

¿DERECHO DE CONTRADICCIÓN, DERECHO FUNDAMENTAL? SU APLICACIÓN EN NUESTRA SOCIEDAD Y LAS EXPECTATIVAS Y ESPERANZAS DEL DERECHO A LA JUSTICIA

Ignacio Andre Rojas Vera¹⁵⁰

Jesús Bobadilla Bernedo ¹⁵¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Conceptuación histórica. 1. Orientación constitucional del principio de audiencia. 2. Relación estructural de los derechos y principios relacionados al principio de audiencia. III. Incidencia del contradictorio en el proceso civil peruano. 1. Incidencia del contradictorio en la prueba de oficio. 1.1. Prueba de oficio. 2. Medida cautelar. 3. Nulidad de oficio. 4. Iura novit curia. IV. Su aplicación en nuestra sociedad. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista de la evolución histórica, el principio de audiencia tiene su remota aparición en el llamado *ius commune* y sucesivamente ha ido mostrando un cambio de términos que han pasado por la bilateralidad (bilateralidad de audiencia, bilateralidad de partes), contradictorio (un término que ha tenido tanta aceptación doctrinal como dentro la teoría general del derecho en el ámbito mundial) y, actualmente, principio de audiencia (recordando que es un término que está en boga, pero que no ha tenido una aceptación total). Sin embargo, tanto el problema terminológico como su com-

150 Estudiante de segundo año de pregrado de la Escuela Académico Profesional de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Coordinador general del Taller de Derecho Procesal "Mario Alzamora Valdez".

151 Estudiante de segundo año de pregrado de la Escuela Académico Profesional de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Coordinador principal de la comisión académica del Taller de Derecho Procesal "Mario Alzamora Valdez".

preensión son inconvenientes de la des-uniformación de la doctrina comparada. Por ello se realizará un análisis crítico del desarrollo histórico del principio de audiencia, empezando por su concepción como principio iusnatural, luego su paso por el liberalismo procesal, su debilitamiento con la época de las reformas procesales, para terminar en la orientación constitucional de este principio. Finalmente se concluirán los aportes de los cuatro periodos mencionados para sugerir una comprensión mediante la implicación polar en el proceso.

II. CONCEPTUACION HISTÓRICA

Bilateralidad (audiencia bilateral, bilateralidad de audiencia, bilateralidad de instancia), de esta manera se ha conceptualizado a tallar dos condiciones del proceso: uno, como derecho a ser parte del proceso (bilateralidad de partes) y a participar en éste, y como la oportunidad de impugnar el fallo para su revisión en una instancia superior.

Sobre el primer modo, podemos notar su conceptualización en el Pacto de San José de Costa Rica: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...)”¹⁵², donde notamos que hay una determinación por las partes para influir en la decisión del juez.

Sin embargo, no es recomendable el uso de este término porque su estructura y sus consecuencias en el proceso limitan a las partes en su repercusión del proceso y en la efectiva tutela jurisdiccional de su situación jurídica procesal. Además, cabría cuestionarnos si se valdría su calificación como principio o como derecho. Es así que por falta de profundización y repercusión en el proceso harían de su concepción un limitado desarrollo del proceso.

Contradictorio (o contradicción), se remonta a la cultura europea y específicamente a 1806, con el Code de procédure civile de 1806, que tuvo efecto en varios de los Estados preunitarios, entre los que estaba Italia. Lo cual significó, que desde un inicio, el principio rector de ese código (Le principe contradictoire) se expresara como

152 Artículo 8.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

una de las dos formas históricas de llevar el proceso: inquisitivo y contradictorio. Lo que ocasionó que, a pesar de haber sido abolida Francia, el término contradictorio calara en el tiempo y, por lo tanto, en la literatura procesal.

Sin embargo este término se ha arraigado en la doctrina de cada país, como así tenemos en España, Italia; por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha mencionado que "(...) el derecho de defensa garantizado por el artículo 39 de la Constitución Política y por consiguiente el principio al debido proceso, contenido en el artículo 41 de nuestra Carta Fundamental, o como suele llamársele en doctrina, principio de 'bilateralidad de audiencia' del 'debido proceso legal' o 'principio de contradicción' (...) se ha sintetizado así: a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión que se trate; ch) derecho del administrativo de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada"¹⁵³.

1. ORIENTACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE AUDIENCIA

En la fase del iusnaturalismo, este principio era considerado de carácter ético e inherente al individuo basado también en los principios de esa época, en la fase del liberalismo procesal se dio una vertiente de ideas sobre la importancia de la libertad y del individuo, empezándose ya a perder importancia el contradictorio, también debido a la influencia que tuvo las reformas procesales en específico la del Codex francés aquí se empieza la transición al proceso social donde predomina la función del juez. En este periodo es en el cual se ha enfocado más este trabajo.

