optar por no interponer recurso de apelación de sentencia, y hacerlo recién una vez que el plazo perentorio para ello empiece a correr; es decir, una vez notificada la sentencia mediante cédula.

Sobre el particular, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, quien sobre la notificación física de la sentencia ha señalado lo siguiente:

(...) [S]in perjuicio de su notificación electrónica, las resoluciones que ponen fin al proceso en cualquier instancia o grado siempre deben notificarse a las partes mediante cédula, porque así lo ha establecido de manera imperativa la citada disposición [155-E del TUO de la LOPJ] (STC N° 49-2018 Q, 10 de enero).

Ahora bien, una situación distinta a la expuesta se configuraría cuando una parte actúa en el proceso de manera que ponga en manifiesto que tomó conocimiento de la resolución, pese a que esta no le fue notificada o le fue notificada irregularmente, y, ante ello, decida tácita o expresamente renunciar a la notificación de la resolución judicial o a que la resolución sea notificada regularmente. En este escenario, operaría una convalidación de falta de notificación o de notificación irregular, conforme lo establece el artículo 171 del CPC.

En efecto, lo expuesto podría ocurrir si, por ejemplo, la parte que debería ser notificada con una demanda, se apersona al proceso, renuncia de manera expresa a su derecho a ser notificada con la demanda o presenta excepciones procesales. En este caso, ya no sería necesario que se le notifique con la demanda. Inclusive, para continuar con el ejemplo dado anteriormente, podría ocurrir que una persona toma conocimiento de una sentencia vía web a través de la CEJ y decide renunciar expresamente a la notificación al interponer recurso de apelación de sentencia.

7. EMPLAZAMIENTO AL DOMICILIO LEGAL DEL DEMANDADO ¿FORMA O FORMALIDAD?

Conforme hemos desarrollado, la notificación de las resoluciones judiciales garantiza el derecho de defensa de las partes y de los terceros en el proceso. Sin embargo, de la correcta notificación de las resoluciones judiciales, también dependerá la eficacia de la resolución judicial. Asimismo, importa un especial deber de diligencia por parte del órgano jurisdiccional, toda vez que tiene que garantizar que el acto de comunicación se haya realizado conforme a ley y que exista una constancia fehaciente de ello.

En esa misma línea, hemos visto que la notificación al domicilio legal de las partes y los terceros importa una carga de actuar diligentemente con relación a las comunicaciones que llegan al domicilio, así como un deber de mantener y conservar el domicilio. De igual manera, hemos analizado las razones por las que implica una presunción de conocimiento de las comunicaciones realizadas a este y cómo todo ello, a su vez, importa una garantía, puesto que esta carga y presunción no pueden ser aplicadas por analogía a una notificación realizada a una ubicación distinta.

Dicho ello, consideramos que el emplazamiento de la demanda al domicilio legal del demandado no es una formalidad, puesto que su realización lleva aparejada una serie de derechos, cargas, deberes, y garantías de las partes, los terceros y del Estado como tal.

En consecuencia, esta regla no puede ser “adecuada” o “inaplicada”, debido a que de su observancia depende el debido proceso.

El principio de seguridad y predictibilidad jurídica, que se desprende del principio de legalidad procesal y del derecho constitucional al procedimiento preestablecido por ley, garantiza que las partes conozcan de manera previa las reglas que delimitan sus derechos, sus cargas, deberes y obligaciones, y las reglas con las que se tramitan los procedimientos, reglas que deben encontrarse en norma con rango de ley.

En virtud de lo anterior, las normas que regulan el acto de emplazamiento de demanda, su conocimiento y la confianza legítima que generan son de suma importancia para el proceso, toda vez que, sobre la base de estas, las partes pueden establecer legítimas estrategias de defensa a partir del conocimiento de sus derechos, deberes y obligaciones, y de las garantías que el Estado ha otorgado a su favor.

