



Revista de Derecho

ISSN: 2313-6944

revistaderecho@unap.edu.pe

Universidad Nacional del Altiplano

Perú

Zapata Coacalla, Roxana
EL DECRETO LEGISLATIVO 1070 A LA LUZ DEL DERECHO A LA TUTELA
JURISDICCIONAL EN LOS JUZGADOS ESPECIALIZADOS CIVILES DE LA CORTE
SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO-2016
Revista de Derecho, vol. 4, núm. 2, agosto-diciembre, 2019, pp. 195-208
Universidad Nacional del Altiplano

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=671872859011>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

**EL DECRETO LEGISLATIVO 1070 A LA LUZ DEL DERECHO A
LA TUTELA JURISDICCIONAL EN LOS JUZGADOS
ESPECIALIZADOS CIVILES DE LA CORTE SUPERIOR DE
JUSTICIA DE PUNO-2016**

Roxana Zapata Coacalla *

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Art. Recibido: 01/10/2019

Art. Aceptado: 04/11/2019

Art. Publicado: 30/12/2019

* Universidad Nacional del Altiplano. Escuela Profesional de Derecho. Av. Sesquicentenario 1154
Ciudad Universitaria, Puno, Perú, roxana425@yahoo.es

RESUMEN:

El derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva como derecho constitucional cuyo contenido contempla el acceso a la jurisdicción para solicitar la protección de una situación jurídica que es vulnerada a través de un proceso dotado de garantías mínimas y el derecho a la efectividad de las resoluciones es analizado en la aplicación del Decreto Legislativo No. 1070 en tanto privilegia la exigencia de acudir a la Conciliación extrajudicial. Es una investigación de tipo básica y con diseño mixto porque involucra problemas tanto teóricos como prácticos. Los instrumentos utilizados para la recolección de datos son la ficha de resumen y la ficha de observación; esta última aplicada en los expedientes civiles tramitados durante el año 2016 en la Corte Superior de Justicia de Puno. Se concluye que el 25% de expedientes tramitados en el año 2016 en los juzgados civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno fueron declarados improcedentes por no cumplir con la conciliación en aplicación del artículo 6 de la Ley 26872 limitándose el acceso a la jurisdicción; siendo que su exigencia en las modificatorias introducidas por el Decreto legislativo No. 1070 a los artículos 445 del Código Procesal Civil y 15 de la Ley 26872 imponiendo además el hacer constar la pretensión de la futura reconvencción genera indefensión, mientras que el artículo 636 del Código Procesal Civil sanciona con caducidad su incumplimiento afectando el derecho a la efectividad de la sentencia; por lo que las modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo No. 1070 ha judicializado la conciliación generando efectos negativos en el proceso.

Palabras Claves: Conciliación extrajudicial, medida cautelar, proceso civil, reconvencción y tutela jurisdiccional.

ABSTRACT:

The right to effective Jurisdictional Guardianship as a constitutional right whose content provides access to the jurisdiction to request the protection of a legal situation that is violated through a process endowed with minimum guarantees and the right to the effectiveness of resolutions is analyzed in the application of Legislative Decree No. 1070 insofar as it privileges the requirement to resort to extrajudicial conciliation. It is a basic type research with mixed design because it involves both theoretical and practical problems. The instruments used for data collection are the summary form and the observation form; this last one applied in the civil files processed during the year 2016 in the Superior Court of Justice of Puno. It is concluded that 25% of the files processed in 2016 in the civil courts of the Superior Court of Justice of Puno were declared inadmissible for not complying with the conciliation pursuant to Article 6 of Law 26872, limiting access to the jurisdiction; being that their requirement in the amendments introduced by Legislative Decree No. 1070 to articles 445 of the Code of Civil Procedure and 15 of Law 26872 also imposing the claim to make the future counterclaim generates defenselessness, while Article 636 of the Code Procedural Civil sanctions with expiration its breach affecting the right to the effectiveness of the sentence; therefore, the amendments introduced by Legislative Decree No. 1070 have judicialized the conciliation, generating negative effects in the process.

Keywords: Civil proceeding, counterclaim, extrajudicial conciliation, jurisdictional protection and precautionary measure.