Este es visto como un periodo en la cual una de las garantías fundamentales del proceso, supera la concepción formal en la cual

153 Voto número 15-90 de fecha 5 de enero de 1990.

el juez solo era un espectador de las partes y no se involucraba en el proceso. Este sistema algunos lo denominan publicístico. En la concepción sustancial (que es la que predomina actualmente) el juez pasa a ser una persona “de autoridad” a “con autoridad” en el proceso. Con esto se asegura un proceso más democrático dado que hay pluralidad de instancias. Las ventajas de la concepción formal están en que se refuerza la idea del papel activo del juez en el cual tiene sus antecedentes en el sistema inquisitivo en el cual este asumía todo el poder y no había un debido proceso.

F. Carnelutti¹⁵⁴ considera al proceso como un estorbo dado que ralentiza el proceso, esto no va acorde a que “la alegación de un solo hombre no es alegación; el juez debe oír ambas partes”.

Ahora si nos preguntamos a que se debió este cambio de lo sustancial a lo formal, esto es porque la función del proceso es buscar la verdad, y si las partes serian lo suficientemente capaces de resolver sus problemas no entrarían a la jurisdicción, aquí la contradicción con el sistema publicístico en el cual el juez es solo un espectador del proceso, en cambio en el sistema privado el juez pasa un rol activo, de esto también surgen los principios procesales como la imparcialidad de los jueces, el derecho al contradictorio, un debido proceso, acceso a la justicia, entre otros. Ahora bien, es de mencionar que hasta ahora no se ha encontrado un ordenamiento jurídico que se base en un solo sistema (publicístico o privado), sino que en la realidad se dan una mezcla de ambos. Como reflexión vemos que el contradictorio es fundamental para un debido proceso; sin este no se podría llevar a cabo, aunque hay excepciones como por ejemplo: el proceso cautelar en el cual para asegurarse de los bienes o patrimonios el juez ordena la inspección o retención de los mismos sin avisar al emplazado, luego de esto, recién se le avisa para que ejerza su contradictorio, esto debido a que el derecho como ciencia social es dinámico y tiene muchas manifestaciones en la realidad, con lo cual no se puede estaticar en un proceso o en teorías.

Según Ortells Ramos, lo entiende como la efectiva posibilidad de que toda persona que se halle expuesta a ser afectada en su posición jurídica por una resolución judicial, pueda influir en el contenido de la

154 CARNELUTTI, Francesco, *Lezioni di diritto processuale civile*, Vol. II, Padova: Cedam, 1993, pp. 168-171.

misma, mediante la adquisición de los conocimientos de los materiales en los que han de fundarse la toma de postura respecto a los mismos y su participación en la introducción del proceso de esos materiales.

2. RELACIÓN ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS Y PRINCIPIOS RELACIONADOS AL PRINCIPIO DE AUDIENCIA

Desde un primer momento hay que delimitar que la constitucionalización del proceso tuvo como resultado –a nuestra concepción– una comprensión *abstracta* y una *concreta* de cada derecho y principio rector ligado a la tutela jurisdiccional; es así que mientras la comprensión *abstracta* tiene como resultado un impacto disipado a todo el proceso de cada derecho o principio; la comprensión *concreta* tiene como resultado la delimitación sustancial de cada derecho o principio, al núcleo duro de cada derecho. Así como la concepción de que todo derecho y principio se justifican en su búsqueda a la decisión justa.

Por ejemplo, podemos ilustrarlo en la relación del derecho de defensa con el de prueba. Donde el núcleo duro del derecho de defensa es la posibilidad de defenderse tanto uno mismo o mediante un letrado del derecho, mientras que su parte *abstracta* llega hasta el derecho de la prueba; sin embargo, si bien puede entenderse como este último dentro de derecho de defensa, cada uno tiene su propio núcleo duro pero se vinculan por su profundización en la totalidad del proceso. Entonces hablamos de una relación de implicación polar entre el derecho de defensa y el derecho de prueba.

Ahora bien, así entendido el proceso, cabe aquí definir al derecho de contradicción¹⁵⁵ como la afirmación de derecho de acción¹⁵⁶. Donde la parte *abstracta* de cada uno se expresa en el conocimiento que debe realizarse a la parte demandada del proceso a llevar.

Sin embargo, cabría resaltar la relación del derecho de contradicción con el derecho de defensa¹⁵⁷. Y es aquí donde cabe concluir

155 Derecho de contradicción como posibilidad legítima de otorgar la igualdad de condiciones a las partes y de permitir expresarse al demandado.

156 Derecho de acción como posibilidad legítima de poder recurrir a los órganos jurisdiccionales sin que se nos pongan obstáculos injustificados.

