

JUAN MONROY GÁLVEZ

INTRODUCCIÓN AL PROCESO CIVIL

TOMO I

TEMIS

ESTUDIO
DE BELLAUNDE & MONROY
ABOGADOS

INTRODUCCIÓN AL PROCESO CIVIL

Juan Monroy Gálvez

CAPÍTULO IV

LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO Y DEL PROCEDIMIENTO

30. APUNTES SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Una manera de idealizar el derecho es decir que es una ciencia de conceptos precisos, estructurados sobre la base de un sistema que los ubica en el ámbito adecuado, situación que a su vez permite utilizarlos para expresar exactamente lo que el emisor desea y comunicar al receptor con fidelidad el mensaje o dato.

Esto es, más o menos, lo que cierta concepción del pensamiento jurídico ha pretendido, históricamente, hacer del derecho, esto es, entenderlo como una ciencia formal elaborada sobre la base de abstracciones, cuyo punto de partida ideal son hipótesis, las que posteriormente deben ser verificadas al ser contrastadas con la realidad, a fin de ser asimiladas o descartadas del quehacer científico.

Sin embargo, un hexágono -en tanto cumpla con su hipótesis de creación básica- será siempre un hexágono, con independencia de su tamaño, color, belleza o utilidad. Por eso, la geometría es una ciencia formal. En cambio, un acuerdo de varias personas para concretar un objetivo común es, jurídicamente, la esencia de un contrato de sociedad. Sin embargo, atendiendo a la naturaleza del acuerdo, considerando si el objetivo común es obtener lucro o no, evaluando si este mismo objetivo es lícito o no, estimando el grado de formalización que el acuerdo alcance, en suma, apreciando estas y otras "pequeñas variantes", es perfectamente posible que este mismo acuerdo no sea un contrato de sociedad, a pesar de mantener su esencia. Hay un sinnúmero de modificaciones que pueden determinar su transformación a figuras jurídicas distintas sin necesidad de afectar su núcleo.

A pesar de ello, nadie podría asegurar que no se producirá una discusión académica interminable sobre la naturaleza jurídica de la figura que ha aparecido, inclusive si sigue siendo contrato de sociedad o ya no. Lo expresado significa que los temas del derecho son abruptos, complejos, densos y, sobre todo, opinables.

Sin embargo, el jurista necesita apoyarse en categorías o conceptos básicos para desarrollar su investigación, para hacerla siquiera verosímil.

Para ello parece importante advertirle que sea conciente de que tal construcción se elabora comúnmente sobre bases precarias. Veamos cuáles son.

En algún momento del desarrollo histórico del derecho, se consideró que su estudio no era otra cosa que la búsqueda de las verdades divinas, las que se supone permanecían inmutables en un mundo superior, del cual había que extraerlas por medio de la razón, en tanto fuera posible. San Agustín y después Santo Tomás mejoraron la idea y consideraron que, en efecto, hay tres clases de leyes: una ley eterna que es la que

gobierna todo en tanto es voluntad de Dios, una ley natural que reside en la conciencia del hombre en tanto este es partícipe del quehacer divino y una ley humana que está referida a las relaciones terrenas o mundanas.

Esta concepción se completa con otras afirmaciones adscritas al mismo pensamiento. Así, se dice que la ley eterna no es pasible de conocimiento por el hombre, pero este sí puede acceder a la ley natural a través de la razón. Por otro lado, la ley humana es precisamente el producto de la aplicación de la ley natural a la vida en sociedad.

Estas tesis, expresiones de la influencia del derecho romano sobre el pensamiento de los doctores de la Iglesia, constituyen la matriz de la que se nutren los desarrollos posteriores del derecho occidental europeo. Es aquí donde se aprecia la búsqueda de métodos tendentes a encontrar cierto número de conceptos o ideas centrales, fijas, inmutables, que sirvan de base para la construcción de un sistema jurídico.

Sin embargo, el hecho de que el fenómeno jurídico no sea otra cosa que una especie del fenómeno social, ha determinado que todos los esfuerzos -inclusive los contemporáneos- por diseñar un sistema jurídico sobre la base de cierto número de categorías básicas de aceptación universal hayan fracasado.

Si el fenómeno jurídico es un fenómeno social específico, entonces es natural que la norma jurídica solo sea una especie de la norma social. Siendo así, participa de toda su sensibilidad, por tanto, es variable en el tiempo y en el espacio. Asimismo, su aceptación o reconocimiento en una comunidad admite todos los matices. Así, los motivos de la elaboración de una norma jurídica son distintos a los motivos que -mucho tiempo después- se tienen para pedir su aplicación. Y, para hacer extremo el ejemplo, no sería de extrañar que fuesen otros los motivos que tuviera el juez para aplicarla o no al caso concreto en otro momento histórico determinado.

Tomemos como ejemplo un concepto utilizado en los códigos más importantes de nuestro ordenamiento jurídico y de cualquiera que reconozca como antecedente al sistema romano-germano-canónico-francés: el orden público. Tal vez la idea más exacta que podemos tener de él es aquella que tenemos en nuestra mente cuando el concepto no nos es preguntado. Es decir, sabemos qué es hasta que nos lo preguntan. Sin embargo, cuando queremos perfilar sus elementos básicos o distintivos, empieza la discusión, resultando imposible lograr un acuerdo unánime sobre qué es orden público. Inclusive algunos consideran que es un concepto que debería ser eliminado del derecho¹⁰³.

El ejemplo del concepto orden público es de plena aplicación a un importante número de ideas jurídicas prevalecientes en el derecho contemporáneo. Mucho tiempo se ha perdido en buscar proposiciones que constituyan verdades incontrovertibles sobre las que se asiente un determinado desarrollo o concepción del derecho. Inclusive aún se sigue perdiendo tiempo en discusiones originadas en la defensa de una tesis que a su vez se sustenta en un aforismo o principio reconocido y aceptado en la Edad Media -aun cuando jamás ha sido contrastado con la realidad de su época- pero postulado siglos después como verdad definitiva, sin que medie un análisis sobre la diferencia de contextos históricos entre el momento de su génesis y el de su aplicación actual.

¹⁰³ ERNESTO NIETO BLANCO, Teoría de la interpretación de normas, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1960.

Un caso singular está dado por los llamados principios generales del derecho. Se tiene una idea confusa de ellos. Por un lado, suele considerárseles pilares básicos sobre los que se asienta una determinada concepción del Derecho; y por otro, se les considera un desarrollo frustrado de los estudios jurídicos. La discusión se vuelve infinita cuando se quiere identificar cuáles de los postulados tienen la calidad de principios. Aun más, suele no haber el más mínimo consenso cuando se plantea la necesidad de incorporar los principios al ordenamiento positivo o su mantenimiento fuera de él.

Refiriéndose a esta complejidad, PEYRANO y CHIAPPINI afirman:

"(...), las tesis construidas en derredor de los principios generales del derecho no solo suelen estar impregnadas de un subjetivismo reñido con la investigación científica, sino que además sus mentores están animados de un particular espíritu intransigente, contrario a toda conciliación y renuente a cualquier raciocinio que no concuerde con la postura sostenida a ultranza"¹⁰⁴

Los principios generales del derecho no son verdades inmutables e incontrovertibles, originadas en un espíritu superior o en un grupo de sabios indiscutidos, capaces de desafiar la fuerza destructiva del tiempo y, por tanto, de ser edificios victoriosos en medio de las ruinas humeantes de una ciencia que cada día renueva sus contenidos para hacer efectiva su utilidad social. De hecho, los principios apenas son concepciones del derecho que han tenido un importante reconocimiento en un momento histórico determinado, con la suficiente contundencia como para mantener su aceptación relativa en sociedades y tiempos distintos a aquellos en los que tuvieron origen.

Sin embargo, nada de lo dicho garantiza la bondad absoluta de su aplicación y eficacia. IHERING se refería a este rasgo así:

"El tiempo modifica los principios fundamentales igual que cambia las reglas del derecho. Los principios deben necesariamente cambiar porque no constituyen de ningún modo categorías lógicas, sino que son la concentración de reglas materiales, y las reglas cambian con las relaciones. Creer en la inmutabilidad de los principios acredita falta de sentimiento crítico para el estudio de la historia"¹⁰⁵.

Por otro lado, la referencia a los principios no tiene antecedentes considerables en el derecho positivo. En opinión de GARDELLA¹⁰⁶, el reconocimiento normativo de los principios solo data de 1797.

¹⁰⁴ JORGE W. PEYRANO y JULIO O. CHIAPPINI, *Instituciones atípicas en derecho privado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni S.C.C. Editores, 1985, pág. 23.

¹⁰⁵ GIORGIO DEL VECCHIO, *Los principios generales del derecho*. Traducción de Juan Ossorio Morales, Barcelona, Bosch, Casa Editorial S. A., 1979, pág. 100.

¹⁰⁶ "Esa desconfianza hacia el Poder Judicial se mantuvo aún en estados que hacían continua declamación de los principios democráticos que lo animaban, como así también de la necesidad de defender una división de poderes más existente en los papeles que en la realidad. Merece citarse el caso de Francia, en la cual en pleno auge del fervor revolucionario, existía un referéndum legislativo de actuación facultativa cuando los jueces tenían dudas sobre el alcance de un texto legal y de intervención obligatoria cuando se producían contradicciones judiciales" JORGE W. PEYRANO y JULIO O. CHIAPPINI, *Instituciones...*, op. cit., pág. 28).

31. LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

En esta discusión académica por darle a los principios generales del derecho una importancia suprema o un rasgo peyorativo, es donde empieza a descubrirse que atrás de la polémica en torno de qué y cuáles son los principios, está guarnecida no solo la importancia teórica de estos, sino una extraordinaria labor de cobertura de las situaciones límites en las que el derecho -fenómeno social al fin- suele ser atrapado por la realidad sin tener una salida coherente.

Así opina sobre el tema DEL VECCHIO:

"Lo mismo en la esfera del Derecho que en todas las ramas del saber, corresponde, pues, a la reflexión crítica y filosófica esa función de reivindicar y aclarar los presupuestos y principios tácitos, los cuales desaparecen fácilmente bajo el peso de la superestructura del mundo empírico, ya veces parecen perdidos casi por completo. Tal función no responde tan solo a una exigencia puramente teórica, que podemos llamar de justicia cognoscitiva, sino que es necesaria también con objeto de suministrar las normas precisas para los casos particulares y los problemas prácticos; en los cuales alguna que otra vez, y cuando menos se piensa, revélase imperiosamente la urgencia de acudir a una noción o a un principio de carácter general, para resolver una dificultad o para desentrañar la verdadera naturaleza de un fenómeno"⁵.

Y si a pesar de lo dicho la importancia de los principios aparece discutida, adviértase la función trascendente que estos tienen para la actividad realizada por el juez. Esta, como se sabe, consiste en aplicar creativamente categorías jurídicas que orienten y promuevan la vigencia del sistema jurídico, pero con la debida adecuación a las características propias del caso concreto y de los elementos externos que lo rodean. Prácticamente no hay sistema jurídico contemporáneo que no haya acogido la teoría del "deber de fallar", es decir, el ineludible deber que tiene el juez de resolver los casos sometidos a su función jurisdiccional. Sin embargo, recuérdese que tal actividad no siempre tuvo esta imposición. No hace más de dos siglos, si un juez no tenía la certeza de cómo debía resolver, podía no pronunciarse en ningún sentido. Inclusive con el tiempo se deslizó una alternativa. Esta consistió en el derecho del juez de solicitar auxilio al poder legislativo, cuando se encontrara con un caso que consideraba no previsto en la legislación vigente.