INTRODUCCION

Partimos de la premisa que la jurisdicción es el deber- poder del Estado de administrar justicia. La función jurisdiccional está reservada para el Estado quien con el deber-poder interviene en un conflicto de intereses para restablecer el orden jurídico alterado, aplicando el derecho al caso concreto (Monroy 2009) y en concordancia el artículo 138 de la Constitución Política del Estado prescribe “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y las leyes” y el artículo 1 del Código Procesal Civil que prescribe “La potestad jurisdiccional del Estado en materia civil, la ejerce el Poder Judicial con exclusividad (...);por lo tanto diremos que toda decisión que sea expedida dentro de un proceso, con posibilidad de adquirir calidad de cosa juzgada y sea susceptible de ser ejecutada pertenece a la esencia de la jurisdicción”(Hurtado 2009).

Surge entonces el proceso cual sustituto civilizado de la autotutela cumpliendo dentro del sistema jurídico una función fundamental: el ser el instrumento para lograr la tutela de nuestros derechos (Ariano, 2014) y cuando ésta protección es brindada por un órgano que ejerce potestad jurisdiccional se habla de tutela jurisdiccional; la misma que es entendida como aquella forma de protección que brinda el Estado actuando en auxilio de la tutela jurídica; la misma que actúa en función de la necesidad de tutela de la situación sustancial protegida y en razón de la necesidad de protección de los derechos sustanciales puede ser: tutela cognitiva, tutela ejecutiva y tutela cautelar, Empero el proceso según Valencia Mirón citado por Priori (2003) no es un mero instrumento, sino que además es un instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional, pues sin él, la función jurisdiccional no puede desplegarse, constituyendo un instrumento necesario para que la tutela jurisdiccional pueda prestarse.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para Priori (2003) es el derecho que tiene todo sujeto a acceder a un órgano que ejerza función jurisdiccional para solicitarle tutela sobre determinada situación jurídica; es el derecho a que el órgano jurisdiccional actúe a través de un proceso dotado con mínimas garantías; es el derecho a que dicho órgano emita una resolución fundada en derecho; y, finalmente, es el derecho a que dicha decisión tenga efectividad real, mientras que para Obando (2011) señala que “la tutela jurisdiccional efectiva será aquel derecho fundamental de la persona través del cual busca defender en el plano real sus derechos materiales. De esta manera, el proceso jurisdiccional es un instrumento para alcanzar dicho fin; es por ello, que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva solo es aplicable dentro del proceso judicial permitiendo que el proceso cumpla con sus fines; siendo de carácter público, subjetivo, manifestándose procesalmente de dos maneras: el derecho de acción y el derecho de contradicción (Martel 2015).

Sin embargo, el proceso para ser justo, no puede ser ajeno a la supremacía de la dignidad humana, a los valores y derechos que derivan de ella (con sus correspondientes deberes), ni a la realidad social donde se desarrolla, sino por el contrario, debe ser visto y desarrollado como un instrumento al servicio del hombre- y no el hombre al servicio del proceso- para la defensa y efectividad de sus derechos, así como para alcanzar la paz y la

justicia (Bustamante 2001), como lo señala el Tribunal Constitucional peruano “(...) la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo (...).En razón de ello, en sede jurisdiccional ningún análisis puede desarrollarse sin verificar el respeto a la dignidad del hombre tanto en la actuación del Estado como en la de los particulares” (STC Exp. 2945-2003-AA).

Tratándose que el derecho a la tutela jurisdiccional es un derecho de contenido complejo en la medida que está conformado por una serie de derechos que lo determinan (Obando 2011) el acceso efectivo a la justicia se reconoce como un derecho de importancia primordial puesto que la titularidad de derechos carece de todo sentido si no existen mecanismos efectivos para su aplicación. En tal sentido, se puede considerar que el acceso efectivo a la justicia es el requisito más básico- el derecho humano más fundamental- en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar derechos de todos (Cappelletti,1973) y el debido proceso encuentra expresión concreta a través de los derechos e institutos procesales que gobiernan el acceso, el inicio, el desarrollo y la conclusión de un proceso, o de un procedimiento, a tal punto que éstos no sólo contribuyen a darle contenido sino también si ha sido efectivamente afectado.(Bustamante, 2001), el derecho de defensa contiene tanto el derecho de acción como el derecho de contradicción, es decir de gozar de las mismas oportunidades de defensa procesal que el actor (cuando se ejercita acción para iniciar el proceso) o de plenas oportunidades para la defensa.(Echandía, 2009), el derecho a una resolución judicial fundada en derecho y motivada no se limita al simple acceso sino a hacer efectivos los derechos e intereses del accionante, que se proteja el derecho material. Que cuando se promueva la acción procesal, se quiere desarrollar un proceso que resuelva las cuestiones de fondo, este es el derecho concreto que a través de la acción se pide (Gozaini, 2004) y finalmente el derecho a la efectividad de las sentencias que implica la actuación objetiva o irrevocable del derecho y previendo los mecanismos para asegurar o prever la conservación de los efectos de la sentencia, así como establecer los mecanismos necesarios para el desarrollo de la actividad jurisdiccional para hacer cumplir lo decidido” Sumaria (2013).