157 Derecho de defensa como posibilidad legítima defenderse personalmente y a ser asistido por un defensor de su elección.

si el derecho de contradictorio debe ser parte o no de los derechos reconocidos por la ciencia Jurídica.

Pese a la confusión que puede existir, encontramos su parte abstracta relacional en el deber que tiene el juez de tener en cuenta la expresión de la parte demandada. Es decir, que todo argumento, acción, etc. de la parte demandada debe ser considerada por el juez. Parte *abstracta* que se comparte con la del derecho a la prueba.

Ahora bien, podemos ilustrarnos desde una *pirámide de valores procesales* (desde una concepción estructural del proceso) podemos encimar a la tutela jurisdiccional efectiva, garantía de garantías, derecho fundamental formal. Y en una segunda categoría podemos delimitar tres etapas: acceso a la justicia, debido proceso y ejecución de la sentencia. Es aquí donde vienen a concretarse los principios, los cuales sirven de respaldo de los diferentes derechos. Éstos los podemos distribuir en una tercera categoría, donde encontramos que estos se relacionan con los demás en un proceso de implicación polar.

Concluimos que el principio de audiencia lo situamos en la etapa del “debido proceso”. Mientras que el derecho al contradictorio lo situamos en la tercera categoría. Se debe diferenciar principio de derecho, principio repercute como una vinculación estrecha a la tutela jurisdiccional efectiva en busca de una tutela jurisdiccional diferenciada. Mientras que los derechos delimitan su accionar al respeto de acciones concretas, que –como ya hemos mencionado– tienen su respaldo en los principios.

III. INCIDENCIA DEL CONTRADICTORIO EN EL PROCESO CIVIL PERUANO

Estudiar la incidencia del principio de contradicción en el proceso civil peruano, nos lleva a analizar qué tanta repercusión e implicancia tiene dicho principio en las decisiones de tipo judicial, las cuales han de ser el producto de la participación del juez y de las partes, en razón de que esta interacción sea el claro reflejo de que el proceso en nuestro país, no se desarrolla de manera unilateral, es decir, dando un poder total y absoluto al juez, sino que todos los sujetos actúan por igual.

Asimismo, tal incidencia nos conduce a diferentes momentos e instrumentos de nuestro proceso civil, es por ello, y por el afán de conocer más sobre el tema, que los abordaremos y desarrollaremos a lo

largo de este trabajo, considerando para ello a las pruebas de oficio, las medidas cautelares, la nulidad de oficio y la dimensión del *iura novit curia*.

1. INCIDENCIA DEL CONTRADICTORIO EN LA PRUEBA DE OFICIO

Para indicar la incidencia del principio de contradicción en las pruebas de oficio, resulta necesario tener una noción y conceptualización clara de este último.

1.1. PRUEBA DE OFICIO

La prueba de oficio, no es una obligación, sino es discrecionalidad del juez; sin embargo esto no impide que las partes participen del mismo.

“El poder-deber de decretar pruebas de oficio, para averiguar la verdad de los hechos controvertidos, si bien es una ideología, ha surgido de la necesidad, como ya se dijo, de poder mostrar a la población algún criterio atendible sobre el cual se pueda afirmar que la decisión es justa, y uno de esos ingredientes es que se construya sobre la verdad.

En tanto, el juez es un representante de la sociedad, y tiene que encarnar las mismas necesidades de esta; y una de ellas es la información, saber qué pasó, que sucedió realmente para poder orientar su proceso cognitivo”¹⁵⁸.

2. MEDIDA CAUTELAR

Al definir el término medida cautelar, la lengua española decidió explicar por separado cada vocablo. Por consiguiente, la palabra “medida” se puede entender como disposición (medio para ejecutar un propósito, o evitar un mal) o prevención (preparación que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o servir para un fin). Así mismo, la palabra “cautelar”, tiene como significado prevenir o precaver con anticipación lo necesario para un fin.

Por ende, desde una perspectiva semántica, se sostiene que la frase nominal medida cautelar, es una expresión pleonástica.

158 Cfr. PARRA QUIJANO, Jairo, *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá: Temis S.A., 2004.

Con respecto a lo antes mencionado, Ramiro Podetti señala: “Si buscamos su nombre en la pretensión, tendríamos que designarlas como acciones cautelares; si en las formas de sustanciarlas, tendríamos que llamarlas procesos o procedimientos cautelares, y si por la resolución, sentencias o decisiones cautelares. Pero, con ninguna de esas designaciones se logra una idea integral de la institución”.

Autores como Chioyenda, Raúl Martínez Boto, Mauricio Ottolenghi y Juan Monroy Gálvez concuerdan que la noción de medida cautelar se irradia a las diversas disciplinas procesales y se la puede considerar como una institución principal de la teoría cautelar.