La necesidad de justicia y de seguridad jurídica de la sociedad y, sobre todo, el propósito de concretar la independencia del poder judicial⁶, impusieron al juez la exigencia de resolver sin ningún elemento externo a su voluntad. Precisamente, la regulación normativa del "deber de fallar" significó proveer al juez de herramientas jurídicas que suplieran los vacíos o deficiencias normativas, pues uno de esos remedios para el juez o el intérprete en general son los principios generales del derecho.

Por otro lado, una de las frustraciones eternas de los juristas consiste en tener que admitir que no hay posibilidad de regular en forma completa todas las situaciones que en la realidad se pueden producir. Y aun en la hipótesis negada de que tal encargo se lograra, el jurista es conciente de que muy prontamente el cambio social convertirá el logro obtenido en una nueva frustración, tal vez más profunda. Por esta razón, es imprescindible contar con medios que alienten, que impelan a analizar (actualizar) la norma positiva en la perspectiva del tiempo transcurrido desde que se expidió hasta el momento en que se va a aplicar.

Entre estos medios reconstituyentes y actualizados del derecho positivo, se cuentan los principios generales del derecho, los que actúan como "organismo respiratorio", según la frase de POLACCO recordada por DEL VECCHIO¹⁰⁷.

Un tema inconcluso sobre los principios generales del derecho es su ubicación en el sistema jurídico. Para algunos son categorías abstractas que reposan fuera del derecho positivo, inclusive las califican como expresión trascendente del llamado derecho natural. Otros, manteniéndolos fuera del derecho positivo, consideran que son producto del decantamiento histórico del pensamiento jurídico. Estiman que se trata de aquellas ideas superiores, inmanentes y fijas más allá del devenir de la dinámica social. Una variante la asumen quienes consideran que son un producto científico del derecho, es decir, es lo que queda de los avances en la doctrina y la jurisprudencia universales. Esta función de los principios como fuente supletoria del derecho pero sin reconocimiento en el derecho positivo es compartida, entre otros, por DIEZ PICAZO¹⁰⁸.

Otro sector considera que los principios están incorporados a la norma positiva, siendo inmanentes al derecho concretizado en la norma objetiva, razón por la cual lo que se requiere es una interpretación de ella para descubrirlos, por lo menos en aquellos casos en que no sean evidentes. La tesis se sustenta en el hecho que un sistema normativo es completo y armónico en sí mismo, por tanto, no es factible considerar que tiene lagunas. Esta concepción privilegia un principio llamado también "norma de clausura", que tiene como función esencial integrar el sistema. La norma es: "todo lo que no está prohibido, está permitido".

También es un tema discutido -desde una óptica prospectiva- precisar si los principios deben estar regulados, o simplemente es suficiente que se reputa necesario que tengan reconocimiento como ideas jurídicas trascendentes. Nos parece que los principios no solo no tienen necesidad de estar incorporados al derecho positivo, sino que además se debilita considerablemente su función integradora y enriquecedora del sistema jurídico, si se exige como cuestión previa su reconocimiento en el derecho positivo.

Ahora bien, una última discusión sobre el tema es si solo existen los principios del derecho generales o es posible admitir la existencia de principios específicos orientadores de una determinada disciplina jurídica. Nosotros consideramos que en este tema se ha construido artificialmente una polémica innecesaria. Los principios generales del derecho orientan e informan todo el derecho, sin embargo, tal calidad no obsta para que haya otros de distinto alcance, en tanto son líneas vectoriales y explicativas de las tendencias o posiciones de las diversas disciplinas que conforman el conjunto de las ciencias jurídicas.

¹⁰⁷ "La vida de ese organismo tiene como condición, según dijimos, una cierta posibilidad de renovarse, lo cual se facilita por la presencia en él de un "organismo respiratorio" -según la acertada metáfora de POLACCO-, o sea, de conceptos capaces de asumir en la unidad de su propia significación, un contenido empíricamente variable. Tales conceptos, que otros han llamado "conceptos válvulas" (WURZEL), y también "órganos de adaptación" (DONATI), sirven precisamente para mantener el necesario equilibrio (no estático, sino dinámico), entre el sistema jurídico y los elementos que lo rodean. Así como nuestro legislador no ha definido, por ejemplo, el concepto de "buenas costumbres" o el de "orden público", sino que se ha limitado a referirse a ellos *sic et simpliciter*, dándoles premeditadamente cierta elasticidad (oo.)" (GIORGIO DEL VECCHIO, op. cit., pág. 128).

¹⁰⁸ "Cuando hablamos, pues, de "principios generales del derecho" estamos haciendo referencia a estos criterios no legislados ni consuetudinarios mediante los cuales debemos integrar las lagunas de la ley y de los cuales debemos servirnos para llevar a cabo la labor de interpretación de las leyes" (LUIS DIEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1975, pág. 202).

Finalmente, los principios generales del derecho pueden ser extralegales, pero en ningún caso son extrajurídicos. Siendo así, se trata de fenómenos jurídicos que tienen como funciones: crear, interpretar e integrar el sistema jurídico. Ahora bien, tales funciones solo se pueden cumplir en tanto los principios sean normas fundamentales, trascendentes, universales, tópicas, sin que esencialmente sean positivas. Estas funciones son tan importantes para el derecho que su ejercicio no puede dejarse al desgobierno y al caos. Es imprescindible que los mecanismos de generación del derecho se sujeten a pautas objetivas, precisamente esas normas orientadoras y autocreativas están expresadas en los principios generales del derecho. Así lo expresa también HERNÁN VALENCIA RESTREPO¹⁰⁹.

32. LOS PRINCIPIOS PROCESALES

Los principios procesales -expresión monodisciplinaria de los principios generales del derecho ya desarrollados- vistos en su conjunto y al interior de un ordenamiento sirven para describir y sustentar la esencia del proceso, y además poner de manifiesto el sistema procesal por el que el legislador ha optado. Es esta también la razón por la que aparecen en el frontis de un ordenamiento, en su título preliminar. Esta es una opinión que comparte EISNER¹¹⁰. Sin embargo, lo expresado no obsta para reconocer que hay varios principios procesales que podrían no aparecer en un código, pero que sin duda forman parte de la sistemática de este, inclusive de la concepción del proceso que los legisladores han optado.

En definitiva, los principios procesales acogidos en un código son expresiones de una determinada tendencia. A pesar de ello, debe advertirse que su aplicación exige una interpretación reflexiva que trascienda su sentido literal o histórico cada vez que sean utilizados, privilegiándose los valores vigentes en la sociedad al momento de su aplicación. Estamos abogando por la relativización de los conceptos y de los principios procesales. Es indispensable que el juez advierta que los principios son pautas orientadoras de su decisión, en tanto este los somete al cotejo con las necesidades y los intereses sociales al tiempo de su uso.

Proponemos una interpretación creativa de los principios, que los haga concordar con los valores vigentes en la sociedad y en su dinámica en un momento histórico determinado. Un principio procesal acogido en un código será útil en tanto penetre en la

¹⁰⁹ "Las funciones principales persiguen que la creación, interpretación e integración del derecho no se gobierne por los criterios subjetivos -los cuales con demasiada frecuencia pueden ser arbitrarios- del creador, intérprete o integrador sino por patrones objetivos, que son los valores bilaterales vigentes en una sociedad o que deben regir en ella, en los cuales justamente consisten los principios.

"Queda, por tanto, excluida así la posibilidad de que se ejerzan las ramas del poder público (legislativa, ejecutiva, jurisdiccional) con base en opiniones personales o arbitrarias" (HERNÁN VALENCIA RESTREPO, *Nomoárquica, principiAlística jurídica o los principios generales del derecho*, Bogotá, Editorial Temis S. A., 1993, pág. 87).

¹¹⁰ "Estos principios formativos o monitores inspiran las soluciones de los códigos y están obstinadamente reflejados en cada una de las disposiciones normadas. A veces, esos principios son propuestos por el legislador al comenzar su obra codificadora y entonces los encontramos al frente de los cuerpos legales anunciados como portada donde se anticipa que el cuerpo a reglarse se habrá de inspirar en aquellos y seguirá determinados lineamientos. En tal caso tendremos una ordenación reflexiva, conciente y técnica alrededor de las pautas o sistemas" (IsIDoRo EISNER, *Planteos procesales*, Buenos Aires, Editorial La Ley S. A., 1984, pág. 48).

escena misma de la vida, se nutra del drama diario de una comunidad que aspira a ser mejor y, en definitiva, permita al juez decidir en justicia el caso concreto.

Por lo demás, cuando describimos un principio del proceso estamos haciéndolo desde una perspectiva institucional, es el análisis del proceso como fenómeno jurídico. Sin embargo, esta apreciación válida no obsta reconocer que desde la óptica del sujeto de derecho, los mismos principios del proceso suelen ser a su vez derechos básicos de este, regularmente de naturaleza constitucional.

En las siguientes líneas vamos a desarrollar lo que hemos denominado principios del proceso y principios del procedimiento. Los primeros son aquellos indispensables para la existencia de un proceso, sin ellos este carecería de elementos esenciales para ser admitido como tal. Los segundos, en cambio, son los que caracterizan e identifican la presencia de un determinado sistema procesal, en concordancia con lo expresado en el capítulo anterior a propósito precisamente de los sistemas procesales.

33. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO

Como se expresó en el párrafo anterior, estos principios sustentan la esencia de lo que es un proceso judicial, al extremo que su presencia en un ordenamiento procesal es correspondiente con la naturaleza jurídica de este. Veamos cuáles son y en qué consisten, no sin antes advertir que la lista podría no estar completa, atendiendo a los distintos tratamientos que el tema suele recibir.

33.1.- Principio de la exclusividad y obligatoriedad de la función jurisdiccional

No es más que lo que su mismo nombre indica. Nadie puede irrogarse en un Estado de derecho la función de resolver conflictos de intereses con relevancia jurídica, sea en forma privada o por acto propio. Esta actividad le corresponde al Estado a través de sus órganos especializados, este tiene la exclusividad del encargo. El principio significa, además, que si una persona es emplazada por un órgano jurisdiccional, debe someterse necesariamente al proceso instaurado contra él. Es más, para cuando el proceso acabe, dicha persona estará también obligada a cumplir con la decisión que se expida en el proceso del cual formó parte. En cualquiera de ambos casos, ni su actividad ni su omisión podrán liberarla de la obligatoriedad de cumplir con lo que se decida. Podrá ser compelida a ello, por medio del uso de la fuerza estatal.

33.2.- Principio de la independencia de los órganos jurisdiccionales

La única posibilidad de que un órgano jurisdiccional -un juez- pueda cumplir a cabalidad con su función social de resolver conflictos de intereses y procurar la paz social es intentando que su actividad no se vea afectada por ningún otro tipo de poder o elemento extraño que presione o altere su voluntad, es decir, su facultad para decidir.