El Decreto Legislativo No. 1070 publicado el 28 de junio del 2008 expedido con el propósito impulsar la Conciliación Extrajudicial brindando a los ciudadanos el acceso a una administración de justicia más moderna y eficiente, modificó varios artículos de la ley de conciliación y del código procesal civil implantando la exigencia de la conciliación extrajudicial cuando se trata de materias conciliables, imponiéndose la verificación al Juez respecto de la reconvencción, las medidas cautelares fuera de proceso y la admisión de la demanda.

El Art. 5 de la Ley 26872 Ley de conciliación la define como una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, pro el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación extrajudicial a fin de que se les asista en la búsqueda de solución consensual al conflicto y Guzmán citado por Quiroga (2000) señala que es el proceso por el cual dos o más personas en conflicto logran restablecer su relación, gracias a la intermediación de un tercero llamado conciliador. El conciliador es

un facilitador de la comunicación, no ejerce la función de juez, ni de árbitro.”; siendo que de la audiencia de conciliación se confeccionará un acta, la misma que constituye título de ejecución, cuando de su contenido se desprenda válidamente una obligación exigible en razón del tiempo, lugar y modo” (Quiroga,2000);constituyendo el documento que expresa la manifestación de voluntad de las partes en la conciliación.Por su parte Peña (2014) expresa que constituirá requisito de procedibilidad el acta de conciliación que cumpla dos obligaciones o condiciones legales: a) Que, el futuro demandante solicite la conciliación y b) Que, el futuro demandante concorra a la audiencia (Díaz, 2016); como las actas de conciliación sin acuerdo (falta de acuerdo, inasistencia de una o ambas partes a la audiencia o la decisión debidamente motivada de la conclusión del procedimiento por parte del conciliador) que no han definido el conflicto y por lo tanto permite trasladar la discusión a sede judicial para su judicialización” (Ledesma, 2014).

Surge entonces la necesidad de verificar la vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional con la exigencia de la conciliación y las sanciones impuestas ante su incumplimiento introducidas por las modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo No. 1070 que declara la improcedencia de la demanda y la reconvención así como la caducidad de la medida cautelar; en el entendido que éste derecho es elevado al rango de derecho constitucional y fundamental, generando en el Estado una doble obligación, por un lado una protección especial a través de las garantías constitucionales cuando se percibe una lesión en cualquiera de los grados y, en otro extremo, crea la obligación para el Estado, a través del actuar de sus distintos órganos, para la promoción y protección del ejercicio de este derecho a través del proceso en oposición a formas restrictivas a él (Sumaria 2013); en igual sentido opina Obando (2011) que debe tenerse en cuenta aquellos principios sobre las que reposan las facultades del juez de rechazo liminar de la demanda tales como el principio de favorecimiento del proceso; que constituye un régimen interpretativo en función del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en virtud del cual ante cualquier duda en el momento de calificar la demanda, se debe dar trámite al proceso.(Obando,, 2011); Por su parte, Chamorro citado por Obando (2011) señala que se infringe la tutela jurisdiccional efectiva en los siguientes casos:“...a) se niega u obstaculiza gravemente a la persona el acceso a la jurisdicción o al proceso en el que pueda plantear su pretensión ante los Jueces y Tribunales; b) se le produce indefensión en el proceso donde se ventila esa pretensión; c) no obtiene una resolución razonable y fundada en derecho; d) la resolución obtenida no es efectiva. La violación de los derechos y garantías procesales derivados de la tutela judicial efectiva puede producirse en múltiples formas, pero siempre deberá afectar a alguno de los cuatro puntos señalados. Todas las demás infracciones o serán incumplimientos de legalidad ordinaria, o en su caso, serán incumplimientos de otras concretas garantías procesales,, pero no derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva.

MATERIALES Y METODOS

Las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo No. 1070 y su repercusión en la tutela jurisdiccional efectiva es de alcance nacional, sin embargo, se verificará en los Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno; por lo que geográficamente se encuentra circunscrita a la ciudad de Puno.