3. NULIDAD DE OFICIO

Para hablar de Nulidad de Oficio u Oficio de Nulidad, primero hay que definir que es nulidad. De manera que, se puede decir que nulidad en el derecho, hace referencia a la situación genérica de invalidez del acto jurídico; ya sea por ausencia de consentimiento real, incumplimiento de requisitos formales o ausencia de causa que le da origen.

Es por eso que para que una norma, acto jurídico, acto procesal o acto administrativo sean aceptados como nulos, tienen que tener una declaración de nulidad; en donde dejan de ponerse en práctica sus efectos jurídicos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la nulidad es la sanción más grave que se puede imponer en el acto jurídico.

Ahora bien, el Oficio de Nulidad solo puede suceder cuando se trata de actos administrativos, según lo dictado por el art. 109 y regulado por el art. 202.2 y art. 203.2 de la Ley N° 27444¹⁵⁹.

En cuanto a las personas legitimadas, dicha nulidad solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida, así como lo dictamina el art. 202.1¹⁶⁰ de la citada Ley N° 27444, que a la vez contempla dos exigencias de fondo que son propias de la autoridad para declararlas de invalidez. Por un lado la contravención a la constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, y de otro lado, a que ninguna autoridad administra-

159 Ley N° 27744, Ley que regula el Procedimiento Administrativo General, y que tiene por finalidad dejar sin efecto los pronunciamientos de la Administración Pública.

160 La nulidad de oficio de los actos administrativos puede ser declarada únicamente si se establece un sistema de *numerus clausus*, es decir, cerrado.

tiva podrá dictar una anulación de oficio, sin otorgar anteladamente audiencia al interesado para que pueda presentar sus argumentos a favor de la sostenibilidad con la que se reconoce sus derechos. Y, si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por resolución del mismo funcionario. Siendo el plazo de prescripción para declarar dicha nulidad, en cualquiera de los casos, el de un año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos. La nulidad de oficio puede ser declarada únicamente, siempre que agraven el interés público.

4. PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA*

“ha de encontrarse en la frase, casi podría decirse exabrupto, de un juez que, fatigado por las disposiciones jurídicas del abogado, lo interrumpía exclamando: *Venite ad factum, Curia novit ius*”.

Aun no se tiene la certeza del momento preciso en el que apareció dicho aforismo; sin embargo, con el pasar del tiempo se convirtió en un principio fundamental en el proceso de solución de conflictos. Se encuentra implícito en diversos sistemas jurídicos existentes¹⁶¹.

Se sabe que el principio de contradicción consiste en el derecho que tiene el demandado de oponerse a la parte demandante por medio de pruebas y argumentos que lo podrían absolver del litigio; así mismo, debe tener conocimiento de todas las alegación en relación con los hechos, realizadas por la otra parte o por el mismo órgano jurisdiccional; todo ello hace que el principio de contradicción se haga efectivo.

Tenemos la posición de que ambos principios deben aplicarse idóneamente en el proceso, ninguno debe prevalecer por encima del otro, sino aplicarse conjuntamente. Mientras las partes presentan sus alegatos y todos los medios probatorios para poder obtener determinado beneficio, el juez los debe tomar en cuenta y a partir de ello pronunciarse y emitir la mejor solución para determinado conflicto de intereses con relevancia jurídica, pues este no puede ejercer deliberadamente el poder que le confiere el principio de *iura novit curia*, pues estaríamos ante un órgano jurisdiccional autoritario y arbitra-

161 Cfr. OBANDO BLANCO, V., *El principio iura novit curia: juez y norma jurídica aplicable en el proceso civil peruano*, Lima, 1993.

rio, y definitivamente su creación fue motivada para conseguir fines contrarios a ello.

IV. SU APLICACIÓN EN NUESTRA SOCIEDAD

El proceso de aplicación del derecho al contradictorio iba de la mano a un proceso conjunto, este era el derecho a la acción, que como se ha explicado párrafos arriba el necesario cumplimiento de características en cada uno marcaba la pauta a un debido proceso, no arbitrario y justo.

Sin embargo, su realidad en el país es distinta, debido a que entre los principales problemas sociales y jurídicos que subsisten frente al derecho al contradictorio son las deficiencias que genera el delito de flagrancia en un inicio, y al final los presos sin sentencias.

En el delito de flagrancia, en palabras del fiscal de la Nación, Pablo Sánchez Velarde, es un estado evidente de la comisión de un delito y habilita a la policía a detener a una persona; el fiscal solo cuenta con 24 horas para ponerlo a disposición del juez. El artículo 259° del CPP admite cuatro estados de flagrancia: a) cuando el sujeto está cometiendo el delito (flagrancia propiamente dicha), b) cuando es detenido inmediatamente después de haber cometido el delito (cuasi flagrancia), c) cuando se le encuentra dentro de las 24 horas de producido el delito con los objetos o instrumentos del mismo (presunción legal), y d) por sindicación del testigo o víctima o por videovigilancia (presunción por sindicación).