En efecto, las partes y terceros tienen la confianza legítima de que los operadores jurídicos respetarán las normas procesales y que aplicarán correctamente estas. Dicho ello, resulta pertinente aclarar que, si el procedimiento preestablecido por ley ha impuesto determinadas cargas, deberes y obligaciones a las partes, terceros y al órgano jurisdiccional; así como también ha delimitado las reglas del proceso, no se puede modificar dichas reglas para cada caso concreto, menos aún ante escenarios en los que no se les ha otorgado la posibilidad de conocer ello a las partes.

Conforme a lo anterior, el acto de emplazamiento de la demanda no se limita a garantizar el derecho de defensa desde una perspectiva estática de este (conocimiento de la resolución judicial), sino que garantizan el derecho de defensa también desde un aspecto dinámico.

El lado dinámico del derecho de defensa es aquel que garantiza a las partes y a los terceros conocer las reglas que determinan las cargas deberes y obligaciones del proceso. Este aspecto del derecho de defensa se desprende del derecho constitucional al procedimiento preestablecido por ley, así como de los principios de legalidad procesal, seguridad y predictibilidad jurídica.

Por ello, resulta posible afirmar que aceptar la “inaplicación” o “adecuación” del acto de emplazamiento de la demanda conllevaría a la afectación del derecho de defensa, inclusive, a la modificación de normas procesales que regulan el proceso.

Siendo así, resulta importante tener presente que no hay proceso justo sin proceso, así como que no existe un proceso sin reglas. En tal sentido, aceptar que se puede cambiar la regla que condiciona el derecho de defensa del demandado y de la eficacia de las resoluciones judiciales en un caso concreto —y sin preaviso— es sinónimo de una anarquía procesal.

Debido a lo anterior, consideramos que las normas que regulan el emplazamiento de la demanda no pueden ser “adecuadas” o “inaplicadas”, apelando al principio de adecuación de formas procesales (artículo 9 del Título Preliminar del CPC) o al principio de trascendencia de la nulidad (artículo 171 del CPC).

Sin perjuicio de lo expuesto, conforme señalamos en la introducción de este artículo, se alega que, al ser el emplazamiento de la demanda un medio para un fin mayor, se podría obviar el acto de emplazamiento o realizar este en un lugar distinto al establecido por ley. Sin embargo, estos argumentos omiten que el acto de notificación constituye por sí mismo una garantía del derecho de defensa, es decir, un fin.

En efecto, en varias ocasiones, se ha afirmado que el acto de notificación constituye una simple formalidad. En ese sentido, se señala que no importa la notificación, sino el conocimiento de la resolución judicial y que, mientras ello ocurra, no existiría vicio de nulidad por la falta de notificación.

Para empezar, la convalidación del acto de notificación importa un accionar tácito o explícito del demandado del cual se desprenda. En esa medida, apelar a realizar emplazamientos irregulares al simple hecho que el demandado los convalidará, implica sentar las bases de una peligrosa política de notificación de resoluciones judiciales, que dependa exclusivamente del accionar del demandado.

Por otro lado, el principio de adecuación de las formalidades y trascendencia no implica desconocer las reglas, sino aceptar que estas no se pueden aplicar de manera que desnaturalicen las garantías que involucran. Por ello, no podemos hablar de que nos encontremos ante una simple adecuación de una

formalidad, si este modifica además las reglas relacionadas a cómo y dónde se notifican las resoluciones judiciales. Ello, a razón de que implicaría un desconocimiento y restricción de los derechos que esta involucra.

Recordemos que la adecuación de las formalidades del acto de la notificación de resoluciones judiciales tiene, como antecedente histórico, el objetivo de subsanar vicios no esenciales del acto de notificación mediante cédula.

Los alcances de esta norma importaban que no se pueda desconocer la notificación de resoluciones judiciales realizadas mediante cédula por errores en el llenado de la cédula u omisiones en esta. Con ello, se buscaba evitar dilataciones indebidas por parte de los litigantes, sustentadas en simples formalidades para devolver cédulas de notificación o, en su defecto, rechazar estas.

