

EL PROTAGONISMO DEL PODER JUDICIAL EN EL MARCO DEL DERECHO PROCESAL A TRAVÉS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES: EL DEBATE ENTRE EL EFICIENTISMO Y GARANTISMO PROCESAL (LA EXPERIENCIA DEL CASO LUCHETTI)

Raúl Canelo Rabanal

“Juez ha de tener sal de conciencia y sal de justicia, porque sin ciencia sería insípido y sin conciencia diabólico”. (Castillo de Bobadilla)¹

Como reflexión inicial debemos decir que el *“Poder Judicial no es un poder distinto. Tiene que funcionar en público con transparencia y soportando las críticas. La transparencia asegurará a la población que los jueces que entienden en una causa tienen como única influencia la ley. La justicia no es patrimonio exclusivo de los hombres de derecho, y sólo un poder judicial transparente que aplique la ley e informe de sus actos contribuye a hacer una sociedad más justa.*

En los estados democráticos la característica debe ser la transparencia de los actos de gobierno. Los regímenes dictatoriales o tiránicos tienen como característica la opacidad de los actos de gobierno.

Por eso cualquier intento de opacar esa transparencia puede ser tomada como una maniobra para ocultar sus actos y evitar así el control”².

1. Antecedentes: el caso Luchetti

Un grave mal que nos ha afectado desde la colonia, y que se convierte en un acentuado fenómeno de nivel regional en esta parte del mundo, es la corrupción generalizada de funcionarios, políticos, magistrados y autoridades en general. El fenómeno es bastante complejo, ya José Carlos Mariátegui señalaba a ésta como resultado de la herencia colonial. Pasa de lo personal a estructuras políticas, administrativas y comerciales, pero tienen un elemento común que es la

pérdida de valores como la justicia. El Perú no es ajeno a esta realidad, y es en estos últimos años que dicho mal se extendió a todo el sistema político y administrativo de nuestro país y que pese a ser denunciado en su oportunidad y ante diversos foros, nunca fue revisado, necesitándose para ello la humillante prueba plasmada en documentos irrefutables que se difundieron públicamente, y los cuales hicieron caer todo un régimen de gobierno ante la extensa evidencia.

El presente artículo además de ser parte de un análisis respecto de la utilización de mecanismos procesales, como las medidas cautelares, en beneficio de intereses oscuros, produciendo su abuso y desborde, así como la presencia perturbadora de elementos extraños al órgano jurisdiccional cuya influencia negativa lo convierten en un posible instrumento del poder político, y éste a su vez en instrumento de intereses privados, es en realidad una introducción al debate entre el “garantismo” y “eficientismo” procesal, como formas de afrontar a las situaciones y hechos jurídicos que se presentan en el desarrollo de un proceso.

Así, frente al atropello que significó la construcción de la planta industrial de la Empresa Luchetti Perú S.A. (en adelante Luchetti), en el distrito de Chorrillos, Lima, en el área de los “Pantanos de Villa”, los cuales se encontraban protegidos por la Convención RAMSAR³, la Municipalidad de Lima Metropolitana (en adelante la Municipalidad de Lima) al detectar

¹ Citado por VÁSQUEZ SOTELO, José Luis en *Sistemas jurídicos y formación de jueces y abogados*. PPU, Barcelona, 1995, p. 54.

² FRASCAROLI, María Susana. *Crimen, castigo y televisión*. En XI Encuentro de derecho procesal, Buenos Aires, p. 443.

³ El Perú ha incorporado a su legislación las normas internacionales contenidas en la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, celebrado en Ramsar el 2 de febrero de 1971, y el Convenio sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres, celebrado en Bonn el 23 de junio de 1979, ratificados mediante la Resolución Legislativa N° 25353 y el Decreto Supremo N° 002-97-RE.



dicha construcción irregular, expidió una resolución por la que se exigió a Luchetti la paralización de las obras.