Es ahí donde determina que la flagrancia y el proceso inmediato generan una respuesta positiva al clamor social de justicia y aporta a la seguridad ciudadana. En este sentido, el Ministerio Público está comprometido y atento a los casos de flagrancia.

En este caso, la búsqueda de una justicia eficaz puede resultar en algunas situaciones no idónea por los problemas que puede subsistir, en primer lugar, por las mismas deficientes condiciones que la policía se encuentra, lo que podría generar confusiones o negligencias al momento de efectuar el arresto, esto lo rectifica el presidente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, Jonny Cáceres, quien indicó que pese a la efectividad de la normativa son pocos los recursos económicos y humanos para cubrir el proceso. Sólo en Arequipa, el 70% de audiencias son por el delito de peligro común. Entre enero y agosto se presentaron unas 263 denuncias de este tipo; asimismo,

en caso de confusión, una persona puede terminar presa sin ser el verdadero responsable, o en el peor de los casos, ser metido preso sin una sentencia.

Esto conlleva a una realidad que las cárceles del Perú viven día a día: presos sin sentencia; así, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) publicó su Primer Censo Nacional Penitenciario, que revelan interesantes datos sobre la realidad en las cárceles del país, que actualmente albergan más de 77 mil presos donde al año 2016, el 48,7% de internos del país ha sido sentenciado, mientras que un 51,3% está siendo procesado. Eso quiere decir que más de 39 mil internos no tienen clara su situación jurídica.

Desde ahí vemos, que más que un problema en la función del derecho penal –o en caso concreto en el derecho procesal penal–, la respuesta inmediata frente a estos problemas es que en el ejercicio del derecho al contradictorio, que como hemos proyectado es un derecho fundamental, no cabría la posibilidad de que este se postergue sino todo lo contrario, este debe ser protegido en base a medidas claves para la solución, estrategias que conlleve a una respuesta efectiva de la justicia, tanto en términos económicos y sociales, de forma que el ciudadano espere aquella seguridad jurídica que le respalde que la administración de justicia por el Estado será efectiva y legítima, algo que como hemos explicado sufre de varias deficiencias; solo así la justicia en el país no solo será un marco de regulación, sino un valor reconocido –por fin– dentro del debido proceso de que todo peruano tiene derecho: el derecho a la justicia.

“El acceso a la justicia se encuentra reconocido por nuestra constitución y constituye un derecho humano de tercera generación. Se dirige a aliviar los impedimentos que originan que el sujeto de derecho acceda a la jurisdicción, entre otros temas, la pobreza legal que sufren los ciudadanos, los costos del proceso, que involucran la fuente de barreras para que el ciudadano acceda a la justicia.

De acuerdo a la doctrina y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, el derecho de acceso a la justicia es una norma *jus cogens* que genera la obligación en los Estados de adoptar las medidas necesarias para hacerlo efectivo.

El acceso a la justicia es un derecho que permite hacer efectivos otros derechos que han sido vulnerados o que deben ser reconocidos a quienes acuden ante el sistema de justicia para solucionar sus

conflictos jurídicos. Asimismo, el derecho de acceso a la justicia se configura como una garantía del derecho de igualdad en la medida que supone que los Estados deben asegurar que todos los ciudadanos tengan igualdad de oportunidades, y hagan efectivo su derecho sin sufrir discriminación alguna de por medio¹⁶².

“Los acercamientos al tema de la pobreza, desde el punto de vista del derecho, generalmente se agotan en la vinculación existente entre pobreza y acceso a la formalidad, por un lado, y legislación e ineficiencia del Poder Judicial (lentitud, burocracia, corrupción), por el otro. Pocos trabajos existen que incidan en los efectos que tiene la pobreza en el acceso a la administración de justicia como mecanismo de protección, ejercicio y adquisición de derechos. (...) el divorcio entre la legislación y la realidad puede tener múltiples causas y la pobreza es una de ellas, en tanto el acceso a los medios que otorga el Estado para el ejercicio y protección de los derechos requiere que el justiciable incurra en numerosos gastos¹⁶³.”

En ese mismo contexto, el estímulo a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como la conciliación o la negociación, que es un componente de muchas de las reformas recientes, es en principio deseable, al menos por las siguientes dos razones: De un lado, permite una cierta reducción de la violencia, ya que genera espacios consensuales y participativos para ventilar litigios, que no tenían antes formas adecuadas de resolución. De otro lado, estos tipos de justicia informal tienen potenciales democráticos pues acercan la justicia a los criterios populares de equidad, y en algunas ocasiones son procesos participativos, que restituyen a las personas y a las comunidades la capacidad de resolver sus propias controversias, dado que, en general, las decisiones se fundan en el asentimiento de las partes involucradas.