Así, por ejemplo, el principio de convalidación debe ser aplicado para aquellos casos en los que una parte o un tercero requiere la nulidad de la notificación de la resolución judicial porque la cédula no cumple con los requisitos establecidos por ley (por ejemplo, la firma del secretario del juzgado). En este caso concreto, el acto de notificación, a pesar de carecer de un requisito formal, cumplió con su finalidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, la adecuación de las formas y su condicionamiento al cumplimiento de su fin, se limitaban a que la exigencia de requisitos protocolares de la cédula no vicie el acto de notificación al domicilio de la parte. En ningún momento importa una variación de las reglas establecidas para el acto, tanto para el medio utilizado, como para el lugar a donde se realiza.

A razón de lo expuesto, podemos afirmar que el emplazamiento de la demanda al domicilio legal no constituye un mero formalismo, ya sea por ser irrazonable o por exceso de ritual. Esta regla garantiza el derecho de defensa en toda la amplitud desarrollada, y genera la expectativa legítima a las partes y a los terceros de que las resoluciones judiciales surtirán efectos a partir de su notificación al lugar establecido por ley, es decir, al domicilio legal.

8. ¿SE PUEDEN MODIFICAR O INAPLICAR LAS REGLAS DEL EMPLAZAMIENTO A CAUSA DE LAS RESTRICCIONES ORIGINADAS POR LA COVID-19?

No cabe duda de que la pandemia originada por la COVID-19 originó la suspensión de todo el sistema de justicia. A razón de ello, se tuvo que implementar diversos planes que permitan la reactivación de los procesos judiciales. Recordemos que en mayo de 2020 se emitió el protocolo denominado “Me-

didias de reactivación de los órganos jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial”.

Es innegable que el contexto que atravesaba el país requirió la implementación de un plan de reactivación de actividades jurisdiccionales. Asimismo, dada la coyuntura en el que se emitió, este apostaba por la reactivación de la justicia utilizando medios tecnológicos que permitan avanzar con el proceso evitando la interacción presencial de los diversos actores involucrados en los procesos. Sin embargo, no implicaba una merma de los derechos y garantías de las partes. Es por ello, por lo que acertadamente se afirmó que “podemos decir que los jueces se convierten en garantes de la situación tecnológica para que en ningún caso su uso afecte el derecho de las partes” (Bueno de Mata, 2021, p. 411).

Sobre el caso del emplazamiento de la demanda, no existió normas particulares que impliquen una modificación; sin embargo, es bueno tener en cuenta que la circunstancia que justificó tales planes de reactivación podría motivar una adecuación o inaplicación de las reglas del emplazamiento.

Al respecto, conviene resaltar que la pandemia originada por la COVID-19 no puede constituir una justificación válida para inaplicar o adecuar las reglas de emplazamiento. A nuestro criterio, la tutela de los derechos que se pretende proteger mediante la inaplicación de las normas que regulan el emplazamiento de la demanda al domicilio legal del demandado (derecho constitucional a la salud), implica una restricción muy nociva a los derechos garantizados mediante este acto (derecho constitucional al procedimiento predeterminado por ley y al derecho de defensa).

El principio de proporcionalidad ha sido definido por el Tribunal Constitucional de la siguiente manera:

Un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no (STC N° 10-2000 AI, 3 de enero).

Al respecto, el test de proporcionalidad, de conformidad con el Tribunal Constitucional, “exige que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de

idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto” (STC N° 2235-2004 PA, 18 de febrero).

Atendiendo a ello, a nuestro juicio, la inaplicación de las normas que regulan el emplazamiento a causa de la pandemia originada por la COVID 19 no aprueba el test de idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Por un lado, no se cumple con la prueba de idoneidad, toda vez que ya quedó acreditado que las actividades de mensajería física pueden realizarse cumpliendo con protocolos de bioseguridad y, consecuentemente, no afectar el derecho a la salud de las personas involucradas en esta. Por ello, consideramos que existen medidas más idóneas para garantizar el derecho a la salud, que la absoluta prohibición de realizar el emplazamiento de la demanda al domicilio legal del demandado.