Frente a ello Luchetti inició una Acción de Amparo, con la consiguiente medida cautelar, ante el Juez de Derecho Público, para que le permitan continuar la obra en Chorrillos, sustentándola en las siguientes pretensiones:

- Derecho a la propiedad.
- Derecho a la igualdad ante la ley.
- Derecho a la libertad de empresa y a la libre competencia.
- Derecho al debido proceso.

La indignación ciudadana se reflejó en el pedido de la ciudadana Rossina Prieto Llanos, quien al amparo del Código del Medio Ambiente, que permite a cualquier ciudadano proteger el patrimonio ecológico de la Nación, solicitó una Medida Cautelar de No Innovar Fuera de Proceso en la vía civil, por la cual se exigió que el Juez Civil ordene a Luchetti el cese de la construcción y a la Municipalidad de Lima que no otorgue la licencia. El pedido de esta ciudadana fue admitido por el Juez del 3.^{er} Juzgado Civil de Lima, quien expidió una Resolución declarando fundado el pedido cautelar. Dicha medida fue apelada por Luchetti y conforme al trámite establecido se elevó a la Corte Superior. La Sala Civil confirmó la Resolución del Juez.

En este estado, se habían dictado dos medidas cautelares, una a favor de Luchetti expedida por el Juzgado de Derecho Público y confirmada por la Sala de Derecho Público, y otra a favor de la ciudadana Prieto contra Luchetti expedida por el Juez Civil y confirmada por la Sala Civil.

Habiendo dos resoluciones contradictorias, en principio tuvo primacía la expedida por el Juez Civil en tanto ésta se ejecutó primero. Esta solución la otorga expresamente el Código Procesal Civil en su artículo 639 que establece el principio de prioridad en el tiempo en caso de concurrencia de Medidas Cautelares⁴. Asimismo, la medida cautelar civil es ejecutada y luego recién el afectado se puede apersonar para interponer apelación, la misma que es sin efecto suspensivo⁵, a

diferencia de la solicitud de suspensión del acto violatorio contenida en el artículo 31 de la Ley 23506 que dispone la apelación en doble efecto⁶.

Ante tal problema de concurrencia de medidas cautelares, en forma extraña, Luchetti solicitó ante la Corte Suprema de la República, Sala Constitucional y Social, para que el Juzgado Civil se inhiba del conocimiento del proceso de "cese de abuso de derecho", a favor del Juzgado de Derecho Público. El Juez Civil no aceptó la inhibición porque no procedía dado que ya se había ejecutado la medida cautelar. Los abogados de Luchetti apelaron de dicha denegatoria de inhibitoria, pero fue confirmada por la Sala Civil. Ante ello, los abogados de Luchetti, presentaron recurso de Casación, el que fue denegado.

Extrañamente, los representantes de Luchetti interpusieron queja por denegatoria de recurso de Casación, ante la Corte Suprema, la que ILEGALMENTE y de modo improcedente fue declarada FUNDADA, pese a que dicho recurso de casación era evidentemente IMPROCEDENTE dado que se trataba de una resolución que resolvía un incidente, contraviniendo abiertamente lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Civil⁷ ya que no se encontraba dentro de algunas de las situaciones tratadas en el mencionado artículo.

Asimismo, en la resolución de queja, se DECLARÓ NULO todo lo actuado incluyendo lo tramitado ante el Juez Civil, y ordenó que se vuelva a tramitar el incidente de inhibitoria, indicando que de haber apelación lo RESOLVERÍA la SALA DE DERECHO PÚBLICO.

En tales circunstancias, el Juez Civil nuevamente resolvió la inhibitoria a su favor y apelada por los demandados ante al SALA DE DERECHO PÚBLICO, ésta finalmente resolvió la competencia a favor del Juez de Derecho Público.

La Corte Suprema y el Juzgado de Derecho Público, contra la naturaleza del proceso, acumuló una Acción de Conocimiento en la vía civil, promovida por persona distinta a una Acción de Amparo. Se trataban de Acciones que por su naturaleza no son acumulables

⁴ CPC. Artículo 639. Concurrencia de medidas cautelares.- Cuando dos o más medidas afectan un bien, éstas aseguran la pretensión por la que han sido concedidas, atendiendo a la prelación surgida de la fecha de su ejecución. Si no se pudiera probar fehacientemente la prelación, se atenderá a la establecida por los derechos que sustentan la pretensión.