Si un juez no es soberano en la decisión que debe tomar para resolver un caso concreto, significará que el proceso judicial solo es un pretexto para protocolizar una injusticia, la

que habrá sido obtenida por ese factor externo que pervierte la voluntad del juzgador. De esta manera se expresa DEVIS ECHANDÍA:

"Toda intervención que trate de desviar su criterio en cualquier sentido, peca contra él y hace desvirtuar la esencia misma de su cargo. Por eso nada más oprobioso que la existencia de jueces políticos, de funcionarios al servicio de los gobernantes o de los partidos"¹¹¹.

33.3.- Principio de imparcialidad de los órganos jurisdiccionales

La palabra imparcialidad se origina en el vocablo impartial que significa "que no es parte". En realidad, la etimología es útil para identificar la exigencia de que el órgano jurisdiccional esté absolutamente desafectado respecto de lo que es materia del conflicto de intereses, y también de cualquier relación con quienes participan en él. Aun cuando desde un punto de vista valorativo esta afirmación puede parecer tautológica, resulta obvio que el juez no puede ser parte en el proceso que va a resolver.

Sin embargo, contra lo que se cree, la imparcialidad no solo es una calidad que debe tener el órgano jurisdiccional, sino también impone un deber a todos los que participan en la actividad judicial de proteger tal estado, compromiso que alcanza a las partes interesadas en el conflicto contenido en el proceso judicial. Es jurídicamente punible que alguien intente violentar la imparcialidad del órgano jurisdiccional, sea con propuestas irregulares o de cualquier otra forma.

Precisamente, cuando el principio de imparcialidad se ve afectado luego de iniciado el proceso, las partes o el mismo órgano jurisdiccional pueden resolver el problema pidiendo que el proceso pase a otro órgano o dejando -por decisión propia- de tramitarlo, respectivamente.

33.4.- Principio de contradicción o audiencia bilateral

También se le conoce con el nombre de principio de bilateralidad y, como su nombre lo indica, consiste en que todos los actos del proceso deben realizarse con conocimiento de las partes, aun cuando más específicamente queremos decir que todo acto procesal debe ocurrir con la información previa y oportuna a la parte contraria.

Adviértase que lo trascendente es el conocimiento: la actividad que el notificado o informado realice después de producido el acto informativo puede o no presentarse¹¹². Este es un tema secundario, lo importante es que conoció el acto en el momento oportuno. Esta es la razón por la que el principio en estudio está directamente ligado al objeto de la notificación procesal.

En los estudios procesales contemporáneos, se considera la existencia de un deber del emplazado de comparecer. Es decir, así como toda persona tiene el derecho de recurrir al Estado pidiendo tutela jurisdiccional, también cualquier persona tiene el deber de comparecer cuando, en ejercicio de dicha tutela, otra persona le pide al Estado lo emplace para el inicio de un proceso.

Ante la imposibilidad de regular una sanción personal contra quien no comparece -dado que tal acto importaría una violación a la libertad individual-la doctrina también ha

¹¹¹ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Nociones...*, op. cit., pág. 47.

¹¹² "Lo dicho no quiere significar que haya contradicción actual y presente en absolutamente "todos" los momentos del proceso. Una medida precautoria se ordena "inaudita parte". Pero el debate solo está postergado, vendrá luego y la medida podrá ser impugnada. Mientras tanto el equilibrio lo mantiene la contracautela; luego cabe la apelación contra aquella y por último el debate de fondo sobre la cuestión principal" (ISIDORO EISNER, op. cit., pág. 52).

evolucionado, por eso ahora los ordenamientos procesales modernos han optado porque los mecanismos de sanción de la rebeldía o contumacia sean más enérgicos y, sobre todo, referidos a la situación procesal del emplazado, la que sufre un disvalor cuando este no comparece, a tal extremo que bien puede significar que pierda el proceso.

Este principio es tan esencial al concepto del proceso que prácticamente lo identifica. Así se expresa también EISNER¹¹³. No hay posibilidad de tramitar válidamente un proceso si es que este no consiste en un intercambio de posiciones, fundamentos, medios probatorios, alegatos de los interesados y directamente afectados con lo que se resuelva al final de este. Reiteramos, la idea prevaleciente no es que se produzca en la práctica el contradictorio, sino que las partes tengan el derecho pleno e irrestricto de ejercerlo, en consecuencia, el principio de contradicción es abstracto.

Como resultado directo de este principio, podemos decir que en una sociedad civilizada una sentencia -la decisión que regularmente se expide al final de un proceso judicial- solo produce efecto respecto de las personas que han participado en él ejerciendo sus derechos o pudiendo haberlos ejercido. En concreto, este principio significa que un proceso solo será válido desde su inicio, en tanto el demandado sea emplazado correctamente y se le conceda el tiempo necesario para que conteste la demanda, pruebe, impugne y alegue al igual que el demandante, durante el transcurso de todo el proceso.

Afirmamos que -salvo situaciones excepcionales previstas por la norma procesal- en un proceso un juez no expedirá decisión que afecte a las partes sin antes conocer cuál es la posición de estas al respecto, o por lo menos hasta no haberles concedido la oportunidad de expresarla.

33.5.- Principio de publicidad

Esta vez el concepto público no está tomado en el sentido de difusión, sino simplemente en un sentido contrario a reservado. La actividad procesal es una función pública, en virtud de lo cual, constituye una garantía de su eficacia que los actos que la conforman se realicen en escenarios que permitan la presencia de quien quisiera conocerlos.

El servicio de justicia debe dar muestras permanentes ala comunidad de que su actividad se desenvuelve en un ambiente de claridad y transparencia. Para ello, no hay mejor medio que convertir en actos públicos todas sus actuaciones. Este conocimiento por parte de los justiciables de la actividad judicial, les concede la seguridad de que el servicio se brinda correctamente.

Conviene recordar que esta publicidad no estuvo siempre presente en el proceso civil. Al contrario, se trata de una conquista política respecto del proceso secreto e impositivo que estuvo vigente en la legislación europea de hace algunos siglos. Ciertamente es también que a la fecha su reconocimiento es casi unánime.

El principio de publicidad admite excepciones, las que van a depender menos del proceso y más de la naturaleza de la pretensión que se discute. Así lo expresa MILLAR¹¹⁴ quien siguiendo el criterio germánico encuentra tres clases de publicidad: una general (allgemeine Oeffentlichkeit), una mediata (mittelbare Oeffentlichkeit) y una inmediata (Partteioeffentlichkeit). Es decir, una publicidad para todos, otra para algunos y otra exclusivamente para las partes. Esta última se presenta, por ejemplo, en los casos

¹¹³ "Es decir, que este principio de bilateralidad es quizás el más característico de todo régimen procesal en los países de filiación individualista, democrática y republicana" (ISIDORO EISNER, *ibídem*, pág. 52).

¹¹⁴ ROBERT WYNESS MILLAR, *Los principios formativos del procedimiento civil*, Buenos Aires, EDIAR S. A., Editores, pág. 186.

de divorcio por causal, filiación y en aquellos en los que el juez considere necesaria tal restricción.

El fundamento del principio de publicidad es que el servicio de justicia es un servicio social. Esto significa que lo que ocurre en los tribunales no es de interés exclusivo de los litigantes, sino de la sociedad. Qué se hace para que se resuelvan los conflictos -es decir, cómo se tramitan los procesos- es una información que debe ser conocida por la comunidad. Con tales datos, podrá establecerse una relación de confianza entre los órganos jurisdiccionales y su comunidad.

Precisamente uno de los más graves defectos del servicio de justicia es que su actividad suele ser un rito ininteligible y oscuro para el ciudadano común. De allí a la desconfianza en su funcionamiento solo hay un paso. Por cierto, la publicidad anotada no significa que todos los actos procesales deben estar a disposición del universo de la comunidad, aquella solo debe alcanzar a aquellos aspectos que garantizan la idoneidad de su desarrollo.

Lo expresado tampoco descarta que en sede civil y solo por excepción haya actividades que deban realizarse en privado para garantizar esta vez el honor, el decoro o la intimidad de algunas personas. En estos casos, es pertinente la cita de MILLAR para diferenciar los grados de manifestación del principio de publicidad.

33.6.- Principio de obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley

La norma procesal-expresión concreta del derecho procesal- es de derecho público. Esta afirmación nos conduce a otra que suele ser repetida en los considerandos (fundamentos) de las decisiones judiciales, según la cual las normas procesales son de orden público. Sin embargo, tal aseveración no es rigurosamente exacta. Casi todas las normas procesales contienen prescripciones de obligatorio cumplimiento, pero este rasgo no es absoluto. Hay algunas normas procesales que regulan opciones a efectos de que los interesados decidan la actuación más pertinente a sus intereses, en tal condición no pueden ser de orden público, sin embargo, por tal hecho no dejan de ser normas procesales, es decir, de derecho público.

Entre las normas procesales son ejemplos típicos de aquellas de obligatorio cumplimiento, es decir, imperativas, las que proveen la regulación del procedimiento que se debe seguir para conducir la solución judicial del conflicto a su fin natural o la decisión del juez. Las partes, en el primer caso, no pueden convenir una tramitación -una vía procedimental- distinta a la prevista en la ley procesal, salvo que expresamente y de manera excepcional la misma norma conceda vías alternativas.

33.7.- Principio de la motivación de las resoluciones judiciales

La función jurisdiccional como actividad exclusiva del Estado -específicamente de sus órganos judiciales- es un instrumento de paz y de seguridad social. Sin embargo, una buena parte de sus instituciones judiciales está diseñada para impedir que la autoridad del Estado se convierta en dictadura, es decir, para que los derechos del ciudadano no sean burlados por el ejercicio arbitrario del imperio del Estado en sede judicial.

No hace más de dos siglos, los jueces no estaban obligados a fundamentar sus decisiones, es decir, ejercían su función y resolvían a partir de su intuición de lo justo. Todo el sistema de resolución de conflictos se sustentaba en cuán afinada tuviera un juez su *sindéresis*. Sin embargo, una de las conquistas más importantes, no solo procesales sino del constitucionalismo moderno, ha consistido en la exigencia dirigida al juez en el sentido de que debe fundamentar todas y cada una de sus decisiones, salvo

aquellas que, por su propia naturaleza, son simplemente impulsivas del tránsito procesal.

Una exigencia de este tipo impone a los otros protagonistas del proceso una serie de deberes. Así, las partes deberán sustentar todas las peticiones que formulen, o todas las absoluciones que realicen a los planteamientos de la otra parte. Asimismo, las partes deberán fundamentar los medios impugnatorios que usen, garantizando así un sistema procesal coherente, lógico y racional.

DEVIS ECHANDÍA refiriéndose a este principio afirma:

"De esta manera se evitan arbitrariedades y se permite a las partes usar adecuadamente el derecho de impugnación contra la sentencia para los efectos de la segunda instancia, planteándole al superior las razones legales y jurídicas que desvirtúan los errores que condujeron al juez a su decisión. Porque la resolución de toda sentencia es el resultado de las razones o motivaciones que en ellas se explican"¹¹⁵.

En el caso peruano, la Constitución Política de 1993¹¹⁶ regula este principio.

33.8.- Principio de la cosa juzgada

Si el fin abstracto del proceso es la paz social en justicia, tal encargo solo va a poder ser cumplido cuando las decisiones judiciales no admitan ningún cuestionamiento, es decir, cuando los obligados con ellas las cumplan, sea espontáneamente o a través del uso de la facultad coercitiva del Estado.