Por otro lado, tenemos que no se supera el test de proporcionalidad en sentido estricto, ya que los perjuicios que se generan con el emplazamiento distinto al realizado al domicilio legal del demandado son mayores a sus beneficios. Al respecto, ya hemos explicado todos los problemas jurídicos que se originaría si se avala esta clase de emplazamiento, cuya solución es más costosa a los beneficios que traería consigo.

Para tales efectos, se debe considerar que, si bien puede parecer una buena forma de acelerar la debida constitución de la litis, existen varias contingencias que, a la larga, podrían generar nulidades; e inclusive, procesos constitucionales. Todo ello, a razón de la existencia de situaciones de indefensión.

Por consiguiente, queda claro que la inaplicación de la regla del emplazamiento al domicilio legal del demandado constituye una medida totalmente inidónea para los fines que persigue, que generaría, además, más perjuicios que beneficios al sistema de justicia.

9. ¿ES VÁLIDO REALIZAR EL EMPLAZAMIENTO DE LA DEMANDA VÍA APLICATIVO WHATSAPP O AL CORREO ELECTRÓNICO?

El emplazamiento de la demanda al aplicativo *WhatsApp* o al correo electrónico, que se afirme que es del demandado, no es válido ya que es inconstitucional, toda vez que no cumple con el estándar del derecho de defensa y procedimiento preestablecido por ley garantizado en el artículo 139 de la Constitución.

La razón más sencilla consistiría en advertir que el emplazamiento de la demanda vía *WhatsApp* y/o vía correo electrónico no está establecido en las normas que regulan el proceso civil.

Además, el uso del *WhatsApp* constituye un medio de notificación electrónico que no permite generar un documento de recepción fehaciente de notificación remitida que pueda ser idónea y, consecuentemente, no cumple con las garantías constitucionales que requiere. Sobre el particular, limitamos conclusión al uso del *WhatsApp*, toda vez que la aplicación del correo electrónico, como medio de notificación, no permite extender la objeción descrita a este.

El *WhatsApp* constituye un aplicativo de mensajería instantánea para teléfonos inteligentes²³. Este sistema de mensajería se encuentra vinculado al uso de un determinado número telefónico y móvil, que no permiten dejar una constancia de remisión que pueda ser trasladada al expediente judicial. En efecto, los servidores de *WhatsApp* se limitan a funcionar como intermediarios entre el emisor y receptor para la transferencia de datos. Por ello, podríamos afirmar que posee una alta volatilidad, lo que permitiría realizar una manipulación de estos datos.

En ese sentido, debe notarse, además, que el cuestionamiento de la realización del emplazamiento de la demanda podría generar incidentes que, de haberse tomado todas las garantías exigidas por el derecho de defensa, exigirían pericias técnicas para determinar la autenticidad de una determinada remisión. Este hecho, por sí solo, debería descartar su idoneidad para realizar cualquier acto de notificación, puesto que su utilización puede generar varias contingencias.

Al respecto, conviene advertir que el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de los medios de comunicación que no garantizan una idónea y adecuada constancia de recepción de la comunicación. En ese sentido, y con relación al uso de fax y de las llamadas telefónicas para comunicar (notificar) resoluciones judiciales, ha advertido lo siguiente:

Importa destacar de las normas mencionadas de la LOPJ y de la Ley de enjuiciamiento civil N° 1/2000, que la doctrina de este Tribunal ha declarado de manera reiterada que, en el ámbito de las comunicaciones por medios técnicos y electrónicos, la constancia fehaciente tanto del hecho de la recepción del acto de comunicación por el destinatario y su fecha, como del contenido del acto, constituye una garantía insoslayable cuya inobservancia acarrea la nulidad de este último. Y debe haber traído ello consigo la pérdida de trámites procesales para alguna de las partes, la vulneración de su derecho a no padecer indefensión (Artículo 24.1 CE): (i) Así, lo hemos dicho a propósito del fax como aparato de transmisión de notificaciones escritas (en papel), permitiendo su