⁵ CPC. Artículo 637. Tramite de la Medida cautelar.- "... al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notificará al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo".

⁶ Ley 23506, artículo 3: "La resolución que dicta el Juez, o en su caso, la Corte será recurrible en doble efecto ante la instancia superior..."

⁷ CPC. Artículo 385.- Resoluciones contra las que procede el recurso.- Sólo procede el recurso de casación contra:

1. Las sentencias expedidas en revisión por las Cortes Superiores;
2. Los autos expedidos por las Cortes Superiores que, en revisión ponen fin al proceso; y
3. Las resoluciones que la ley señale.



y que por otro lado al ser demandantes distintos tampoco se podía acumular y, lo que es peor e ilegal, se dio la acumulación de un proceso de conocimiento en un proceso de carácter sumarísimo como es el amparo.

Así este proceso se ha convertido en un caso emblemático, en el que la interferencia de otros órganos políticos en el Poder Judicial han propiciado estrategias puramente formalistas, mal utilizadas por los operadores del derecho y que convierten en ineficaz el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que en el caso de la medida cautelar supone evitar un daño de contenido irreparable, antes de que se obtenga la decisión de mérito sobre la base del derecho que se ha violentado.

2. El debate entre el eficientismo y garantismo procesal

En el trámite de este proceso encontramos varias situaciones *sui generis* entre lo sustancial y lo formal, aparte de lo legal y lo extra legal, que pasan en diferentes grados de lo anecdótico a lo inmoral e ilícito.

A raíz del caso en cuestión, Luchetti solicitó informes legales a algunos conocidos juristas⁸. Entre ellos destaca el presentado por el doctor Jorge Peyrano que sustentaba como puntos fundamentales:

- a) La aplicación del principio de prevención;
- b) La improcedencia de tramitar y obtener una medida cautelar de no innovar fuera de proceso;
- c) La legitimidad para obrar que goza una persona natural para solicitar la tutela del medio ambiente, y;
- d) La doctrina de los propios actos.

En cuanto al primer punto mencionado, debe decirse que la legislación procesal civil en el Perú establece las reglas para los casos de prevención, en sus artículos 29 y siguientes. Así el Código Procesal Civil señala que "Artículo 31.- Prevención de la competencia funcional.- En primera instancia la prevención sólo es procedente por razón de territorio", luego es inadmisibles pensar que en primera instancia pueda haber una situación de prevención de la competencia funcional. Seguidamente, para los casos de prevención se debe tratar de los mismos procesos, es decir, que cumplan con la triple identidad que permitiría su acumulación. En el presente caso se trata de dos procesos que corresponden a pretensiones distintas, y en los cuales las partes procesales son diferentes.

De otro lado, tal como indica Peyrano, la aplicación del principio de prevención, citando a Jorge

Aquilio "Luego y por todo lo expuesto, sólo cabe concluir, que por el camino de la prohibición de innovar no se puede impedir que prosiga el juicio promovido por ante otro juez" y citando jurisprudencia argentina señala: "No es admisible que un juez, mediante una medida de no innovar, se atribuya jurisdicción para impedir el cumplimiento de una sentencia de desalojo dictada por otro juez en ejercicio de su competencia", luego más adelante agrega "la jurisprudencia ha sostenido que la medida cautelar resulta inadmisibles cuando tiende a suspender el trámite de otro proceso". El principio es que la prevención tiende a evitar sentencias contradictorias en un mismo proceso y que no se impida la continuación de un proceso. Pero, vemos que justamente es mediante la incorrecta interpretación de la prevención que la acción de amparo presentada por Luchetti impidió el trámite de una demanda ordinaria respecto del cese de abuso de derecho y daño ecológico. Así el "escándalo jurídico", a que se refiere el autor sólo es notoriamente entendible ahora con el conocimiento de las oscuras maniobras de Luchetti para la obtención de sus fines y que buscó un sustento doctrinal errado y contrario a derecho, utilizando el bien ganado prestigio de algunos académicos quienes fueron sorprendidos, llegando incluso a atacar el prestigio de los colegas que patrocinaban a su oponente, bajo un velo de distorsionado e hipócrita academicismo.