Para que los fines del proceso se concreten es indispensable que la decisión final que se obtenga en este sea de exigencia inexorable. Esta calidad de indiscutibilidad y de certeza en su contenido es una autoridad intrínseca que acompaña a las resoluciones judiciales y recibe el nombre de cosa juzgada. Por cierto, no todas las decisiones últimas de un proceso están investidas de la autoridad de la cosa juzgada, esta solo se presenta en aquellas resoluciones en las que haya un pronunciamiento sobre el fondo, es decir, sobre el conflicto que subyace en el proceso.

Sin embargo, es importante hacer una precisión a lo expresado en el párrafo anterior. Hay algunas resoluciones que excepcionalmente adquieren la autoridad de la cosa juzgada, a pesar de no referirse al conflicto de fondo, es decir a la fundabilidad de la pretensión. Nos estamos refiriendo a aquellas decisiones que declaran la improcedencia de la demanda, sustentadas en una infracción procesal (regularmente conectada con la pretensión) que ya no puede ser resarcida por el demandante. Son los casos, por ejemplo, de las resoluciones que declaran fundadas una excepción de prescripción o de cosa juzgada.

Un requisito adicional para que la autoridad de la cosa juzgada acompañe a una resolución es que se presente alguna de estas situaciones: sea que se hayan agotado todos los medios impugnatorios pasibles de ser deducidos contra ella, sea que se trate de una resolución inimpugnable o que haya transcurrido el plazo legal correspondiente sin haberse interpuesto impugnación alguna contra esta. Es decir, es un requisito que la resolución sea última, a pesar de lo cual, anotamos que doctrina reciente no descarta, en determinadas circunstancias, su revisión judicial¹¹⁷.

¹¹⁵ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Nociones...*, op. cit., pág. 66.

¹¹⁶ "Artículo 139.-Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

"5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan".

¹¹⁷ JUAN CARLOS HITIERS, *Revisión de la cosa juzgada*, La Plata, Editora Platense, 1977, pág. 138.

Reiteramos lo expresado a propósito del principio de contradicción, la decisión judicial sobre el fondo solo afecta a quienes han participado en el proceso; solo en casos excepcionales tiene un alcance erga omnes (para todos), como en los procesos sobre patrocinio de intereses difusos, siempre que la decisión sea sobre el fondo y favorable a los demandantes. Esta es la opción tomada por el Código Procesal Civil Peruano¹¹⁸.

34. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO

Como ya se expresó, los principios del procedimiento sirven para describir la naturaleza y contenido de los sistemas procesales civiles que fueron desarrollados en el capítulo anterior. Por esta razón, los principios que a continuación se detallan los hemos dividido atendiendo precisamente a los sistemas procesales ya descritos. Así, se citarán en primer lugar los principios del procedimiento que orientan un sistema privatístico y, posteriormente, los que informan y orientan un sistema publicístico.

Pese a que la afirmación sea reiterativa, no debe olvidarse que la historia del derecho procesal no conoce un solo caso de vigencia real y efectiva de un ordenamiento procesal en el que alguno de los dos sistemas procesales esté presente sin ser afectado por el otro. Como ya se expresó, los sistemas citados no se presentan químicamente puros, lo que suele haber son tendencias más o menos definidas que permiten advertir la primacía de uno sobre otro.

34.1.- Principios del procedimiento que orientan un sistema privatístico

34.1.1. Principio de la iniciativa de parte.

Más allá de sus bondades o defectos, insistimos en que ningún sistema procesal puede ser acogido en su integridad y con exclusión del otro. La máxima de que todo extremo es perjudicial tiene en este caso mucho sentido. Así -sin perjuicio del sistema procesal civil del que se trate-, siempre será indispensable que una persona ejerza su derecho de acción como punto de partida de la actividad jurisdiccional del Estado. Inclusive hay algunas expresiones que a manera de aforismos recorren los estudios procesales, reiterando la necesidad de la actuación particular como punto de partida de un proceso judicial (*nemo iudex sine actore* [no hay juez sin actor] o *wo kein Klager ist, da ist auch kein Richter* [donde no hay demandante, no hay juez]).

Al principio de la iniciativa de parte suele denominársele también en doctrina principio de la demanda privada, para significar la necesidad de que sea una persona distinta al juez quien solicite tutela jurídica.

CARNELUITI se refiere a este principio de la siguiente manera: "(...) la iniciativa de las partes es indispensable no solo para pedir

al juez la providencia, sino también para poner ante su vista los hechos de la causa. "Sin este perro de caza" el juez no llegaría nunca a descubrirlos por sí mismo. Que aún en las rarísimas hipótesis en que podría lograrlo no lo deja la ley obrar por sí, depende no de la consideración de que en los procesos civiles la justicia sea un asunto de las partes, sino de que, si no se pone a su cargo el riesgo de la iniciativa en este terreno, no pueden

¹¹⁸ "Artículo 82.-Patrocinio de intereses difusos. (...) "La sentencia, de no ser recurrida, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado en el proceso".

las partes ser suficientemente estimuladas en su cometido de mediadoras entre los hechos y el juez (...)"¹¹⁹.

A pesar de que hoy sea un asunto del pasado, debe recordarse que el principio de la iniciativa de parte marcó la diferencia sustancial entre los sistemas procesales occidentales (civillaw y common law) y el sistema de los países orientales. En este último se regula, para algunos casos específicos, el inicio del proceso por acto del mismo tribunal, como lo describe CAPPELLEITI¹²⁰.

El Código Procesal Civil peruano¹²¹ acoge el principio estudiado, con algunos agregados que vale la pena destacar. Dentro de una concepción científica pero a la vez clásica del proceso, la norma citada exige que quien ejerza su derecho de acción debe afirmar -no acreditar ni probar, solo afirmar- que tiene interés y legitimidad para obrar. Es decir, debe invocar que su conflicto no tiene otra solución que no sea la intervención del órgano jurisdiccional y, asimismo, que el proceso se va a desarrollar entre las mismas personas que forman parte del conflicto material o real que dio lugar al proceso o entre quienes de ellas deriven sus derechos.

Adviértase que a pesar de la rigidez del principio, la misma norma comentada regula las excepciones a la exigencia de invocar interés y legitimidad para obrar. Sin embargo, en ningún caso las excepciones antes referidas afectan el principio estudiado, cuya solidez no admite dudas.

34.1.2. Principio de la defensa privada.

En estricto, este principio es un complemento del descrito anteriormente. Así como el proceso civil exige como punto de partida un acto del demandante, concretamente la demanda, así también la actitud procesal que vaya a asumir el demandado pertenece a este, con la misma exclusividad que en el caso de la demanda. Nada podrá decir el órgano jurisdiccional en respuesta a la pretensión intentada ante él por el demandante contra el demandado; siempre será este último quien ejerza -si le interesa- su derecho de defensa.

Esta situación se hace más evidente en el caso de una de las formas que toma el derecho de defensa, nos referimos específicamente a la excepción. Esta institución consiste en el alegato del demandado de que la relación procesal que el demandante pretende establecer con él se encuentra viciada. Por razones más ligadas a la tradición que a la utilidad real de las instituciones, se admite pacíficamente que la interposición de una excepción es un acto que le corresponde y pertenece con exclusividad al demandado.

CAPPELLEITI expresa que la necesidad de que la excepción sea planteada por el demandado tiene una tradición secular, cuyo origen la ubica en el derecho italiano-

¹¹⁹ FRANCESCO CARNELUTTI, Estudios de derecho procesal, t. 1, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1952, pág. 95.

¹²⁰ "Esto ocurre, por ejemplo, en la Unión Soviética respecto del proceso ejecutivo: no solo la acción civil ejecutiva, que en los países de la Europa Occidental puede ejercitarse normalmente contra el deudor, solamente a iniciativa del acreedor, puede ser ejercitada, en cambio, también por la Procuración del Estado (Ministerio Público) sin instancia ni participación del acreedor; sino también sin la iniciativa de la Procuración del Estado, o sea de la "parte pública", la ejecución forzada puede ser en algunos casos indicados por la ley, promovida de oficio por el competente tribunal" (MAURO CAPPELLETTI, El proceso..., op. cit., pág. 25).

¹²¹ "Artículo 1º.- Principios de iniciativa de parte y de conducta procesal. El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requiere invocarlos el ministerio público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos.

canónico y en el común. Sin embargo, al momento de sustentar la razón de esta situación, expresa generalidades que no compartimos¹²².

Sin perjuicio de participar de la opinión de quienes consideran que el principio estudiado no es otra cosa que una extensión del principio de la demanda privada, nos parece absurdo continuar creyendo que la idea de mantener la restricción al exclusivo ejercicio privado de una institución como la excepción, impide al juez pronunciarse oficiosamente sobre la validez de una relación procesal o sobre la posibilidad de expedirse un pronunciamiento válido sobre el fondo. Muchas veces la contradictoria evolución del pensamiento procesal se debe a una tendencia muy arraigada en los juristas de rendir culto a la historia antes que a las necesidades sociales.

En el caso del derecho procesal, la opción por la tradición en desmedro de la obtención de justicia es tan dramática como absurda. Si la excepción está ligada a la validez de la relación procesal, entonces el interés de su declaración es más intenso y trascendente que el interés de las partes, por tanto, no hay razón para prohibirle al juez la facultad oficiosa de declarar la invalidez de la relación procesal.

Por cierto, no hay absolutamente ninguna necesidad de navegar contra la corriente y pedirle al juez una declaración oficiosa sobre la excepción. Bastará que el juez detenga la continuación del proceso al existir un defecto u omisión en algún elemento básico de la relación procesal, para que el objetivo se haya cumplido, esto es: concederle al juez la facultad de evitar la continuación de un proceso defectuoso.

34.1.3. *Principio de congruencia.*

Hay un aforismo que reza: *ne eat iudex ultra petita partium*, que poco más o menos significa que el juez no puede darle a una parte más de lo que esta pide. A pesar de su antigua data, la vigencia de este principio es absoluta en el proceso civil. Es posible encontrar el origen de su éxito en la paradoja ya anotada anteriormente, consistente en el hecho de que si bien el derecho procesal es de naturaleza pública, los derechos que en él se contienen son de naturaleza privada.

Siendo el juez la persona encargada de declarar el derecho que corresponda al caso concreto, y pese a que las normas que regulan el trámite que lo conducirá a producir dicha declaración son de naturaleza pública, el derecho que declara -nos referimos al contenido de su declaración- es de naturaleza privada, en consecuencia, le pertenece a las partes. Por tal razón, el juez civil no tiene facultad para afectar la declaración de voluntad del pretensor (demandante) y concederle más de lo que este ha pretendido en su demanda. Sin embargo, este impedimento no se presenta cuando el juez le otorga menos de lo demandado, dado que tal declaración se habrá expedido cuando, por ejemplo, el juez estime que el demandante no probó todos los extremos de su pretensión.

El principio estudiado no se agota en su manifestación práctica, es decir, en el exceso del juez respecto de lo pretendido. Tiene otros matices que conviene destacar¹²³.