²³ Para mayor información: <https://faq.whatsapp.com/es/general>

uso pero con la debida verificación de aquellos extremos (...) (ii) Justamente por carecer de tales garantías, hemos declarado que la transmisión de una notificación de manera verbal, a través de una llamada telefónica, evidencia su 'inidoneidad en sí misma considerada para lograr el fin que se persigue con las comunicaciones procesales', conforme con las exigencias de los antedichos artículos 271 LOPJ, y artículos 152 y 162 LEC. Preceptos que garantizan la autenticidad de la comunicación y de su contenido, y constancia fehaciente de la remisión íntegra y del momento en que se hicieron. No cumple con tales exigencias, evidentemente, la comunicación telefónica sin más (STC N° 6/2019, 17 de enero).

Conforme a lo expuesto anteriormente, conviene recordar que no existe un procedimiento que permita garantizar la conservación del material probatorio electrónico relacionado a las constancias de remisión de documentos vía *WhatsApp* en el propio expediente judicial. Nuevamente, conviene resaltar que limitamos esta objeción al uso del *WhatsApp*, pues no podríamos hacerla extensiva al uso de correos electrónicos.

Sobre el particular, se ha señalado que:

En cuanto a la vertiente técnica del funcionamiento, el usuario, cuando escribe un texto, presiona la tecla "enviar", traslada el texto a los servidores de la compañía. Allí se procesa y se reenvían directamente al destinatario, quien descarga el mensaje del emisor enviando una señal informática para que el servidor lo elimine. Esto significa que la compañía *WhatsApp* Inc. No hace copia de los mensajes enviados a través de su plataforma (García, 2018, p. 28).

Lo que suele suceder es que se anexa al expediente una copia de captura de la pantalla del *WhatsApp*, en donde se haga referencia al envío del documento y su recepción, a través del doble *check* azul por parte del número receptor. Nuevamente, si queremos ser respetuosos con el derecho de defensa de las partes y los terceros del proceso, no nos podemos limitar a conservar ello como prueba fehaciente de la realización del emplazamiento, sino que deberíamos requerir un servidor que permita su consulta directa y verídica (Bueno de Mata, 2014, p. 98).

Inclusive, resulta usual que los celulares y números telefónicos que se usen para este medio de notificación no están registrados a nombre del órgano jurisdiccional, sino que sean celulares de las personas que trabajan en un determinado órgano jurisdiccional. Es más, si se manipulara la fecha del celular, ello repercutiría en la constancia de la captura de pantalla que se realice al *WhatsApp*. Ello, sin duda alguna, enerva la idoneidad de la notificación, toda

vez que la conservación del historial de conversación en el que se encontraría la remisión de los documentos quedaría al libre albedrío de lo que suceda con un determinado celular y número telefónico.

En ese sentido, conviene citar al Tribunal Constitucional Español, quien advierte la necesidad de que exista un registro que conserve la autenticidad del registro y todas las fases de la operación virtual para que se cumpla con las garantías establecidas por la Constitución con relación a la realización de los actos de notificación. Al respecto, se ha pronunciado de la siguiente manera:

Debido a esta última circunstancia (no hay acceso al contenido del acto de comunicación), no hay modo de trasladar aquí las garantías propias —definidas normativamente,— del sistema Lexnet (y cabe decir, o de la sede judicial electrónica) a las que se ha hecho referencia antes, relativas a la autenticidad del aviso y el registro de todas las fases de la operación virtual (envío, recepción y lectura), sin otra mención que la de velar cualquier ‘dispositivo electrónico, servicio de mensajería simple o una dirección de correo electrónico’ suministrado por el destinatario del aviso, sin ningún código ni sistema de autenticación específico para recibirlo (STC N° 6/2019, 17 de enero).