“La crítica interna del énfasis neoliberal de los programas de justicia debe empezar, por tanto, por señalar esta tensión y la asimetría existente en su interior entre los elementos facilitadores del mercado y los elementos de legitimación del Estado de derecho. El descalabro

162 PARIAHUACHE JULCAHUANGA, Juan, “El auxilio judicial y el acceso a la justicia en el Perú” [en línea]. Disponible en: <www.monografias.com>.

163 GALVÁN PAREJA, Gustavo y Víctor ÁLVAREZ PÉREZ, “Pobreza y Administración de Justicia”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas*, Año V, Nº 15, Lima: UNMSM, 2000, p. 101.

económico de Argentina y la escalada de la crisis social y desacele-
ramiento económico en Perú han puesto en evidencia los peligros de
una agenda de reforma institucional, de prioridad a mecanismos de
inclusión social (v.gr., acceso igualitario a la justicia) y de protección
eficaz de las garantías individuales (v.gr., el respeto del derecho a
libertad física y al debido proceso).

El desbalance al interior del Estado de derecho generado por la
visión neoliberal de la justicia ha sido ampliamente documentado por
estudios empíricos sobre el funcionamiento del sistema judicial¹⁶⁴.

“La defensa a ultranza del Estado mínimo y del respeto radical
a la propiedad es pues insostenible filosóficamente, pues implica la
aceptación de situaciones que afectan gravemente la libertad real y
la dignidad de las personas. Y es que, desde el punto de vista ético,
no se necesita discutir mucho para concluir que sin la satisfacción
de unos mínimos sociales a todas las personas, no sólo no logra pro-
tegerse la dignidad humana sino que incluso la libertad real de los
individuos y la deliberación democrática colectiva se ven afectadas.
En efecto, ¿quién puede razonablemente negar que la falta de alimen-
tación, salud, vivienda o educación afecta la dignidad humana, y por
ende disminuye la capacidad de las personas para ser libres y poder
operar como ciudadanos autónomos? Como lo señaló Rousseau hace
más de doscientos años, el ejercicio de la libertad democrática supone
un mínimo de igualdad fáctica, a fin de que ‘ningún ciudadano sea
suficientemente opulento como para comprar a otro, ni ninguno tan
pobre como para ser obligado a venderse’. O, por recordar un autor
que suele ser atractivo a los neoliberales, el propio Adam Smith seña-
ló –en el Capítulo II del Libro V de La riqueza de las naciones– que la
satisfacción de ciertas necesidades es indispensable no sólo para ase-
gurar la supervivencia física de las personas sino también para que
éstas tengan la ‘capacidad de aparecer en público sin sonrojarse’¹⁶⁵.

El “problema generado por el énfasis neoliberal en los progra-
mas sobre administración de justicia es la *inequidad*. La obsesión con

164 RODRÍGUEZ, César y Rodrigo UPRIMNY, “Justicia para todos o seguridad para el mercado”,
en: RESTREPO BOTERO, Darío [editor], *La Falacia Neoliberal. Crítica y Alternativas*,
Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2003, pp. 437-438.

165 PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo; Rodrigo UPRIMNY YEPES y César RODRÍGUEZ GARAVITO,
Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas,
Bogotá: IDEP, 2007, pp. 12-13.

la eficiencia de la justicia medida exclusivamente en términos del balance entre oferta y demanda –esto es, en la evacuación de los procesos pendientes en los juzgados– ha dejado de lado otra preocupación igualmente importante, que mencionamos líneas atrás: ¿quiénes son los beneficiarios principales de la justicia?, ¿qué actores o grupos sociales tienen acceso a la justicia y por tanto pueden aprovechar las ventajas de una justicia eficiente?”¹⁶⁶. Por eso, “la pobreza coloca a la persona en una situación de indefensión y de alta vulnerabilidad, afectando no sólo su condición de individuo sino también su patrimonio.

Por ello, se torna insuficiente que la legislación confiera un sin número de derechos a las personas, si el Estado no se preocupa además porque esos derechos sean reconocidos en la práctica y porque la pobreza no se constituya en una barrera que impida acceder al sistema de administración de justicia.

Por lo tanto, la pobreza como obstáculo para el acceso a la administración de justicia, no sólo impide defender y ejercitar los derechos, generando, en consecuencia, su pérdida, sino que también dificulta su adquisición, constituyéndose así en una barrera para que el individuo pueda mejorar sus condiciones de vida.

De allí la importancia de aproximarnos al tema no sólo desde el punto de vista estrictamente jurídico, con el que se inicia este trabajo, sino también desde los puntos de vista económico y social, toda vez que en ellos encontramos elementos que permiten realizar una aproximación integral al tema. (...)