CAPPELLETTI nos recuerda que la vigencia de este principio alcanza no solo a todos los países de la Europa Occidental, sino también a los del common law¹²⁴. Por nuestra

¹²² "Las razones de esta distinción son muy complejas y profundas: en parte corresponden a la historia de los institutos, y en parte a las finalidades mismas del proceso civil" (MAURO CAPPELLETTI, *El proceso...*, op. cit., págs. 27 Y 28).

¹²³ "En síntesis, el principio de congruencia judicial exige al juez que no omita, altere o exceda las peticiones contenidas en el proceso que resuelve. Se denomina incongruencia *extra petita* a la omisión en el pronunciamiento de alguna de las pretensiones. La incongruencia *extra petita* ocurre cuando la decisión contiene una pretensión no demandada o está referida a una persona ajena al proceso. La incongruencia *ultra petita* es aquella originada en el hecho que la decisión concede o adjudica más de lo que fue pedido" QUAN MONROY GALVEZ, *Temas de proceso civil*, Lima, Librería Studium, 1987, pág. 222).

parte, acreditamos que se trata de un principio acogido prácticamente por todos los códigos latinoamericanos adscritos a cualquiera de ambos sistemas.

En lo que respecta al Código Procesal Civil nacional, podemos decir que el principio en estudio también ha sido acogido en el artículo VII de su Título Preliminar¹²⁵.

34.1.4. Principio de la impugnación privada.

Se trata, como el anterior principio, de un criterio orientador de considerable vigencia en el proceso civil. Consiste en la prohibición absoluta al juez de que pida un nuevo examen de la resolución que ha expedido o, lo que es más, haga directamente un nuevo examen de la misma, que lo conduzca, por ejemplo, a variar la decisión que sostuvo en la resolución inicial.

La petición de un nuevo examen de un acto procesal se hace utilizando los llamados medios impugnatorios, los que están al servicio de las partes o de los terceros legitimados, únicos titulares del derecho de impugnar un acto procesal. Resulta evidente que concederle a un juez la facultad de revisar de oficio sus propios fallos conduciría al proceso a la arbitrariedad y al caos; sobre todo, sería el caldo de cultivo de la inseguridad jurídica, dado que el ciudadano o justiciable jamás tendría la certeza de que su caso ha sido resuelto en definitiva.

Lo expresado no descarta una facultad que sí está presente en el juez del proceso civil contemporáneo, que consiste en poder revisar sus decisiones, inclusive invalidarlas, y pronunciarse nuevamente de manera correcta. Pero solo está investido de este poder cuando el defecto del pronunciamiento anterior está referido a un aspecto procesal, no a la pretensión discutida ni a alguno de sus aspectos accesorios.

Una expresión complementaria de este principio de la impugnación privada está dada por las limitaciones que tiene el juez encargado de la revisión de la resolución impugnada. Este no puede decidir más allá de los temas materia de la impugnación interpuesta. Así, por ejemplo, no podrá decidir agravando la situación de quien interpuso la impugnación, salvo que este derecho haya sido ejercido por ambas partes. Se trata del principio de la prohibición de reformar en contra del impugnante (*Reformatio in pejus*), acogido también por casi todos los códigos latinoamericanos.

34.2. Principios del procedimiento que orientan un sistema publicístico

34.2.1. Principio de dirección judicial del proceso.

El principio de dirección judicial del proceso recibe también el nombre de principio de autoridad del juez. Su presencia histórica en el proceso civil se explica como el medio a través del cual se empiezan a limitar los excesos del sistema privatístico, aquél en el

¹²⁴ "También esta es una regla válida, en general, para el proceso civil de todos los países europeo-occidentales, y ciertamente también para los países del common law. En ninguno de estos países, como regla general, es lícito al juez civil condenar al demandado a pagar al actor un resarcimiento de mil dólares si el actor se ha limitado a pretender quinientos. La condena a pagar mil dólares estaría viciada, en efecto, por ultra petición: la misma sería lesiva a la regla secular, expresada por el antiguo aforismo *ne eatjudex ultra petita partium*" (MAURO CAPPELLEITI, *El proceso...*, op. cit., pág. 30).

¹²⁵ "Artículo VII. -Juez y derecho. El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes" (El subrayado es nuestro).

cual-como ya se expresó- el juez tiene durante el desarrollo de la actividad procesal un rol totalmente pasivo, previsto solo para legitimar la actividad de las partes.

En nuestra opinión, el principio de dirección judicial es la expresión que mejor caracteriza al sistema publicístico. En él, como sabemos, se privilegia el análisis e importancia del proceso desde la perspectiva de su función pública, es decir, como medio utilizado por el Estado para hacer efectivo el derecho objetivo y concretar finalmente la paz social en justicia.

CHIOVENDA se refiere a este principio de la siguiente manera:

"En el proceso civil moderno el juez no puede conservar la actitud pasiva que tuvo en el proceso de otros tiempos. Es un principio del derecho civil público moderno que el Estado hállese interesado en el proceso civil; no ciertamente en el objeto de cada pleito, sino en que la justicia de todos los pleitos se realice lo más rápidamente y lo mejor posible (oo.). El juez, por lo tanto debe estar provisto también en el proceso civil, de una autoridad que careció en otros tiempos"¹²⁶.

34.2.2. Principio de impulso oficioso.

El principio de impulso oficioso puede ser calificado de subprincipio, en tanto es una manifestación concreta del principio de dirección judicial. Consiste en la facultad que se concede al juez para conducir y hacer avanzar autónomamente el proceso -sin necesidad de intervención de las partes- a fin de lograr la consecución de sus fines. No está de más recordar que dentro de una estructura procesal privatística hay un monopolio cerrado de las partes respecto del avance del proceso. El impulso oficioso busca, precisamente, quebrar dicha exclusividad que, en la práctica, suele ser el medio a través del cual los procesos se demoran o enredan sin que el juez pueda evitar tal desperdicio de tiempo, esfuerzo y gasto.

Sin embargo, es bueno alertar que el impulso oficioso no descarta ni reduce la importancia de la actividad de las partes, dado que estas no han dejado de ser las principales interesadas en lo que se resuelva, por lo que es de suyo que deban ser los impulsores naturales del proceso. A esto se refiere BUNSEN, en la cita que de él hace MILLAR:

"(...) el juez tiene que vigilar para que el pleito, desde el comienzo hasta el fin, se lleve en la forma determinada por la ley, para que se distribuyan equitativamente luz y sombra y puedan utilizar las partes, sin estorbos ni restricciones, todos los medios de hacer efectivos sus derechos, y en particular, de producir sus pruebas que le otorguen las leyes"¹²⁷.

Lo que el principio de impulso oficioso propende es que el juez no vuelva a ser un simple espectador de las motivaciones periódicas o repentinas de las partes; es decir, que ya no vuelva a estar a merced del ánimo o disposición de ellas, sino que pueda, durante todo el recorrido del proceso, intervenir en su desarrollo, conduciéndolo a su fin.

Finalmente, adviértase que atendiendo a la naturaleza particularísima de algunos derechos materiales, ligados intrínsecamente a algunas calidades inherentes a su titular - al extremo de ser catalogados de personalísimos- hay procesos en los cuales no será pertinente la aplicación plena del impulso oficioso, a pesar de tratarse de un proceso adscrito al sistema publicístico. Así, por ejemplo, en aquellos referidos al estado civil de

¹²⁶ JOSÉ CHIOVENDA, Principios de derecho procesal civil, t. II, Traducción de José Casáis y Santaló, Madrid, Editorial Reus, 1922, pág. 136.

¹²⁷ ROBERT WYNESS MILLAR, op. cit., pág. 83.

las personas, la actividad oficiosa del juez se encuentra considerablemente limitada, tal como sucede en el Código Procesal Civil del Perú¹²⁸.

34.2.3. Principio de inmediación.

Según EISNER, el principio de inmediación es aquel:

"(...) en virtud del cual se procura asegurar que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias, a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa, desde el principio de ella, quien, a su término, ha de pronunciar la sentencia que la defina"¹²⁹.

El principio de inmediación tiene por finalidad que el juez -quien en definitiva va a resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre con relevancia jurídica- tenga el mayor contacto posible con todos los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos, lugares, etc.) que conforman el proceso, más exactamente que configuran el contexto real del conflicto de intereses o incertidumbre subyacente en el proceso judicial.

La idea sostenida por el principio es que la cercanía con el drama humano encerrado en el proceso, le va a proporcionar al juez mayores o mejores elementos de convicción para expedir un fallo que se adecue a lo que realmente ocurrió u ocurre, es decir, a la obtención de una decisión justa.

La tendencia a usar y abusar de la escritura dentro del proceso es el medio a través del cual se alentó y asentó -en la evolución del proceso civil- el principio de mediación. Esto significa que durante mucho tiempo -todo el medievo hasta fines del siglo XVIII- se consideró como pertinente y adecuado precisamente lo contrario de lo que ahora se postula. Es decir, se estimó que mantener al juez alejado de los protagonistas del conflicto y de todo aquello que constituyan elementos objetivos de este es lo que precisamente iba a permitir al juzgador la expedición de decisiones imparciales y justas. En todo caso, antaño se afirmó que la separación del juez respecto del conocimiento del conflicto contenido en el proceso judicial que debía resolver garantizaba que no iba a estar afectado por sus propios sentimientos, impulsos, deseos, es decir, por su condición humana. Así lo describe CAPPELLETTI:

"El juez no entraba en contacto directo, "inmediato", con las partes ni, en particular, con las pruebas (testigos, cosas, lugares), a causa de la desconfianza en la oportunidad o equidad de semejante contacto directo e inmediato. Se prefería que al juez le llegase solamente el eco atenuado e impersonal de los escritos redactados en el momento del examen de los testigos, así como el de la inspección de los lugares, etc."¹³⁰.

El Código Procesal Civil del Perú¹³¹ ha optado por regular el principio de inmediación. Al hacerlo, ha privilegiado también la oralidad, es decir, el medio o instrumento a través

¹²⁸ "Artículo 480.-Tramitación. Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1º al 10º del artículo 333 del Código Civil, se sujetan al trámite del proceso de conocimiento (...).

"Este proceso solo se impulsará a pedido de parte".

¹²⁹ ISIDORO EISNER, op. cit., pág. 63.

¹³⁰ MAURO CAPPELLETTI, El proceso..., op. cit., págs. 89 y 90.

¹³¹ "Artículo V.-Principio de inmediación, concentración, economía y celeridad procesales. Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.

"El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.

"El juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

del cual se produce el contacto entre el juez y los protagonistas directos o indirectos del proceso, así como con los hechos materiales que interesan al conflicto real que subyace en el proceso judicial.

La opción por la oralidad, contra lo que podría creerse, no descarta la necesidad de la escritura. Al contrario, esta sigue siendo hasta el momento el medio más idóneo que el intelecto humano ha creado para perpetuar y acreditar la ocurrencia de un hecho o la manifestación de una voluntad.

DEVIS ECHANDÍA¹³² refiere la existencia de tres clases de inmediación: la subjetiva, la objetiva y la de actividad. La primera está referida a la cercanía del juez con los protagonistas directos o indirectos de la relación procesal; la segunda, a la comunicación cercana entre el juez y los hechos o cosas materiales ligadas a la relación procesal-conocer los detalles del bien litigioso, por ejemplo-, y la tercera, la inmediación de actividad, se presenta cuando en el desarrollo del íter procesal, la actuación de un medio de prueba produce la información necesaria como para acreditar un hecho o situación distinta, pero igualmente discutible, al interior del proceso.