En ese orden de ideas, no existe norma sustantiva o procesal alguna que permita establecer la existencia de una carga y/o deber de diligencia de una determinada persona con un determinado número de celular y el uso del aplicativo *WhatsApp*, ni con el uso de un determinado correo electrónico.

A diferencia de lo que sucede con el domicilio legal, las personas no tienen ninguna carga o deber de diligencia con relación al uso del aplicativo *WhatsApp* relacionado a un número telefónico o de un determinado correo electrónico. Se podría señalar que las personas pueden designar un *WhatsApp* o un correo electrónico como domicilio especial (procesal); sin embargo, ello requeriría que ya estén apersonadas al proceso, por lo cual no es válida esta objeción para validar el emplazamiento de la demanda vía estos medios.

En efecto, el emplazamiento de la demanda por estos medios de comunicación no permite que superemos los siguientes inconvenientes: (i) que no exista una carga/deber de que una persona use un *WhatsApp* o correo electrónico que este a su nombre; (ii) que no exista una carga/deber de que esa persona tenga que atender los mensajes y ser diligente con relación a las comunicaciones que lleguen al mismo; (iii) que no exista una carga/deber que tenga que mantener un *WhatsApp* o correo electrónico y que tenga que mantener actualizado sus datos con relación al mismo.

En igual sentido que lo afirmado, debemos advertir que ya se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español al afirmar lo siguiente:

A la vista de las objeciones que hemos formulado respecto del medio utilizado para llevar a cabo la comunicación procesal debe rechazarse que la destinataria del envío tuviera la obligación de acceder la dirección electrónica, a fin de tomar conocimiento. Es más, si se admitiera lo contrario se conferiría una dimensión tan exorbitante y desproporcionada al deber de diligencia procesal de la parte, que quedaría completamente relegada la relevancia de la inadecuada opción por la que el órgano judicial se decantó para efectuar la citación (STC N° 47/2019, 8 de abril).

Relacionado a lo anterior, no existe norma alguna que establezca una presunción de conocimiento de los mensajes remitidos al *WhatsApp* o a un correo electrónico. Esta presunción que se desprende del concepto de domicilio legal no puede trasladarse a la remisión de documentación a un lugar distinto.

Una presunción de conocimiento constituye un gravamen que, para estar legitimado, debe encontrar sustento en el ordenamiento jurídico. Dicho ello, no se puede asumir que determinada persona conocerá una resolución judicial que será remitida a un determinado *WhatsApp* o correo electrónico.

Este es un elemento realmente importante, que se involucra de manera directa con el anterior, ¿realmente podemos afirmar que existe una presunción de conocimiento de un acto de comunicación realizado a estas ubicaciones?, ¿el doble *check* azul que otorga el *WhatsApp* es suficiente para generar esta presunción de conocimiento? Evidentemente, la respuesta es negativa para ambas preguntas. El hecho de que el aplicativo te permita otorgar una confirmación de lectura, que además puede ser desactivada por el remitente o remitido y fácilmente manipulado, no constituye un elemento que pueda garantizar la idoneidad de la herramienta, como ya lo hemos venido sosteniendo en el presente documento.

Tomando en consideración lo señalado, podemos recapitular lo anterior y confirmar que el emplazamiento de la demanda vía *WhatsApp* o correo electrónico transgrede la garantía otorgada por el ordenamiento procesal, referida a que las reglas que regulan el procedimiento de comunicación de actos procesales no serán inaplicadas o adecuadas. En consecuencia, se establecen presunciones y cargas a las personas que no están establecidas por norma alguna y, consecuentemente, que constituyan una aplicación análoga de las establecidas por ley.

Sin perjuicio de lo expuesto, conviene señalar que lo anterior no implica que, de realizarse el emplazamiento de la demanda vía alguno de estos medios, ello no pueda ser convalidado por la persona demandada. Conforme hemos advertido al momento de analizar la convalidación procesal de los actos de

notificación, para que ello ocurra, se requiere una convalidación tácita y/o expresa de parte de la persona afectada por los defectos o irregularidades del acto de comunicación.