En la investigación se ha utilizado un diseño mixto, resultante de la fusión de los modelos cualitativo y cuantitativo utilizando las fortalezas de ambos; por el que se aborda el problema de manera integral pues se ha recolectado los datos de los juzgados especializados civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno en cuanto aplican las modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo No. 1070 respecto de la admisión de demandas, reconveniones y medidas cautelares y por otro lado se ha analizado las repercusiones de la aplicación de esta norma en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

La variable independiente está constituida por las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo No. 1070 al Código Procesal Civil y la Ley de conciliación; específicamente a los artículos 6 y 15 de la Ley 26872 Ley de conciliación y los artículos 445 y 636 del Código Procesal Civil se ha utilizado la libreta de apuntes y fichas de resumen; con la finalidad de acopiar información y profundizar sobre la variable, mientras que la variable dependiente consiste en la repercusión del Decreto Legislativo No. 1070 en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en tanto se limita o restringe los derechos de acceso a la jurisdicción, proceso con garantías mínimas-derecho de defensa y la efectividad de las resoluciones se utilizó las Fichas de resumen y de observación que se aplicó en la revisión y análisis de los expedientes civiles tramitados durante el año 2016 en la Corte Superior de Justicia de Puno.

RESULTADOS Y DISCUSION

IDENTIFICAR Y ANALIZAR LAS MODIFICATORIAS INTRODUCIDAS A LA LEY DE CONCILIACIÓN Y EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL:

a) Respetto de la demanda y reconvencción

Con la vigencia del Decreto Legislativo No. 1070 se modificó el texto del Art.445 del Código Procesal Civil regulando los requisitos de admisibilidad de la reconvencción .Esta norma exige que si la pretensión reconvenida es materia conciliable, será necesario que el juez califique el intento conciliatorio por parte del demandado en el procedimiento conciliatorio extrajudicial y que el invitado haga constar la pretensión de su futura reconvencción, concordante con dicha exigencia el Decreto Legislativo No. 1070 modificó también el Art. 15 de la Ley 26872 Ley de conciliación a partir del cual el Juez debe verificar que el procedimiento conciliatorio no haya concluido por la inasistencia del invitado a dos sesiones y que éste no haya dado motivo a que el conciliador expida el acta por decisión motivada del conciliador.

b) Respetto de la Medida Cautelar Fuera de Proceso

Cuando todo justiciable solicite medida cautelar fuera de proceso y la pretensión de la demanda principal deba ser sometida al procedimiento de conciliación extrajudicial por tratarse de materia conciliable, el Juez al calificar la demanda deberá verificar que el demandante haya cumplido con observar: a) Que, el procedimiento conciliatorio haya sido iniciado dentro de los cinco días hábiles contados desde la ejecución de la medida cautelar; b) Que, la demanda se interponga dentro del plazo de 10 días hábiles de concluido el procedimiento conciliatorio y c) Que, el procedimiento conciliatorio no haya concluido por inasistencia de las partes a dos sesiones (cuando quien falte sea el solicitante) o por decisión motivada del conciliador (cuando quien haya provocado ello sea el solicitante). Por tanto la inobservancia de dichos requisitos para la admisión de la demanda principal repercutirá en la medida cautelar ejecutada, pues operará la caducidad de la medida cautelar.

IDENTIFICAR Y ANALIZAR LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA APLICACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO 1070 EN LOS PROCESOS CIVILES TRAMITADOS EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO DURANTE EL AÑO 2016.

En la presente investigación se ha analizado la totalidad de expedientes en material civil ingresados en los Juzgados especializados civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno durante el año 2016 que comprende el período del 02 de enero al 31 de diciembre del 2016; habiéndose registrado un ingreso total de 933 expedientes civiles, habiéndose verificado que no todas las pretensiones se encuentran dentro de los alcances de la Ley de conciliación No. 26872 y de las modificatorias analizadas introducidas por el Decreto legislativo No. 1070; por lo que es necesario determinar el número de expedientes cuyas pretensiones sean materias conciliables y el número de expedientes cuyas pretensiones no son conciliables (Art.7-A de la Ley 26872) o en su caso no le sea inexigible cumplir con el procedimiento conciliatorio previo al proceso (Art. 9 de la Ley 26872 entre las cuales un porcentaje mayor corresponde al proceso único de ejecución).