Para concluir, debe destacarse que el principio de inmediación es tal vez el más importante dentro de un sistema publicístico. Así lo es, por lo menos, para el Código Procesal Civil peruano, en donde encontramos un artículo¹³³ que exige que la sentencia deba ser expedida por el mismo juez que participó en la audiencia de pruebas, pero si tal hecho fuese imposible, el nuevo juez está facultado a pedir la repetición de la audiencia. Esta norma recoge una corriente de opinión que comparten destacados procesalistas y diversos códigos importantes¹³⁴.

34.2.4. Principio de concentración.

El principio de concentración es una consecuencia lógica del principio de inmediación anteriormente desarrollado¹³⁵. Cualquier organización judicial fracasaría si la participación obligada del más importante de sus personajes -el juez- ocurriese en un número indeterminado de actos procesales. Es imprescindible regular y limitar la realización de estos, promoviendo su ejecución en momentos estelares del proceso para darle factibilidad a la necesaria presencia del órgano jurisdiccional.

"La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica".

¹³² HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Nociones...*, op. cit., pág. 61.

¹³³ "Artículo 50.-Deberes...

"El juez que inicia la audiencia de pruebas concluirá el proceso, salvo que fuera promovido o separado. El juez sustituto continuará el proceso, pero puede ordenar, en resolución debidamente motivada, que se repitan las audiencias, si lo considera indispensable".

¹³⁴ W. KISCH, *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1940, pág. 132; GIUSEPPE CHIOVENDA, *Ensayos de derecho procesal civil* t. 11, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1949, pág. 201; LEO ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil* t. 1, Buenos Aires, EJE, 1955, pág. 395; Código de Procedimientos Civiles de La Rioja, artículo 363; también la Ordenanza Procesal Civil austriaca de 1895 y la Ordenanza Procesal Civil alemana (ZPO) de 1877.

¹³⁵ "El principio de inmediación pretende nutrir y vivificar a la planta del proceso imponiéndole los medios idóneos para obtener del mismo sus mejores frutos; pero no tiene vida propia ni puede arraigar sino en determinadas condiciones y ambientes propicios a su desarrollo, los que son suministrados por la implantación y vigencia de otros principios como el de la "oralidad" en su sentido racional y el de "concentración" que persigue producir en la más breve extensión de tiempo y de lugar, la totalidad de los actos y diligencias del proceso a fin de obtener, a más de celeridad, la visión más íntima y cercana de sus resultados y su verdadero significado integral" (LIDORO EISNER, op. cit., pág. 65).

Tal acumulación de actos procesales b,yo la forma de audiencias, no solo determinará que el juez pueda participar de todas ellas, sino que, además, le otorgará una visión de conjunto del conflicto que va a resolver.

Sin plantear un tránsito a un sistema publicístico, sino describiendo la necesidad de su vigencia al interior de uno privatístico y refiriéndose al anterior código procesal colombiano y no al excelente que rige en dicho país desde la década del setenta, DEVIS ECHANDÍA comenta este principio de la siguiente manera:

"Para esto se deben procurar los medios de que la relación nacida del proceso, que, como veremos, se denomina jurídico-procesal y tiene su propia fisonomía, se desenvuelva sin solución de continuidad y de manera de evitar que las cuestiones accidentales o incidentales entorpezcan el estudio de lo fundamental del juicio; lo cual solo se obtiene restringiendo el derecho de interponer recursos o incidentes de previa definición, lo que está muy lejos de existir en nuestro procedimiento, pues, por el contrario, se les da a las partes demasiada facilidad para postergar la solución definitiva del litigio y hacerlo interminable"¹³⁶.

Por cierto, este principio también ha sido acogido por el Código Procesal Civil peruano¹³⁷.

34.2.5. Principios de la buena fe y de la lealtad procesales.

La afirmación de que el proceso civil no es más un "asunto de partes", sino una expresión del derecho público y, en todo caso, una actividad respecto de la cual la comunidad tiene considerable interés en su correcta, expeditiva y adecuada realización, ha impuesto la regulación de la conducta -entendida esta desde una perspectiva ética- de los partícipes en un proceso.

Es decir, el sistema publicístico ha reivindicado para el derecho la necesidad de que el comportamiento ético de los partícipes en un proceso se adecue a la importancia social de este. Esta es la razón por la que los ordenamientos procesales se resisten cada vez más a postular declaraciones líricas en relación al tema, y más bien los encontramos regulando normas concretas referidas a la conducta ya la sanción de los protagonistas del proceso que no orienten o regulen su comportamiento a valores éticos trascendentes, como la lealtad, la veracidad y la buena fe. Hoyes lugar común en los discursos procesales referirse a la moralización del proceso.

DEVIS ECHANDÍA refiriéndose a este principio expresa:

"Así como en el derecho civil vemos numerosas aplicaciones del concepto de la buena o mala fe, de similar manera debe acontecer en el procedimiento civil. Si los códigos civiles dicen que los contratos deben ejecutarse de buena fe, con mayor razón debe exigirse ella en los actos procesales.

"La lealtad procesal es consecuencia de la buena fe en el proceso, y excluye las trampas judiciales, los recursos torcidos, la prueba deformada, las inmoralidades de todo orden.

"Claro está que dentro de un proceso inquisitivo y de una libre apreciación de la prueba, está el juez en mejor capacidad para vigilar la actuación de las partes y hacer efectivo este principio de la buena fe, la veracidad y la lealtad procesales"¹³⁸.

El Código Procesal Civil peruano, adscribiéndose al sistema publicístico, regula este principio con precisión en su Título Preliminar¹³⁹.

¹³⁶ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Nociones...*, op. cit., pág. 59.

¹³⁷ Ver el segundo párrafo de la cita 31 de este capítulo. ~H HERNANOO DEvIs ECHANOfA, *Nociones...*, op. cit., pág. 65.

¹³⁸ "Las partes, sus representantes, sus abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecuan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

¹³⁹ "El juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria".

Asimismo, en distintas normas del mismo cuerpo legal¹⁴⁰, concede al juez facultades disciplinarias e inclusive coercitivas para sancionar incumplimientos del principio descrito.

34.2.6. Principio de economía procesal.

El principio de economía procesal es mucho más trascendente de lo que comúnmente se cree. De hecho, son muchas las instituciones del proceso que tienen como objeto hacer efectivo este principio. Es el caso del abandono o de la preclusión, por citar dos ejemplos.

DEVIS ECHANDÍA¹⁴¹ extiende su irradiación a muchos casos más.

El concepto economía, tomado en su acepción de ahorro, está referido a su vez a tres áreas distintas: ahorro de tiempo, gasto y esfuerzo. Intentemos una explicación separada de cada una de estas.

El tiempo cumple un rol esencial y envolvente en el proceso. Casi no es posible encontrar algún proceso en donde, adicionalmente al conflicto que tienen las partes, no exista otro referido a la urgencia que una de ellas tiene de acabar pronto el proceso, necesidad que es inversamente proporcional a la misma urgencia de la otra, pero de prolongado. El cumplimiento de los actos con prudencia, es decir, ni tan lento que parezca inmovilidad ni tan expeditivo que se renuncie al cumplimiento de formalidades indispensables, es la expresión adecuada de este principio. Esta es la economía de tiempo.

La economía de gasto es la necesidad de que los costos del proceso no impidan que las partes hagan efectivos todos sus derechos al interior de este. Lo expresado no obsta para

¹⁴⁰ "Artículo 52.-Facultades disciplinarias del juez. A fin de conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, los jueces deben:

"1. Ordenar que se suprima la frase o palabra expresada o redactada en términos ofensivos o vejatorios;

"2. Expulsar de las actuaciones a quienes alteren su desarrollo. Si se trata de una de las partes, se le impondrá además los apercibimientos que hubieran sido aplicables de no haber asistido a la actuación; y

"3. Aplicar las sanciones disciplinarias que este Código y otras normas establezcan".

"Artículo 53.-Facultades coercitivas del juez. En atención al fin promovido y buscado en el artículo 52, el juez puede:

"Imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión.

"La multa es establecida discrecionalmente por el juez, dentro de los límites que fija este Código, pudiendo reajustarla o dejarla sin efecto si considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación; y

"2. Disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia.

"En atención a la importancia y urgencia de su mandato, el juez decidirá la aplicación sucesiva, individual o conjunta de las sanciones reguladas en este artículo.

"Las sanciones se aplicarán sin perjuicio del cumplimiento del mandato".

¹⁴¹ "Resultado de él es el rechazo de la demanda que no reúna los requisitos legales, para que al ser corregida desde un principio, no vaya a ser la causa de la pérdida de mayores actuaciones; la inadmisibilidad de las pruebas o incidentes inconducentes o que la ley no permite para el caso; la acumulación de acciones para que bajo una misma cuerda se ventilen varias, y evitar, en consecuencia, la necesidad de diversos procesos; la restricción de los recursos de apelación y casación y otros hechos semejantes.

"También persigue este principio justicia barata, para lo cual responde la jerarquía judicial, estableciendo jueces con circunscripción territorial más pequeña y que, por lo tanto, estén más cerca del lugar del litigio y del domicilio de las partes, y que gozan de menores sueldos, en los asuntos de menor valor, y viceversa, con lo cual también se procura imponerles menores gastos a las partes y proporcionados al valor o importancia del litigio" (HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Nociones...*, op. cit., pág. 59).

reconocer que un Estado pobre y con una fuerte dependencia externa -el caso de los países latinoamericanos, por ejemplo-, no puede darse el lujo de tener una administración de justicia absolutamente gratuita. Sin embargo, la economía procesal en este rubro debe tender a evitar que las desigualdades económicas que presenta nuestra sociedad, sean lo suficientemente determinantes como para que quien se encuentre en una condición inferior deba soportar las consecuencias procesales por dicho estado.

La economía de esfuerzo está referida a la posibilidad de concretar los fines del proceso evitando la realización de actos que, aun' estando regulados, tienen la calidad de innecesarios para tal objetivo. De alguna manera, un recuento de la evolución histórica del proceso nos enseña que estaha consistido en solventar métodos para lograr su simplificación, esa búsqueda es la llamada "economía de esfuerzo".

PODETTI define esta "economía de esfuerzo" al expresar:

"Como economía de esfuerzo, este principio no es menos importante y decisivo para la obtención de una buena justicia. La supresión de trámites superfluos o redundantes, aminorando el trabajo de los jueces y auxiliares de la justicia y simplificando cada proceso en particular, debe necesariamente incidir en forma decisiva sobre la buena justicia"¹⁴². El Código Procesal Civil del Perú¹⁴³ acoge también este principio.

34.2.7. Principio de celeridad procesal.

Así como la oralidad es la expresión material del principio de inmediación, el principio de celeridad es la manifestación concreta del principio de economía procesal por razón de tiempo que describimos anteriormente. El principio de celeridad procesal se expresa a través de diversas instituciones del proceso como, por ejemplo, la perentoriedad o improrrogabilidad de los plazos o en principios como el de impulso oficioso del proceso.