De otro lado, dentro de los fundamentos esgrimidos por la empresa Luchetti, se defendió la posición de la imposibilidad legal de una prohibición de no innovar fuera de proceso en el Código Procesal Civil. Sustentaban su opinión en una *comparación literal* de los artículos 682 y 687 del Código Procesal Civil, así del texto del artículo 682, se indica que "*Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley*".

Por otro lado el artículo 687 del Código Procesal establece la "prohibición de no innovar" como medida cautelar de carácter excepcional, que en su texto indica "*que ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley.*"

⁸ PEYRANO, Jorge. Informe presentado en el proceso seguido por Rossina Prieto con Luchetti-Perú S.A., y otros sobre cese de abuso de derecho y otros, Cuaderno Cautelar, Exp. 3947-98, 3.º Juzgado Civil de Lima.

También se tiene el informe presentado por Domingo García Belaúnde, publicado luego en la revista *Diálogo con la jurisprudencia*, año IV, N° 09, 1998. "El caso Luchetti, propiedad y parafernalia en un proceso constitucional".



Pues bien comparando el texto del artículo 682 referente a la medida cautelar innovativa, se indica que ésta se refiere a situaciones que *“vaya a ser o es el sustento de la demanda”*, sin embargo en la fórmula del artículo 687 referente a la prohibición de no innovar se indica que las situaciones se presentan al momento de la *“admisión de la demanda”*. Esta redacción hace presuponer que en un caso, la medida innovativa, se puede realizar en forma anticipada, pero que en la medida de no innovar sólo procede una vez admitida la demanda. Tal distinción, además de resultar exageradamente formalista, nos parece que no responde al espíritu del Código Procesal Civil.

Así el artículo 618 del Código Procesal Civil, el cual se encuentra en el Título IV: Proceso Cautelar, Capítulo I: Medidas Cautelares, Subcapítulo 1: Disposiciones Generales, señala que *“además de las medidas cautelares reguladas, el Juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar el perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva”*.

Pues bien, esta norma es la que contiene el **poder cautelar general**, que es el medio que permite la dación de las medidas cautelares atípicas, y que se constituye en una norma de remisión que otorga al juez la posibilidad de crear una situación jurídica basada únicamente en su libertad interpretativa puesta al servicio de la resolución del proceso, sin que ello origine arbitrariedad. **La aceptación del poder cautelar genérico en los distintos sistemas procesales ha constituido, sin lugar a dudas, un paso adelante en la lucha por la ineficacia del proceso.** Es una muestra de que la libertad de interpretación del Juez no se restringe al plano normativo, sino que el peso de su función debe ubicarse en la solución del problema concreto.

Esta disposición consagra la potestad jurisdiccional de ordenar las medidas que se juzguen adecuadas para evitar los eventuales perjuicios. Estamos en presencia de una norma casi en blanco, para que sea llenada por el magistrado. Este amplio poder tiene naturaleza discrecional, del mismo modo que en el Derecho de Familia se atribuye al juez la decisión sobre la tenencia de los hijos, o en el Derecho Penal la graduación de la pena que se aplicará al delincuente. Pero discrecionalidad no es arbitrariedad. Es solamente libertad de elección o de determinación dentro de los límites de la ley. Se corresponde esta facultad con la inevitable existencia de lagunas dentro del orden jurídico, originadas por la Ley, por su necesaria abstracción y generalidad que se ve a

menudo imposibilitada de determinar las reglas de conducta para peculiaridades infinitas de los casos concretos. Aquí el Juez debe ser verdaderamente Juez, y la metodología a emplear no puede reducirse al viejo silogismo. Por el contrario, tratará de hacer posible la adaptación del derecho al problema concreto. Debe valorarse independientemente, por lo que el legislador se ha confesado impotente para prever todas las facetas de la realidad.