Por lo expuesto, el permitir como política jurisdiccional la realización de esta clase de notificaciones resulta muy peligroso, no solo porque deviene en inconstitucional por las razones explicadas anteriormente, sino, además, porque implicaría apelar a que los demandados convalidaran la notificación realizada. Por ello, no se puede generar un sistema de emplazamiento que apele a la convalidación, dado que este no tendría seguridad jurídica alguna.

Finalmente, La COVID-19 no puede constituir una justificación válida para modificar las reglas del emplazamiento. Para empezar, la modificación de estas reglas no es la medida más idónea para proteger el derecho a la salud, pues este derecho se protege regulando protocolos de bioseguridad a favor de las personas encargadas de materializar el emplazamiento de la demanda. Además, no podemos afirmar que es una medida que generaría más beneficios que perjuicios, pues implicaría un costo alto relacionado a la cantidad de impugnaciones ordinarias y extraordinarias que generaría crear una regla particular en cada caso concreto.

10. CONCLUSIONES

El emplazamiento de la demanda constituye uno de los primeros actos procesales del proceso y uno de vital importancia y trascendencia. Conforme se ha visto en los acápites anteriores, este simple acto procesal involucra cargas, deberes, presunciones, así como también garantías y derechos.

Por ello, consideramos que lo explicado a través de este artículo permitirá iniciar un debate que resulta sumamente indispensable, toda vez que las normas procesales actuales no afrontan de manera directa la importancia del emplazamiento de la demanda al domicilio legal del demandado, y la necesidad de que exista una constancia fehaciente de la realización de este acto.

En ese sentido, si bien existe una finalidad loable detrás de la omisión del emplazamiento a la demanda al domicilio legal del demandado, este accionar puede traer aparejado una serie de consecuencias negativas al demandado, que deben tomarse en cuenta. El proceso *debido* importa regular un proceso que garantice la igualdad de las partes; y, consecuentemente, que existan igualdad de garantías para ambas durante su tramitación.

Por lo expuesto, consideramos que, pese a que podría parecer una solución loable emplazar la demanda vía *WhatsApp* o correo electrónico, esta podría

generar mayores problemas que beneficios. De establecerse esta clase de emplazamiento como alternativa en tiempos de pandemia, o como medio para acotar plazos, traerá aparejado inevitablemente una serie de cuestionamientos que podrían generar situaciones de indefensión que terminarían alargando aún más el proceso, debido a los medios impugnatorios que las partes plantearían, con justa razón.

Por ello, opino que gran parte de los problemas del emplazamiento de la demanda se solucionarían si existiese un domicilio legal electrónico, que pertenezca a toda persona. Nótese que este domicilio electrónico constituye un concepto distinto a la casilla electrónica que se asigna a los abogados. Recordemos que la casilla electrónica es un domicilio procesal que sólo es vinculante cuando una parte se apersona al proceso y designa a su abogado.

Tomando en cuenta lo anterior, me permito culminar este trabajo saludando la iniciativa del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial de crear el “Registro de Casilla Electrónica Institucionales para fines de Emplazamientos Judiciales o Citación con la Demanda”, mediante el cual se incorpora las casillas electrónicas institucionales de las entidades públicas de alcance nacional o cuyo alcance incluya más de un Distrito Judicial.

La iniciativa anteriormente descrita es posible debido a que las procuradurías están adscritas a las entidades públicas a las que pertenecen. Ello, sin embargo, no ocurre con las demás personas naturales o jurídicas que pueden ser demandados en un proceso. En estos casos, la defensa cautiva se designa después de tomar conocimiento de la existencia de un proceso.