Este principio se presenta en forma diseminada a lo largo del proceso, por medio de normas impeditivas y sancionadoras a la dilación innecesaria, así como a través de mecanismos que permiten el avance del proceso con prescindencia de la actividad de las partes. El hecho trascendente e indiscutible es que una justicia tardía no es justicia. Para ratificar esta concepción, el sistema publicístico busca proveer alas justiciables, a través de las instituciones reguladas, de una justicia rápida. Si es buena o mala, esta calidad será responsabilidad de todos sus protagonistas.

La concreción del principio de celeridad procesal a través de otras instituciones procesales es el método regular de hacerla efectiva. Así lo expresa el mismo PODETTI: "(...) en tres direcciones principales dentro del proceso actual, debe encaminarse la reforma que intente restablecer el principio de celeridad. Ellas son: los plazos para la realización de actos procesales por las partes, el régimen de la prueba y los plazos para que los jueces dicten resoluciones "¹⁴⁴.

Como en el caso de los principios anteriores, el de celeridad procesal también está acogido en el Código Procesal Civil peruano¹⁴⁵.

34.2.8. Principio de socialización del proceso.

Los postulados de la filosofía individualista de fines del siglo XVIII inundaron todas las áreas del pensamiento durante el siglo XIX y, por efecto retardado y reflejo, también

¹⁴² J. RAMIRO PODEITI, op. cit., pág. 141.

¹⁴³ Ver el tercer párrafo de la cita 31 de este capítulo.

¹⁴⁴ J. RAMIRO PODEITI, op. cit., pág. 135.

¹⁴⁵ Ver el cuarto párrafo de la cita 31 de este capítulo.

influyeron en las ideas de las sociedades de este lado del mundo en pleno siglo XX. Esta influencia abarca por cierto al derecho y, qué duda cabe, también al proceso civil.

Así, la tesis de que los derechos civiles eran derechos privados respecto de los cuales cada individuo -su titular- podía hacer lo quequisiera con ellos tuvo especial significado para el proceso civil. De hecho determinó el auge de un sistema procesal llamado privatístico -como ya se describió- consistente en el dominio absoluto que sobre el desarrollo del proceso (su inicio, continuación, suspensión, conocimiento del material probatorio, conclusión, etc.) tenían las partes. Como estas podían disponer con absoluta libertad de sus derechos civiles (privados), también podían disponer del proceso civil, que no era más que el conjunto de actos a través de los cuales se discutía la vigencia de sus derechos.

Lo expresado significa que el contenido (derecho civil) le dio identidad al continente (proceso) y este pasó a ser un acto privado. Es innecesario un mayor detalle sobre este sistema, dado que prácticamente todos los países latinoamericanos hemos sido durante muchos años de este siglo sus herederos y hemos padecido todas las patologías que tal imposición supone.

Otra influencia de la filosofía individualista en el derecho estuvo dada por la tesis de la "igualdad de las personas ante la ley". En el contexto de una estratificación social rígida, como la existente en la Francia prerrevolucionaria que la nueva ideología pretendió abolir, tal postulado constituyó sin duda una conquista social.

Sin embargo, doscientos años más tarde, cuando la estratificación social ya no se le reconoce un origen divino o legal-aunque no por ello haya dejado de tener vigencia real-, el citado postulado deviene por lo menos en discutible. ¿Cuán positivo puede ser que en una sociedad la ley trate por igual a todos, cuando la realidad nos demuestra que entre las personas de esa sociedad existen profundas desigualdades por razones tales como la religión, el sexo, el antecedente étnico, el nivel de instrucción, el estrato económico o social, para citar algunas variables?

Apreciemos un ejemplo. En un proceso civil privatístico la actuación de los medios probatorios tiene un costo algunas veces excesivo para la mayoría de la comunidad que usa el servicio de justicia. En el caso del medio probatorio llamado inspección judicial, resulta considerablemente oneroso para este gran sector de la sociedad, desplazar a un juez y a un auxiliar al lugar de los hechos. En ese contexto, la actuación de la inspección judicial -imaginémosla esencial para la solución del conflicto en el caso concreto-, depende de las posibilidades económicas del litigante. Sin embargo, dado que en el sistema privatístico la participación del juez es casi nula, estas situaciones son totalmente ajenas a su solución, aun cuando las llegue a conocer. Siendo así, es posible que la inspección judicial no se llegue a actuar, con el consiguiente perjuicio para el interesado y para el servicio de justicia, en última y definitiva instancia.

Otro ejemplo: la estrategia procesal a utilizarse en una determinada asesoría judicial, depende de la calidad técnica del abogado. Sin embargo, en sociedades de consumo como la nuestra, la calidad técnica del abogado está proporcionalmente ligada a su pretensión por concepto de honorarios. Si un juez advierte -dentro de un proceso adscrito a un sistema privatístico- que la estrategia ha fracasado por las limitaciones del abogado, al punto que tal deficiencia va a producir un agravio irreparable tanto al patrocinado como a la justicia -cuya realización es el fin de la función del juez-, no podrá hacer nada.

A pesar de su sentimiento y percepción de lo justo -nos referimos a esa mezcla de razón, voluntad y *sindéresis* que articulan la decisión de un juez-, este tendrá que declarar una injusticia.

El principio de socialización -como expresión del sistema publicístico-, en cambio, no solo conduce al juez -director del proceso- por el sendero que hace más asequible la oportunidad de expedir una decisión justa, sino que lo faculta para impedir que la desigualdad en que las partes concurren al proceso sea un factor determinante para que los actos procesales o la decisión final tengan una orientación que repugne al valor justicia. Este es el principio de socialización del proceso.

Tal vez en este principio más que en ningún otro, aparezca en toda su importancia y trascendencia la concesión de facultades al juez para que agudice su criterio reflexivo y conecte el derecho con la realidad. Por lo demás, es imposible describir una casuística que delimite con precisión los márgenes del uso correcto del principio de socialización del proceso. Sin embargo, una vez más, habrá que recordar que el destino del derecho depende más de lo que ocurra en las cortes y juzgados, que de lo que el legislador (jurista) produzca en su escritorio.

En definitiva, el principio en estudio convierte la vieja tesis de la igualdad ante la ley en la igualdad de las partes en el proceso. Sin embargo, no se crea que tal postulado es producto de los estudios contemporáneos, en todo caso, solo es una recuperación histórica de lo que ocurría en Roma e inclusive en los procesos sumarios medievales como lo recuerda CAPPELLETTI¹⁴⁶, quien inclusive apela a una cita de WHITEHEAD ("A fin de cuentas, los frutos de la victoria deberían corresponder, no a la parte que cuente con el mejor abogado o con el investigador más diligente, sino a la parte que sostenga la causa más justa") para asegurar que esta "democratización" del proceso civil es también una tendencia en el derecho norteamericano contemporáneo.

Para concluir, si hubiera que citar el antecedente directo de la norma en estudio, este sería el apartado 2Q del artículo 3Q del Código Federal Suizo de Procedimiento Civil- citado por CAPPELLETTI en la obra antes referida- que prescribe:

"El juez no puede ir más allá de las conclusiones de las partes, ni puede fundar su juicio sobre hechos diversos de los que han sido alegados en su instancia. Sin embargo, debe llamar la atención de las partes sobre las lagunas de sus conclusiones e invitadas a especificar de manera completa los hechos y las pruebas necesarias para hacer que resulte la verdad. A este fin, el juez puede, en cualquier estado de la causa, convocar e interrogar a las partes personalmente"¹⁴⁷.

El Código Procesal Civil peruano regula este principio en su título preliminar¹⁴⁸.

34.2.9. Principio de integración del derecho procesal.

La solución de los conflictos intersubjetivos de intereses conduce o propende a una comunidad con paz social. Este es el fin más trascendente que persigue el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales. Precisamente, el proceso es el instrumento que le permite al Estado hacer eficaz el derecho objetivo, es decir, el proceso judicial produce las condiciones para que el Estado exija el cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente.

Lejanos se aprecian los tiempos en que se consideraba, o por lo menos se presumía, que los sistemas legislativos eran completos y perfectos. El artículo 4Q del Código Civil francés o Código de Napoleón, al considerar al juez como culpable de denegación de justicia si rehusaba fallar aduciendo silencio de la ley, marcó el punto de partida del

¹⁴⁶ MAURO CAPPELLETTI, El proceso... , op. cit., pág. 70.

¹⁴⁷ MAURO CAPPELLETTI, ibídem, pág. 72.

¹⁴⁸ "Artículo VI.-Principio de socialización del proceso. El juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso".

llamado deber de fallar. De allí en adelante, las llamadas lagunas de la ley - imposibilidad de solucionar el conflicto a partir de la aplicación de la ley- debieron ser cubiertas por el juez sobre la base de la búsqueda de lo que se ha dado en llamar espíritu del derecho, es decir, los valores y métodos jurídicos recogidos en otros textos doctrinales o legales.

Más allá de la discusión doctrinaria en torno de su naturaleza¹⁴⁹, lo trascendente es que resulta indispensable conceder al juez y a los protagonistas del proceso medios lógico-jurídicos para coadyuvar a la solución del conflicto de intereses. Hasta resulta plausible establecer una prelación entre estos. El principio en examen concede al juez la posibilidad de cubrir los vacíos o defectos en la norma procesal, es decir, las lagunas o contradicciones sobre la base de ciertos recursos metodológicos y a un orden establecido entre estos.

Las herramientas antes citadas, así como la prelación que se establezca entre ellos, pueden ser distintas. Lo importante es esta apertura al juez y a los interesados en el proceso, a fin de que utilicen -en los casos excepcionales en donde la norma procesal sea inútil- herramientas para reconducir el proceso al logro de los fines previstos. El Código Procesal Civil peruano ha regulado este principio¹⁵⁰.

34.2. 10. Principio de vinculación y elasticidad.

Resulta de uso común en los manuales de derecho procesal y en las decisiones judiciales, la afirmación contundente de que "las normas procesales son de orden público". Aun más, es bastante probable que la frase haya servido para sustentar una declaración judicial de nulidad. Sin embargo, tal afirmación es por lo menos discutible.

En efecto, en cualquier ordenamiento procesal podemos encontrar cierto número de normas que no tienen carácter de orden público, tomada esta categoría en el sentido de normas obligatorias o vinculantes. Se trata de normas que contienen una propuesta de conducta que puede o no ser realizada por una de las partes, sin que su incumplimiento afecte el sistema jurídico o las reglas de conducta social consensualmente aceptadas.

Sin embargo, dado que la actividad judicial es una función pública realizada con exclusividad por el Estado, las normas procesales que regulan la conducta de los intervinientes en el proceso y la ciencia que las integra -el derecho procesal- son de derecho público como ya se describió en capítulos anteriores. Pero el que las normas procesales sean de derecho público no implica, como resulta evidente, que sean de orden público. Aquel concepto tiene que ver con su ubicación; este, con su obligatoriedad.

El principio de vinculación enseña que las normas procesales -atendiendo precisamente a su naturaleza de derecho público- usualmente tienen carácter imperativo, salvo que las mismas normas prescriban que algunas de ellas no tienen tal calidad. Es decir, son de

¹⁴⁹ "Observamos, sin embargo, que la doctrina puede fluctuar en la manera de calificar algunas técnicas del razonamiento jurídico: para los juristas suizos el razonamiento por analogía y el recurso a la ratio legis forman parte de la interpretación, mientras que el recurso a los principios generales del derecho forma parte de la técnica de integración de lagunas. En cambio, para los juristas alemanes al apelar a un principio general del derecho se está interpretando, mientras que se está llenando una laguna al recurrir a un razonamiento por analogía" (CHAIM PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Editorial Civitas S. A., 1979, págs. 67 y 68).