El poder cautelar general resulta ser entonces una facultad circunstancialmente atribuida a los jueces para decidir sobre los hechos de la causa o apreciar los elementos que obran en la misma, sin estar sujeto a la previa determinación legal, con arreglo a su leal saber y entender. No es por tanto, una discrecionalidad arbitraria sino una discrecionalidad técnica. Hay una conocida máxima recogida en algunas legislaciones procesales, que señala: Cuando la ley dice **“el juez puede o podrá”** se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y la imparcialidad. En esencia, se trata pues de una facultad que hace honor a la parte más noble de la persona del Juez: su razón y su conciencia, al servicio de la Justicia⁹.

Esa posibilidad ha de reservarse exclusivamente a las situaciones en las cuales la naturaleza de la relación sustancial y los pormenores sometidos a su juzgamiento así lo imponen, sobre la base —como lo quiere Morello¹⁰— de una urgencia impostergable, en cuyas circunstancias el Juez tendrá esencialmente en mira, que este tipo de medida tiende a anticipar en el tiempo los efectos de la sentencia de mérito. Aparece así configurado un ejercicio de la función jurisdiccional en grado excepcional, porque el magistrado está llamado a emitir un pronunciamiento de resonancias idénticas o similares al que advendría naturalmente en la etapa conclusiva.

Estas características determinan sustancialmente diferencias con la actividad cautelar normal, pues en el nuevo terreno no puede regir ya un criterio amplio de admisión, antes bien, el otorgamiento ha de ser restrictivo. La apreciación de la verosimilitud de derecho y del peligro en la demora habrá de tornarse estricta. La contracautela será complementada en forma efectiva y rigurosa. Y, fundamentalmente, el eje estará dado por un convencimiento firme en lo que se atañe a la irreparabilidad del perjuicio que habría de asegurarse en caso de no adoptarse la medida¹¹.

El tercer punto esgrimido por Peyrano a favor de Luchetti fue la legitimidad para obrar que goza

⁹ RENGEL ROMERO, Arístides, “Medidas cautelares innominadas”. En XI Jornadas Iberoamericanas de Direito Procesual, Río de Janeiro, mayo de 1997.

¹⁰ MORELLO, Augusto, *La cautela material*. J.A., Suplemento N° 5802 del 11/11/92, p. 19.

¹¹ NESTOR DE LAZARRI, Eduardo. “La cautela material”. En XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal Civil “Hacia una justicia más efectiva”, Santiago de Estero, 1993.



una persona natural para solicitar la tutela del medio ambiente, concluye el autor *“Así, las cosas, compruebo que a todas luces, el artículo 82 del CPP no otorga tal aptitud para postular a las personas naturales. Por lo que ninguno de los procedimientos instrumentados por el CPC podría ser hecho valer por una persona natural que procure la defensa del medio ambiente. En vez el artículo 26 de la Ley 23506 de Habeas Corpus y Amparo le otorga así la susodicha aptitud a cualquier persona, siempre y cuando, claro está dicha actividad postulatoria no venga a conculcar el principio de prevención y sus corolarios”*.