Del análisis de los datos se tiene:

a) Primer Juzgado Especializado Civil de la provincia de Puno:

En el Primer Juzgado especializado Civil de la provincia de Puno, se han tramitado 199 procesos contenciosos civiles de los cuales versan sobre materias conciliables 45 expedientes y dentro de materias no conciliables o es inexigible la conciliación 154 expedientes. De los 45 expedientes sobre materias conciliables se declaró la improcedencia de la demanda en 09 expedientes y en 01 expediente se declaró inadmisibile la demanda por falta de intento conciliatorio y 02 expedientes fueron declarados improcedentes por otros motivos. Concluyéndose que el 22% de expedientes fueron rechazados por falta de intento conciliatorio previo al proceso en aplicación de lo dispuesto en el Art. 6 de la Ley 26872 modificado por el Decreto Legislativo No. 1070; verificándose con ello la limitación del acceso a la jurisdicción.

b) Segundo Juzgado Especializado Civil de la provincia de Puno:

En el Segundo Juzgado especializado civil de la provincia de Puno se han tramitado 172 procesos contenciosos civiles de los cuales versan sobre materias conciliables 38 expedientes y dentro de materias no conciliables o es inexigible la conciliación 134 expedientes. De los 38 expedientes sobre materias conciliables se declaró la improcedencia de la demanda liminar en 06 expedientes y 01 expediente se declaró la improcedencia mediante auto de saneamiento procesal; mientras que 03 expedientes fueron declarados improcedentes por otros motivos. Concluyéndose que el 21% de expedientes ingresados que versan sobre materias conciliables fueron rechazados por falta de intento conciliatorio previo al proceso o por inasistencia del solicitante a la audiencia de conciliación en aplicación de lo dispuesto en el Art. 6 de la Ley 26872 modificado por el Decreto Legislativo No. 1070; verificándose con ello la restricción en el acceso a la jurisdicción

c) Tercer Juzgado Especializado Civil de la provincia de Puno:

En el Tercer Juzgado especializado civil de la provincia de Puno se han tramitado 174 procesos civiles de los cuales versan sobre materias conciliables 36 expedientes y dentro de materias no conciliables o es inexigible la conciliación 138 expedientes. de los 36 expedientes sobre materias conciliables se declaró improcedente la demanda en 14 expedientes, de los cuales 12 expedientes por falta de intento conciliatorio y 02 expedientes por otros motivos. De lo que se concluye que el 37% de expedientes ingresados sobre materias conciliables fueron rechazados por falta de intento conciliatorio previo al proceso.

DE LAS LIMITACIONES ESTABLECIDAS EN LAS MODIFICATORIAS INTRODUCIDAS A LA LEY DE CONCILIACIÓN (ART. 6 Y 15) Y EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL (ART.445 Y 636) QUE AFECTAN EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL:

a) Sobre la limitación al derecho de acceso a la jurisdicción y derecho de defensa en la reconvención:

La reconvención se define como la demanda del demandado; la reclamación judicial, que al contestar la demanda, formula la parte demandada contra el actor, que hace ante el mismo juez y en el mismo juicio(Cabanellas 1981) y la facultad que tiene el demandado para deducir una pretensión procesal frente al demandante (Ledesma, 2011), aprovechando los beneficios de los principios de economía y celeridad procesal; sin embargo el Decreto Legislativo No.1070 incorpora en el procedimiento de conciliación extrajudicial la reconvención; exigiendo como uno de los requisitos a ser verificado por el juez del proceso que el invitado de un procedimiento conciliatorio asista y en audiencia efectiva deba hacer constar su deseo de reconvenir así como formular las pretensiones de su futura reconvención.

Tratándose que la conciliación extrajudicial es un procedimiento consensual donde prima la voluntad de las partes y donde no es necesario que éstas se encuentren asesoradas por un Letrado conforme al Reglamento de la Ley de conciliación D.S. No. 014-2008-JUS que en su Art. 21 establece que las partes puedan ser asesoradas durante la audiencia

por personas de su confianza o especialistas que coadyuven en el logro de la conciliación; por tanto el asesor no necesariamente será un abogado, por lo que los asesores tienen como finalidad brindar información especializada a las partes sin asumir un rol protagónico, sin embargo, ello no sería suficiente frente a la necesidad de verificar cuándo reconvenir o no y de plantear la futura pretensión reconvenzional; colocando a las partes en un estado de indefensión. Así comparte Díaz (2016) para quien la solicitud de conciliación no es igual a una demanda judicial y la estrategia de defensa jurídica del demandado se formula con la demanda judicial y no con la solicitud de conciliación. Asimismo establecer limitaciones para formular reconvencción, quiebra la esencia de la reconvencción, esto es hacer efectiva una pretensión aprovechando el principio de economía y celeridad procesal. Por tanto, exigir al invitado (futuro demandado) concurrir a la audiencia de conciliación y formular las pretensiones de su futura reconvencción constituyen limitaciones impuestas que afectan el derecho a la tutela judicial efectiva del demandado en el acceso a la jurisdicción como lo señala Díaz (2016) al señalar que “sancionar al invitado que no asista a la audiencia de conciliación con el rechazo a su reconvencción de la demanda, constituye una vulneración a su derecho de contradicción, de defensa y a un debido proceso para el demandado.