La pobreza se manifiesta por la imposibilidad de quienes la padecen de satisfacer necesidades básicas de diversas características, en el contexto de una sociedad. Estas necesidades pueden ser de diverso tipo: alimentación, educación, vivienda, salud, recreación y cultura. La existencia de situaciones de carencia constituye un factor generador de un entorno social en el que los individuos se ven obligados a batallar por satisfacer sus necesidades básicas, lo cual puede constituirse en una fuente potencial de conflictos.

En efecto, la lucha cotidiana contra la pobreza y la frustración que se genera en el individuo por las dificultades que atraviesa pue-

166 RODRÍGUEZ, César y Rodrigo UPRIMNY, “¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia y en América Latina” [en línea], p. 18.

den constituirse en fuente de conductas antisociales, las que se incrementan por la existencia de situaciones de indefensión, constituidas por la falta de medios de quienes sufren perjuicios o agresiones, para acceder a soluciones acordes al derecho.

De hecho, la falta de medios del individuo para acceder a la administración de justicia es una causa generadora de indefensión y, a su vez, promueve la continuidad de situaciones violatorias de derechos estimuladas por la impunidad.

La relación existente entre la pobreza y el surgimiento de conflictos se vincula además con el acceso a la administración de la justicia, en cuanto tales conflictos aumentan el volumen de trabajo de los órganos jurisdiccionales, incrementando sus costos y haciendo cada vez más ineficiente el aparato jurisdiccional, lo cual, finalmente, incrementa las dificultades para acceder a la protección que debe otorgar la administración de justicia¹⁶⁷.

“Como en otros países de América Latina, en el Perú existen marcadas barreras que impiden acceder a la justicia a la mayoría de la población, siendo quizás una diferencia importante el alto porcentaje de ciudadanos que terminan en condición de indefensión.

Aunque varias de estas barreras reflejan problemas estructurales, sin embargo, podrían enfrentarse adecuadamente si las autoridades del Ministerio Público o el Poder Judicial fueran conscientes de que son situaciones injustas o anormales, que pueden o deben ser corregidas.

En la práctica, la mayor parte de abogados, magistrados, fiscales o congresistas terminan habituándose a su existencia, en buena medida porque el estrato social al que pertenecen no se encuentra afectado por dichas limitaciones. Las barreras que vamos a estudiar suelen afectar a las personas cuyos problemas en el Perú no son han sido históricamente tomados en cuenta, aquellos sectores considerados excluidos.

Por ello, ni la administración de justicia (ni el sistema de salud, ni el aparato educativo) reciben mayor presión para las reformas que permitirían superarlas. Por todo ello, la barrera más difícil de franquear no tiene carácter estructural, sino subjetivo: es la barrera men-

167 PARIAHUACHE JULCAHUANGA, Juan, “El auxilio judicial y el acceso a la justicia en el Perú” [en línea]. Disponible en: <www.monografias.com>.

tal que impide a quienes podrían enfrentar esta problemática sensibilizarse al respecto. (...)

Mecanismos como la Justicia de Paz o la justicia comunitaria son positivos, pero tienen limitaciones para abordar las necesidades de justicia de toda la población. Por ello, considerar el acceso a la justicia debería ser una prioridad en toda política de reforma del Poder Judicial.

Para plantear cambios, deberá también enfrentarse la mentalidad conservadora de algunos magistrados ante las normas, que ha generado la percepción que no es posible modificarlas, especialmente entre quienes consideran que las normas no deben cuestionarse, sino simplemente aplicarse. En realidad, deberían pensar que la norma es una creación histórica, que puede ser modificada si existe la voluntad política para ello. Promover esa voluntad es la mejor forma en que se puede llegar a construir la justicia en nuestro país¹⁶⁸.

V. CONCLUSIONES

1. El principio de audiencia al ser de suma importancia no puede quedar reducido a ser solo una “cosa de partes” o a que el juez sea en el encargado de todo en dicho proceso ya que el juez o las partes nunca están solos, porque el proceso no es el discurso de uno, por el contrario debe haber dialogo, cambio de ideas, opiniones, ataques, contraataques. El principio de audiencia para no tener debilidades y ser sólido y firme, debería de realizarse con una participación igualitaria y activa, tanto como las partes que están en conflicto y el juez, el cual debe tener una participación activa, también debería de ser más dinámico y no debe limitarse a ser una simple voz.
2. El principio de audiencia como parte de la evolución ocupa esta parte en su etapa constitucional como un sistema con dos variantes: una débil y otra fuerte en la cual la del sentido débil el juez solo es un espectador de partes en cambio a diferencia de la fuerte en la cual toma importancia activa en el proceso, este principio se basa también a que no es posible un conocimiento completo de los hechos si no se escucha a ambas partes, tradicio-

168 ARDITO VEGA, Wilfredo, “Perú: Acceso a la justicia en el Perú” [sitio Web]. Disponible en: <www.servindi.org>.

nalmente no existía este principio como en el sistema inquisitivo, este triunfo del derecho es una alegría para el proceso y para los individuos de la sociedad.