11. LISTA DE REFERENCIAS

- Alvaro de Oliveira, C. (2007). *Del formalismo en el proceso civil (propuesta de un formalismo-valorativo)*. Palestra Editores.
- Ariano, E. (2016a). El proceso civil en el siglo XXI: tutela y garantía. En *In limine Litis*. Instituto Pacífico.
- Ariano, E. (2016b). Reflexiones (viejas y nuevas) sobre la pluralidad de instancias y el derecho de acceso a los medios impugnatorios por ley. En *Resoluciones Judiciales, Impugnaciones y la cosa juzgada. Ensayos*. Instituto Pacífico.
- Bueno de Mata, F. (2014). *Prueba electrónica y proceso 2.0*. Tirant Lo Blanch.
- Bueno de Mata, F. (2021). *Análisis de las medidas procesales, organizativas y tecnológicas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de justicia española durante el año 2020*. Atelier.

- Carnelutti, F. (1959). *Instituciones del proceso civil I*. Ejea.
- Cavani, R. (2014). *La nulidad en el proceso civil*. Palestra Editores.
- Couture, E. (1979). *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I. (3ª ed.). Ediciones Depalma.
- Couture, E. (1997). *Fundamentos del derecho procesal civil* (3ª ed.). Ediciones Depalma.
- De la Oliva, A.; Banacloche, J.; Vegas, J.; Díez-Picazo, I. (2001). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Civitas.
- Díez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (5ª ed.). Civitas.
- Espinoza, J. (2008). *Derecho de las Personas* (5ª ed.). Editorial Rohdas.
- García, D. (2018). *Aportación de mensajes de WhatsApp a los procesos judiciales. Tratamiento procesal*. Comares. S.L.
- Goldschmidt, J. (1961). *Principios generales del proceso I: Teoría general del proceso*. Ejea.
- Gonzales, J. (2001). *El Derecho a la Tutela Judicial* (3ª ed.). Civitas.
- Gozáini, O. (1992). *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Vol. 2. Abaledo Perrot.
- Gozáini, O. (2004). *Debido Proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Rubinzal – Culzoni Editores.
- Gozáini, O. (2009). El principio de legalidad de las formas. En *Revista Derecho y Sociedad*, 32, 245-265.
- Ledesma, M. (2015). *Comentarios al Código Procesal Civil*, Tomo I (5ª ed.). Gaceta Jurídica.
- Liebman, E. (1980). *Manual de Derecho Procesal Civil* (1ª ed.). EJE S.A.C.I.
- Montero, J. (2001). *La Prueba en el proceso civil* (6ª ed.). Editorial Thomson.
- Montero, J.; Gómez, J. L.; Montón, A; Barona, S. (2014). *Derecho Jurisdiccional. Parte General*. (Tomo I) Tirant Lo Blanch.
- Nieva, J. (2014). *Derecho procesal I. Introducción*. Marcial Pons.
- Nieva, J. (2015). *Derecho procesal II. Proceso Civil*. Marcial Pons.
- Pico I Junoy, J. (2003). *El principio de la buena fe procesal*. Thomson Civitas.
- Priori, G. (Coord.). (2013) El procedimiento preestablecido en la ley: la crisis de una garantía procesal y su rediseño en el Estado constitucional. En *Proceso y Constitución. Las garantías del proceso justo* (1ª ed.). Palestra Editores.
- Rivarola, D. (2013). ¿Actori Probatio? Presunciones y cargas de la prueba repensadas: common law versus civil law. En *Estudios de Derecho Procesal Civil* (2ª ed.). Ius Et Veritas.

- Rocco, U. (1970). *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo III. Temis-Depalma.
- Satta, S. (1971) *El Formalismo en el proceso. Manual de Derecho Procesal Civil III*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Susskind, R. (2020). *Tribunales online y la justicia del futuro*. Wolters Kluwer.
- WhatsApp. (s.f.). ¿En qué puedo ayudarte? Consultado el 15 de mayo de 2021. <https://faq.whatsapp.com/es/general>
- Zatti, P. (2005). Las situaciones jurídicas (V. Contreras y G. Mendoza, trads.). En *Revista Jurídica del Perú*, 64, 357-389.