b) Sobre la limitación al derecho de acceso a la jurisdicción y la efectividad de la tutela jurisdiccional con la caducidad de la medida cautelar antes de proceso:

La tutela cautelar constituye una manifestación del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, en tanto que la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento del fallo; así lo confirma Ariano (2014) que las medidas cautelares se disponen, más que en interés de los individuos, en interés de la administración de justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento. Por su parte Hurtado (2009) señala que se entiende como el conjunto de procedimientos autónomos pero a la vez instrumentales, que ayudan al justiciable a asegurar el resultado del proceso principal, en el cual destacan las medidas cautelares, denominadas por la doctrina contemporánea como tutela urgente cautelar, siendo la instrumentalidad la que determina que “si bien la tutela cautelar actúa sobre la situación sustancial, en realidad no brinda aquella protección que en el proceso principal se está requiriendo para ella, sino que lo único que hace es garantizar la eficacia de la tutela jurisdiccional que se está solicitando para ella en el proceso” (Ariano, 2014)

Calamandrei (2005) señala que la cualidad de provisoria dada a las providencias cautelares quiere significar en sustancia lo siguiente: que los efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen duración temporal (...) sino que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional, que en la terminología común, se indica en contraposición a la calificación de cautelar dada a la primera, con la calificación de definitiva.

La caducidad según Cabanellas (1981) es el “lapso que produce la extinción de una cosa o un derecho. Pérdida de la validez de una facultad por haber transcurrido el plazo

para ejecutarla. Cesación del derecho a entablar o proseguir una acción o un derecho, en virtud de no haberlos ejercitado dentro de los términos para ello. La caducidad de las medidas cautelares entonces tiene íntima vinculación con la provisoriedad y la instrumentalidad de las mismas, pues siendo provisorias tienen un punto de partida que es cuando son otorgadas; un tiempo de vigencia y un tiempo en que terminan que es precisamente la caducidad e instrumentales porque estos momentos se encuentran relacionados con la existencia del proceso principal; pues solo pueden concebirse en tanto exista el proceso principal donde se discuta el derecho que se pretende asegurar; siendo ello así si el proceso principal no ha sido interpuesto dentro del plazo o ha sido rechazado liminarmente la medida cautelar caducará de pleno derecho.

La caducidad opera entonces cuando la demanda no ha sido interpuesta en el plazo de 10 días de concluido el procedimiento conciliatorio; en caso que la pretensión se trate de materia conciliable; o cuando el procedimiento conciliatorio no fuese iniciado dentro de los 5 días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida. Sin embargo con la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo No. 1070 obtenida una medida cautelar fuera de proceso y tratándose de materia conciliable, el beneficiario no podrá iniciar el proceso judicial si no apareja a su demanda el acta de conciliación extrajudicial emitido por un centro de conciliación autorizado por el Ministerio de Justicia, resultando relevante el momento en que se solicita la conciliación correspondiendo al Juez la tarea de efectuar el control de los plazos siguientes: a) Control del plazo del inicio del procedimiento conciliatorio, por el cual se debe verificar que el beneficiario de la medida cautelar haya presentado su solicitud de conciliación ante un centro de conciliación extrajudicial en el plazo de 5 días de ejecutada la medida cautelar, b) Control del plazo de la presentación de la demanda, el cual debe ser formulada en el plazo de 10 días de concluido el procedimiento conciliatorio.