Para responder a tal afirmación, en principio debemos remitirnos a lo afirmado por Fernando de Trazegnies, citado por Natale Amprimo¹², *“La acción privada puede suscitarse ya sea para hacer que el Estado cumpla con sus funciones propias y con la misión de velar por el medio ambiente que el otro orden jurídico le ha encomendado, ya sea para movilizar directamente al Poder judicial a fin de hacer lo que el Estado no hace... Por consiguiente estamos a ante un derecho individual de la más alta jerarquía, ya que tiene una base constitucional. A su vez el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales precisa en su título Preliminar que toda persona tiene el derecho irrenunciable a gozar de un ambiente saludable equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. El Código Civil contiene también disposiciones que permiten complementar la batería de principios jurídicos que pueden ser utilizados como armas privadas en esta lucha por el ambiente. Luego citando a Morales Godo, añade, “Tratándose de intereses individuales o colectivos no existe mayor problema respecto de la legitimación; sin embargo, tratándose de los intereses difusos existen dos posibilidades para el ordenamiento jurídico: o se crean organismos especiales para la defensa de lo mismos, o se adaptan a los mecanismos existentes. A nivel de la legislación comparada se ha ensanchado “la franja del remedio procesal”, reconociendo el derecho a litigar a: a) cualquiera de los individuos afectados, b) al Estado, a través del Ministerio Público o de alguna Procuraduría, c) asociaciones o instituciones sin fines de lucro”*. Luego, conforme se aprecia, la legitimación para obrar en las acciones del medio ambiente no se restringen a las estipuladas en el artículo 82 del Código Procesal Civil, sino que una opción legislativa para ampliar la titularidad además de los afectados, al propio Estado a través del Ministerio Público, y las asociaciones que sin fines de lucro que agrupen intereses comunes en tal sentido, resultando en consecuencia erróneo el argumento indicado por J. Peyrano, en el informe presentado para tal efecto.

Finalmente, en dicho informe se anota que la conducta contradictoria de la Municipalidad de Lima Metropolitana afecta la “Teoría de los propios actos”, por la cual la conducta de las partes debe ser coherente en todo el proceso. Sin embargo, también se debe anotar que no existe norma que obligue a una persona a allanarse ante la contundencia de un argumento, por cuanto, en caso contrario, no tendría sentido la existencia de dicha forma alternativa de resolución de conflictos. Asimismo, debe tomarse en cuenta que la Municipalidad de Lima, al ser un ente de derecho público su actividad se encuentra reglada, es decir, que no produce actos si no es de acuerdo a su reglamento, en este caso del Poder Judicial, y por tanto sólo el Poder Judicial puede ordenar el cese de los actos para la obtención de algún tipo de licencia ya que de “mutuo propio” o ante la solicitud de un tercero estaría imposibilitado, resultando, en este caso, el Poder Judicial como instrumento eficaz para el control social y el cumplimiento de los procedimientos administrativos por sus autoridades.

Es en este punto que advertimos el debate entre el denominado “eficientismo procesal” y el “garantismo”. Desde nuestra perspectiva, el referido informe contradice las ideas emblemáticas respecto a las medidas cautelares innovativas y a sus propuestas y estudios del proceso urgente o medidas autosatisfactivas, al atacar el fundamento de éstas: el rol del Juez y sus facultades discrecionales. En efecto, en un exceso de formalismo que no suscribirían quienes se oponen al tema de las medidas innovativas, y quienes defienden el garantismo procesal, señalaba en su informe, que en definitiva: es improcedente tramitar y obtener en el marco de la legislación peruana una prohibición de innovar “preventiva” o “fuera de proceso”. Cuando en realidad, por lo menos la aplicación e interpretación en el Perú del Código Procesal Civil, sí permite el uso de estas medidas fuera de proceso.

No debemos olvidar que el proceso tiene como función hacer realidad una tutela jurídica efectiva y que la medida cautelar tiene como fin el garantizar dicho ejercicio de la tutela efectiva y no caer en el laberinto de la exagerada formalidad y la interpretación literal de las normas, sino de una interpretación inteligente y armonizada de las mismas.

Manifestaba Alvarado Velloso¹³, con relación a la definición del objeto del proceso, *“que la serie de actos recién descritos –afirmación, negación, confirmación y alegación– constituye el proceso, entendido como medio de debate. Toda la serie procesal –procesamiento– tiende a obtener (utilizó la palabra*

¹² AMPRIMO, Natale, *op. cit.*, p.134.

¹³ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*. Primera parte, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 28.



objeto en su tercera acepción castellana: término o fin de los actos) una declaración del juez ante quien se presenta al litigio. Tal declaración se efectúa en la sentencia, que viene a constituirse así en el objeto del proceso (es decir, el punto hacia el cual tiende o su objetivo final)".