¹⁵⁰ "Artículo III.-Fines del proceso e integración de la norma procesal. (...)

"En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso".

derecho público, pero no necesariamente de orden público, regularmente obligan, salvo que ellas mismas planteen su naturaleza facultativa.

El Código Procesal Civil peruano¹⁵¹ regula el principio de vinculación.

El principio de elasticidad está referido al cumplimiento de las formalidades previstas en el ordenamiento procesal. Estando al expresado propósito del principio de vinculación, se considera que las formalidades procesales son de obligatorio cumplimiento. Sin embargo, dentro de un sistema publicístico, el juez -director del proceso- está facultado, por el principio en estudio, a adecuar la exigencia de cumplir con las formalidades a los fines del proceso: la solución del conflicto de intereses o la eliminación de la incertidumbre con relevancia jurídica y, en consecuencia, a la paz social en justicia.

Este principio está acogido también en el Código Procesal Civil peruano¹⁵² con el nombre de principio de formalidad.

34.2.11. Principio de adquisición.

En un proceso hay elementos activos y pasivos, es decir, personas que realizan actividad procesal en su interior -es el caso del juez y las partes- y también elementos cuya naturaleza es permanecer estáticos, a disposición de los agentes procesales, es el caso de las normas procesales. Sin embargo, el proceso, qué duda cabe, es único, con absoluta prescindencia de los actos usualmente contradictorios que se producen en su interior.

Lo más trascendente del proceso es que los actos que realizan las partes -como ya advertimos, casi siempre intrínsecamente opuestos en su contenido- se incorporan a este, esto es, son internalizados por este río que es a la vez cauce. El principio de adquisición enseña que una vez que la actividad procesal concreta ha sido incorporada al proceso -nos referimos a los actos, documentos o informaciones que hubieran sido admitidos- deja de pertenecer a quien lo realizó y pasa a formar parte del proceso. La parte que no participó de su incorporación, inclusive, puede desarrollar conclusiones respecto de esta.

Como se advierte, el sustento del principio es que los actos procesales tienen una naturaleza común, en tanto son incorporados a esa unidad llamada proceso. Esta identidad no desconoce el hecho de que un acto pueda tener efectos distintos para cada parte, sin embargo, este detalle es secundario. Lo trascendente es que en aplicación del principio de adquisición desaparece el concepto de pertenencia individual, una vez que se incorpora el acto al proceso.

Así, una prueba de peritos o una declaración testimonial producen conclusiones y efectos procesales para ambas partes, a favor o en contra, prescindiendo absolutamente de la parte que las ofreció. Con alguna mayor precisión podemos decir que los efectos producidos por los actos procesales que realizan las partes inciden sobre el resultado del proceso, con absoluta independencia y desinterés respecto de su origen o, concretamente, de la parte que lo provocó o actuó.

CHIOVENDA lo expresa así:

¹⁵¹ "Artículo IX.-Principio de vinculación y de formalidad. Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.

¹⁵² "Las formalidades previstas en este Código son imperativas. Sin embargo, el juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, este se reputará válido cualquiera sea la empleada".

"Es en realidad un juego de reciprocidad procesal; todo cuanto una parte realiza, se concreta en una actividad procesal que puede ser perjudicial o beneficiosa para la parte contraria, reflejándose recíprocamente en el desarrollo del proceso"¹⁵³.

En otra obra, el mismo CHIOVENDA describe el principio de adquisición con alguna mayor precisión:

"Un derecho importante de las partes se deriva de la circunstancia que la actividad de ambas pertenece a una relación única. Este derecho consiste en que los resultados de sus actividades son comunes a las dos partes en juicio. En virtud de este principio, llamado de la adquisición procesal, cada una de las partes tiene derecho a utilizar las deducciones hechas y los documentos presentados por la contraria, las peticiones que esta presente o los actos de impulso que realice"¹⁵⁴.

34.2.12. Principio de preclusión.

Prescindiendo del sistema vigente, en un proceso judicial podemos encontrar - teóricamente por lo menos- cinco etapas. Una primera llamada postulatoria, que es aquella en donde las partes proponen su pretensión y su defensa, respectivamente; una segunda, denominada probatoria, que es el momento o fase en la cual las partes intentan acreditar sus afirmaciones expresadas en la primera; una etapa llamada decisoria, a cargo del juez y consistente en la declaración del derecho que corresponde a cada caso concreto; una cuarta llamada impugnatoria, dentro de la cual las partes pueden cuestionar y pedir un nuevo examen de la decisión judicial expedida, y finalmente la etapa ejecutoria, que es aquella en donde se procede, voluntaria o coactivamente, a hacer cumplir la decisión judicial definitiva.

Este principio plantea la exigencia de que los actos procesales deban ser ejecutados en las etapas procesales correspondientes. De no hacerlos, se perderá el derecho a realizarlos o, en cualquier caso, su ejecución no tendrá ningún valor.

Como el transcurso del plazo cancela la oportunidad de realizar el acto procesal válidamente en fecha posterior, se dice que el momento ha precluido, de allí el nombre de principio de preclusión.

CHIOVENDA describe el principio en estudio así:

"(...) entiendo por preclusión la pérdida, o extinción o caducidad de una facultad procesal, que se produce por el hecho: a) o de no haberse observado el orden señalado por la ley para su ejercicio, como los términos perentorios o la sucesión legal de las actuaciones o de las excepciones; b) o por haberse realizado un acto incompatible con la intención de impugnar una sentencia; c) o de haberse ejercitado ya una vez válidamente la facultad (conservación propiamente dicha)"¹⁵⁵.

Como se advierte, la vigencia de este principio en un ordenamiento procesal está ligada al tratamiento normativo que se le dé al tiempo¹⁵⁶; Si los niveles de exigencia son

¹⁵³ Ver el segundo párrafo de la cita 51 de este capítulo. 5~ JOSÉ CHIOVENDA, Principios..., op. cit., 1. II, pág. 204.

¹⁵⁴ A JOSÉ CHIOVENDA, Instituciones de derecho procesal civil, vol. III, traducción de E. Gómez de Orbaneja, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, pág. 91.

¹⁵⁵ JOSÉ CHIOVENDA, "Cosa giudicata e preclusione", en Rivista Italiana per la Scienze Giuridiche, 1933, pág. I.

¹⁵⁶ "El Principio de preclusión, entonces, nos enseña que el acto, la facultad, no ejercida en el momento debido, caduca. Se pierde; y se pierde por su no ejercicio. O ejercido, no se puede practicar o mejorar. La preclusión es como una compuerta, una exclusiva. Los señores magistrados que me escuchan saben como se provee a los escritos presentados fuera de término: "no ha lugar". Y bien, la preclusión, como un cierre hermético, mantiene y respeta lo que ya está adentro pero no deja entrar fuera de tiempo lo que no pudo entrar; ni permite revisar, luego del momento debido, lo que ya está resuelto o lo que ya está cumplido. Es

intensos, el ritmo del proceso será expeditivo. Cuando la norma presenta grietas a su exigencia, la posibilidad de que el litigante negligente o malicioso tenga "oportunidad" de prolongar el proceso "legalmente", aumenta considerablemente.

Este principio también está directamente ligado a la diferencia, a veces sutil, que existe entre una estrategia y una conducta procesal maliciosa. Expliquémonos. Dentro de un proceso afincado en un sistema privatístico, es perfectamente factible que una parte reserve lo más importante de su material probatorio para el último momento de la etapa de prueba, para reducir la capacidad de contradicción del contrario. ¿Estrategia o chicana?

Antes de responder a la pregunta, lo trascendente es identificar la causa de esta situación. En este caso, se trata simplemente de que en el proceso tradicional los plazos y términos para realizar actividad procesal están diseminados en el proceso sin una sanción específica y determinante, al extremo que no es posible para el juez hacer cumplir el tiempo concedido.

Usualmente los ordenamientos procesales privatísticos fijan plazos para la actuación de algunos actos procesales, pero no le imponen rigor -queremos decir perentoriedad- al cumplimiento de dichos plazos. Ante tal situación, la actividad procesal se desplaza sin límites a lo largo del tiempo del proceso y provoca conductas abiertamente maliciosas, a las que -al no estar previstas como tales en la norma procesal- la costumbre o práctica comúnmente generalizada las han revestido pomposamente de la calidad de "habilidades" o "estrategias".

Finalmente, siendo JOFRÉ, como recuerda PODETTI¹⁵⁷, quien incorporó el concepto de preclusión al proceso latinoamericano, apreciemos como lo enseñó:

"La palabra preclusión, aunque no es castellana, la empleamos porque expresa claramente lo que queremos decir. Preclusión significa cerrar el paso y viene de pre, antes, y de claudere, cerrado. Es una voz latina que ha sido incorporada al italiano"¹⁵⁸,

Más adelante el mismo maestro argentino expresa:

"Así, por ejemplo, cuando se da por decaído el derecho para contestar la demanda o para alegar de bien probado o se rechaza una diligencia de prueba o se acepta otra, no puede decirse que haya cosa juzgada, pero sí puede afirmarse que hay preclusión, es decir, que ese trámite ha sido cumplido ya y que está cerrado el camino para repetirlo":

El principio de preclusión ha sido incorporado al Código Procesal Civil peruano. Esto se manifiesta, por ejemplo, al haberse regulado la conducta procesal de las partes con su respectivo sistema de sanciones y, asimismo, al haberse asumido como requisito de admisibilidad que todos los argumentos y los medios probatorios se acompañen a las demandas, las defensas y a toda petición que exija prueba en el momento en que se postula¹⁵⁹.

CALAMANDREI es un partidario decidido de este principio, sin embargo, hace algunas acotaciones que resulta importante reproducir:

"(...) si de un lado tiene la ventaja de luchar eficazmente contra la práctica de dar largas a aquellos litigantes de mala fe, que tienden a conservar los mejores argumentos para las sorpresas de última hora, puede de otro lado, constituir un peligroso incentivo para la complicación y multiplicación inicial de las defensas; porque las partes, por exceso de prudencia, pueden ser inducidas a utilizar desde el principio del proceso, un aparato

una compuerta que solo admite marchar hacia adelante pero no volver atrás" (ISIDORO EISNER, op. cit., pág. 57).

¹⁵⁷ RAMIRO PODETTI, op. cit., pág. 248.

¹⁵⁸ TOMÁS JOFRÉ, Manual de procedimiento, t. IV, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1943, pág. 56.

¹⁵⁹ TOMÁS JOFRÉ, ibídem, t. IV, pág. 56. "Artículo 189.-Oportunidad. Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código".

imponente de deducciones en el cual las razones más sólidas se encontrarán con los más sutiles virtuosismos 'curialescos'¹⁶⁰.

37 "Artículo IV.-Principios de iniciativa de parte y de conducta procesal. (...)

¹⁶⁰ PIERO CALAMANDREI, Instituciones... , op. cit., pág. 392.