Al respecto se debe considerar que se le impone la carga al actor no sólo de interponer la demanda dentro de los 10 días de concluido el procedimiento conciliatorio- sino que deba haber solicitado la conciliación dentro del quinto día de ejecutada la medida respecto al cual no existe consenso en la práctica respecto al inicio del plazo; además que el juez no tiene forma de verificar dicho cumplimiento por cuanto no tiene forma de enterarse de la fecha de presentación de la solicitud ante el Centro de conciliación extrajudicial; por tratarse de un procedimiento previo al proceso, mientras que en el caso que el auto cautelar comprenda varias medidas cautelares la norma no especifica si el plazo se computa una vez ejecutadas todas o aquellas que garanticen adecuadamente mejor lo que se busca cautelar; quedando en el ámbito discrecional del juez determinar el inicio del cómputo del plazo; por lo que sancionar con la caducidad de la misma, resulta ser la sanción más drástica al operar de pleno derecho; limitando con ello la verdadera eficacia de la resolución que se pretende garantizar, la sentencia; desnaturalizándose la urgencia de la tutela cautelar y ello compartimos con Priori (2006) quien plantea que el fundamento constitucional de las medidas cautelares está precisamente en reconocer que, parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho a la efectividad de las sentencias, en ese sentido en tanto que las medidas cautelares tienen como finalidad garantizar la efectividad de la sentencia judicial, son instrumentos para realizar el derecho

a la tutela jurisdiccional efectiva; sin ellas el derecho sería una mera declaración, en consecuencia un ordenamiento que consagre como uno de sus derechos y principios fundamentales a la tutela jurisdiccional efectiva debe permitir necesariamente un régimen de medidas cautelares adecuado. Por lo tanto imponer el cumplimiento de plazos perentorios a verificarse en un procedimiento previo al proceso para el acceso a la jurisdicción que repercuten en la vigencia de la tutela cautelar implantadas como una forma de compeler a las partes a concurrir a la audiencia de conciliación y robustecer el sistema de conciliación extrajudicial ha determinado que el legislador haya regulado disposiciones que constituyen trabas en el acceso a la justicia vulnerándose el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en tanto que la efectividad se alcanza a través de un sistema adecuado de medidas cautelares que aseguren la satisfacción del derecho.

c) Sobre la limitación al derecho de acceso a la jurisdicción con el rechazo liminar de la demanda por falta del intento conciliatorio:

Que, el Decreto Legislativo No. 1070 ha establecido que la incomparecencia al centro de conciliación extrajudicial previa al proceso inhabilita al demandante en el acceso a la jurisdicción; en consecuencia el demandante en un proceso civil no podrá aparejar a su demanda en cumplimiento del Art. 425 numeral 5) del CPC el acta de conciliación por inasistencia de ambas partes o por inasistencia de una parte cuando el inasistente sea el solicitante (en buena cuenta el demandante); por cuanto la demanda será declarada improcedente en virtud del Art. 427 numeral 2 del C.P.C, lo que es concordante con el Art. 6 de la Ley 26872 Ley de conciliación. Por lo tanto las modificatorias introducidas por el decreto legislativo No. 1070 establecen que no basta solicitar el procedimiento conciliatorio previo al proceso, sino impone la carga al solicitante (futuro demandante) a concurrir a la audiencia para cumplir con el interés para obrar, con lo que se asume la teoría finalista del interés para obrar pues impone a todos los justiciables una carga como condición para el acceso a la jurisdicción, limitando en forma razonable la garantía del acceso, dándose un tratamiento a la conciliación como una formalidad y no como un mecanismo de solución de conflictos, imponiéndose la conciliación previa al proceso bajo sanción de declarar la improcedencia de la demanda; negándose acceso a la jurisdicción; pues toda persona que desee ejercitar su derecho de acción procesal no puede ser compelido primero a cumplir con cargas por cuanto este derecho no admite limitaciones ni restricciones.

Respecto a las limitaciones Sumaria (2013) reseña que la efectividad del derecho elevado al rango de derecho constitucional y fundamental genera en el Estado una doble obligación, por un lado una protección especial a través de las garantías constitucionales cuando se percibe una lesión en cualquiera de esos grados y, en otro extremo, crea la obligación para el Estado, a través del actuar de sus distintos órganos, para la promoción y protección del ejercicio de este derecho a través del proceso en oposición a formas restrictivas a él; por lo que el contenido esencial de cada derecho fundamental debe identificarse con la totalidad del contenido del derecho, el deber del legislador de respetarlo a limitar su ejercicio y de adoptar medidas de desarrollo normativo necesarias

para su realización (Bustamante, 2001). En igual sentido Echandía (2009) señala que la libertad del ejercicio de los derechos subjetivos de acción y contradicción debe ser efectiva y real en la práctica; siendo antijurídicas todas las medidas legales, reglamentarias o de hecho que conduzcan a vulnerar el libre, eficaz y práctico ejercicio del derecho de acción y contradicción, como suprimir o el hacer inoperante en la práctica la oportunidad de alegación para fundamentar la defensa.