3. Sus elementos son los mismos de la acción, como lo son que sea abstracto: porque no depende de un derecho material para su ejercicio, autónomo: es propio de la persona. Antes se pensaba que se necesitaba de un derecho objetivo para su realización pero con el devenir del tiempo ha quedado la teoría abstracta como la prevaleciente. Solo se espera que el juez no sea un procedimentalista (que solo se limita a las normas) sino que sea un procesalista (que se basa e interpreta y crea normas utilizando su criterio especial).
4. El principio de audiencia se “legitima” desde una perspectiva constitucional del proceso, como un principio que busca conjugar con los demás principios que rigen el proceso en busca de un accionar directo para materializar la tutela jurisdiccional efectiva.
5. El derecho al contradictorio se limita a ejecutarse como un mero derecho, cumple funciones estrictas identificadas con sí mismo. Es por ello que su respaldo más estrecho son los principios, y según la *pirámide de valores procesales* está vinculado al “debido proceso”.
6. Las pruebas de oficio ayudan a resolver las dudas del juez y así estos pueden dictaminar sentencias con mayor seguridad y certeza. Sabemos que estas pruebas no son indispensables para la resolución de los conflictos; parten de la iniciativa del juez. Ello no afecta el principio de Contradicción, ya que las partes previamente han proporcionado sus pruebas y alegatos, sin afectárseles ningún derecho.
7. El poder jurisdiccional que recae sobre el juez no puede ser absoluto, este tiene como límite al “Contradictorio”, ya que el juez al sentenciar, no lo hace por cuenta propia, sino que tiene la obligación de motivar su sentencia en base a los argumentos y pruebas que presenten las partes, de esta manera el principio de contradicción se hace efectiva. Es así que ambos principios deben aplicarse de manera conjunta para que se hable de un debido proceso propiamente dicho.

8. La medidas cautelares sirven de manera accesoria al proceso principal, pues la sentencia emitida debe hacerse concreta, en caso no se quiera obedecer los dictaminado por el juez, estas entran a tallar, y tienen la función de hacer efectiva la decisión del juez.
9. No resulta legal que la autoridad administrativa declare la nulidad de sus propios actos cuando no concurren a cabalidad todos los presupuestos que señalan las normas precitadas, máxime si existe una presunción de legalidad del acto administrativo, cuya finalidad es otorgar un máximo de seguridad jurídica, teniendo como límite el interés público; es decir, solo cabe declarar la nulidad cuando se agravie aquel interés que debe primar sobre el interés particular, y respetando claro está, el debido procedimiento administrativo.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

- CARNELUTTI, Francesco, *Lezioni di diritto processuale civile*, Vol. II, Padova: Cedam, 1993.
- GALVÁN PAREJA, Gustavo y Víctor ÁLVAREZ PÉREZ, "Pobreza y Administración de Justicia", en: *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas*, Año V, N° 15, Lima: UNMSM, 2000.
- OBANDO BLANCO, V., *El principio iura novit curia: juez y norma jurídica aplicable en el proceso civil peruano*, Lima, 1993.
- PARRA QUIJANO, Jairo, *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá: Temis S.A., 2004.

REVISTAS:

- RODRÍGUEZ, César y Rodrigo UPRIMNY, "Justicia para todos o seguridad para el mercado", en: RESTREPO BOTERO, Darío [editor], *La Falacia Neoliberal. Crítica y Alternativas*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2003.

ARTÍCULOS DE INTERNET

- ARDITO VEGA, Wilfredo, "Perú: Acceso a la justicia en el Perú" [sitio Web]. Disponible en: <www.servindi.org>.

- PARIAHUACHE JULCAHUANGA, Juan, “El auxilio judicial y el acceso a la justicia en el Perú” [en línea]. Disponible en: <www.monografias.com>.
- PARIAHUACHE JULCAHUANGA, Juan, “El auxilio judicial y el acceso a la justicia en el Perú” [en línea]. Disponible en: <www.monografias.com>.
- PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo; Rodrigo UPRIMNY YEPES y César RODRÍGUEZ GARAVITO, *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá: IDEP, 2007.
- RODRÍGUEZ, César y Rodrigo UPRIMNY, “¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia y en América Latina” [en línea].

LEGISLACIÓN

- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José).
- LEY N° 27744, Ley que regula el Procedimiento Administrativo General.