Pero, se debe recordar que el proceso no tiene un fin en sí mismo¹⁴, y que tampoco es pura forma, ya que cuando hablamos del carácter instrumental del proceso, lo hacemos en un sentido muy distinto al de la doctrina tradicional. Ésta cuando lo considera un instrumento para la realización del derecho objetivo del Estado, o para la tutela de los derechos subjetivos de las partes, en realidad, está haciendo referencia al fin que con él se pretende obtener, es decir su función. En la perspectiva del Derecho Jurisdiccional la función debe referirse al Poder Judicial, a los órganos jurisdiccionales, en consecuencia, "el proceso no tiene función". Así, el proceso es artificial y creación técnica de la ley, regulados de muy distintas maneras, pero sin llevar estas consideraciones hasta las últimas consecuencias, ya que ha de conllevar una serie de principios y condiciones, que han ido formándose a lo largo de los siglos.

Manifestaba Couture¹⁵ que la doctrina procesal se movía entre tres tendencias: una filosófica, dirigida a entender el valor justicia; otra técnica, pretendiendo estudiar las normas jurídicas en sus menores detalles al servicio de la solución del caso concreto, y otra política, que aspiraba a comprender lo que el Poder Judicial significa en el marco de los poderes del Estado. En las dos primeras es preciso insistir, pero es en la tendencia política donde está el futuro del derecho hasta ahora denominado procesal, y lo está porque sólo

desde el reconocimiento de que esta rama de la ciencia jurídica ha de convertirse en el derecho del Poder Judicial se vislumbra verdadero progreso.

Consecuencia de ello es que resulta necesario replantear un derecho procesal más útil y efectivo a las necesidades del justiciable y de frente a los reclamos de la toda la sociedad que pide un sistema judicial más justo, las que con otras instituciones en su conjunto "devuelvan la confianza y la fe de la ciudadanía en el Poder Judicial, tanto en sus componentes e integrantes como uno de los soportes básicos dentro del juego democrático"¹⁶.

Estos conceptos se traducen por un lado en un marco constitucional sobre el cual se desarrolle el proceso y en el cual se revalore el concepto de persona humana y sujeto de derecho como el más importante beneficiario de la aplicación de la justicia revestido de garantías y principios¹⁷; en donde el derecho de acción como derecho reconocido en la Constitución apunte de manera directa al derecho fundamental de la persona, y en consecuencia al concepto mismo de persona. De otro lado, en un único órgano encargado de aplicar justicia, es decir, encargado de realizar la actividad jurisdiccional totalmente independiente y autónomo¹⁸; y por último un conjunto de formas establecidas y respetadas como soporte de desarrollo del proceso, siendo este último la forma como se desarrolla la actividad jurisdiccional. Sin embargo, el apego del juez a la letra de la norma ha sido siempre implacable pero, "el proceso no debe ser conducido en términos estrictamente formales, ya que esta verdad una actuación mecánica de los principios jurídicos que conduzcan a la frustración ritual de la aplicación del derecho"¹⁹.

¹⁴ MONTERO AROCA, Juan. *Derecho jurisdiccional*, tomo I, BOSCH, Barcelona, 1991, p. 441. "Sin embargo, cuando como nosotros estamos haciendo, convertimos a la jurisdicción en el concepto fundamental, los problemas sobre el proceso se simplifican, por cuanto éste es simplemente el instrumento con el que los órganos jurisdiccionales cumplen su función".

¹⁵ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de derecho procesal*.

¹⁶ VASALLO CHIRINOS, Leonidas. "Memoria del presidente de la corte suprema de justicia", 1984. Discurso leído con ocasión de la apertura del año judicial de 1984.

¹⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1993. Artículo 1.º, "La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado".

¹⁸ Ibid. Artículo 139.

¹⁹ NÉSTOR DE LAZARRI, Eduardo. "Recurribilidad de las medidas cautelares en el amparo. Concesión de la apelación en el sólo efecto devolutivo". En XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal Civil "Hacia una justicia más efectiva", Santiago del Estero, 1993.