CONCLUSIONES

Las modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo No.1070 a los artículos. 445 del Código Procesal Civil, 15 y 6 de la Ley de conciliación No. 26872 cuando se trata de materias conciliables imponen la exigencia de verificar la asistencia a la audiencia de conciliación y la incorporación de la pretensión de una probable reconvención en el acta de conciliación; instituyendo requisitos de procedibilidad que ponen en situación de desventaja al demandado provocándole indefensión, afectando su derecho de acceso a la jurisdicción y de defensa; mientras que la regulación establecida en el artículo 636 del Código Procesal Civil sanciona con la caducidad de la medida cautelar cuando el demandante no cumpla con solicitar la conciliación e interponga la demanda en los plazos establecidos; cuyo cómputo se encuentra sujeta a la discrecionalidad del juez, así como su verificación en un procedimiento previo al proceso; situaciones que limitan el acceso a la jurisdicción y la real efectividad de la sentencia.

Del análisis efectuado en los expedientes civiles tramitados en la Corte Superior de Justicia de Puno sobre procesos contenciosos que versan sobre materias conciliables durante el año 2016 se ha verificado que el 25% de expedientes fueron rechazados in limine ante el incumplimiento del intento conciliatorio previo al proceso o al verificarse la inasistencia del demandante en el procedimiento conciliatorio; lo que determina que el libre acceso a la jurisdicción se ha visto limitado.

LITERATURA CITADA:

- Ariano Deho E., Ledesma, M., Hurtado M., Guerra C., Zela A., Merino R., Gonzales B., Galvez A., Ivan L. (2010). *Manual de actualización civil y procesal civil*. Lima 34: El Buho E.I.R.L.
- Ariano Deho, E. (2014). *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: El Buho E.I.R.L.
- Bustamante Alarcón, R. (2001). *Derechos fundamentales y proceso justo*, Lima: Ara Editores E.I.R.L.
- Cabanellas, G. (1981). *Diccionario de derecho usual*. Heliasta.
- Calamandrei, P. (2005). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Arequipa: Ara Editores E.I.R.L.
- Cappelletti, M. (1973). *El proceso civil en el derecho comparado*. Buenos Aires:Ejea.
- Díaz Honores, J. (2016). *Manual de conciliación extrajudicial*. Lima: Lamgraf E.I.R.L.
- Echandía, D (2009). *Teoría general del proceso*. Buenos Aires. Ed. Universidad
- Gozaini, O. (2004). *Derecho procesal constitucional el debido proceso*. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Gozaini, O. (2005). *Elementos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediar.
- Hurtado Reyes, M. (2009). *Fundamentos de derecho procesal civil*. Lima: Idemsa.
- Ledesma Narvaez, M. (2008). *Comentarios al código procesal civil*. Lima 38: El Buho E.I.R.L.
- Ledesma Narvaez, M. (2014). *Estudios críticos de derecho procesal civil y arbitraje*. Lima 18: El Buho E.I.R.L.
- Marinoni, I. (2007). *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra.
- Marinoni, I. G. (2016). *Tutela anticipatoria y tutela inhibitoria*. Lima: Palestra Editores.
- Martel Chang, R. (2015). *Pruebas de oficio en el proceso civil*. Breña: Instituto Pacifico SAC.
- Martel Chang, R. (2015). Tutela jurisdiccional efectiva: desafío y respuesta de los jueces de la especialidad comercial de Lima. *Actualidad Civil*. 11, 445.
- Monroy Gálvez, J. (2009). *Teoría general del proceso*. Lima: Communitas.
- Obando Blanco, V. (2011). *Proceso civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima 39: Ara Editores E.I.R.L.
- Ormachea Choque, I. (2000). *Manual de conciliación procesal y pre procesal*. Lima: Perfect Laser S.R.L.
- Peña Gonzales, O. (2014). *Conciliación extrajudicial-teoría y práctica*. Lima: Segrapec SAC.
- Priori Posada, G. F. (2003). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. *Ius Et Veritas*, 26 , 273-292.
- Priori Posada, G. (2006). *La tutela cautelar*. Lima 39: Ara Editores E.I.R.L.
- Rioja Bermudez, A. (2011). *El nuevo proceso civil peruano*. Arequipa peru: Adrus S.R.L.
- Rioja Bermudez, A. (2017). El proceso cautelar- una mirada a sus particularidades en el proceso civil. *Gaceta civil y procesal civil*, 344.
- Sumaria Benavente, O. (2013). *Introducción al sistema de la tutela jurisdiccional*. Lima 39: Ara Editores.