

Los Principios Procesales en el Código Procesal Civil de 1992

Juan Monroy Gálvez

Abogado. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

Génesis, Importancia y Función de los Llamados Principios Generales del Derecho.

Una manera de idealizar el Derecho es decir de él que es una ciencia de conceptos precisos, estructurados en base a un sistema que los ubica en el ámbito adecuado, lo que permite utilizarlos para expresar exactamente lo que el emisor desea y, así, llegar al receptor dándole rigurosamente el mensaje o dato que el primero quiso.

Esto es, poco más o menos, lo que la dogmática jurídica pretende hacer del Derecho: una ciencia formal elaborada sobre la base de abstracciones, cuyo punto de partida ideal son las propuestas de hipótesis planteadas por sus investigadores, las que luego deben ser contrastadas con la realidad.

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; pero atendiendo a la naturaleza del acuerdo, a si el objetivo común persigue obtener lucro o no, a si este mismo objetivo es lícito o no, al grado de formalización que el acuerdo alcance, en fin, es perfectamente posible que este contrato de sociedad no sea tal a pesar de mantener su esencia. Hay un sinnúmero de variables que pueden determinar su conversión 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, y sobre todo, si sigue siendo contrato de sociedad o ya no.

Lo expresado significa que los principios del Derecho son abruptos, difíciles, arduos, y, sobre todo, opinables. El jurista necesita apoyarse en categorías o conceptos básicos para desarrollar su investigación, para hacerla verosímil. Sin embargo, debe ser necesario que sea consciente 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 que permanecían inmutables en un mundo superior de donde había de 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 éste es partícipe del quehacer divino, y una **ley humana** referida a las relaciones terrenas o mundanas.

Esta concepción se completa con las afirmaciones de que la **ley eterna** no es pasible de conocimiento por el hombre; en cambio a la **ley natural** éste puede acceder a través de la razón; por otro lado la **ley humana** es precisamente el producto de la aplicación de la **ley natural** en la vida en sociedad.

Esta tesis, expresión de la influencia de la doctrina de los juristas romanos, constituye la matriz de donde se nutren los desarrollos posteriores del Derecho, tendientes 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 que el fenómeno jurídico no sea otra cosa que un fenómeno social, ha de-

terminado que todos los esfuerzos -incluso los contemporáneos- por diseñar un sistema jurídico sobre la base de cierto número de categorías básicas de aceptación universal y de conocimiento inmediato, hayan fracasado.

Si el fenómeno jurídico es un fenómeno social específico, entonces es de suyo que la norma jurídica es sólo una especie de la norma social. Siendo así, participa de toda su sensibilidad, por tanto, es variable en el tiempo y en el espacio, su aceptación o reconocimiento admite -en una misma Comunidad- 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 extremar el ejemplo, no sería de extrañar que fuesen otros los motivos que tuviera el Juez para aplicarla o no al caso concreto.

Tomemos como ejemplo un concepto utilizado en los Códigos más importantes de nuestro ordenamiento jurídico y de cualquiera que sea tributario del sistema romano-francés, el de **orden público**. Tal vez la idea más exacta que podemos tener de él es aquella que aflora a 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, resulta imposible lograr un acuerdo unánime sobre qué es **orden público**, incluso algunos consideran que es un concepto que debería ser eliminado del Derecho (1).

El ejemplo del concepto **orden público** antes dado, es de plena aplicación a las ideas jurídicas. Mucho tiempo se ha perdido en buscar proposiciones que constituyan verdades incontrovertibles sobre las que se asiente un determinado desarrollo o concepción del Derecho. Mucho tiempo se ha perdido y se pierde 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, pero postulado ahora como verdad definitiva, sin que medie un análisis sobre la diferen-

cia de contextos históricos entre el momento de su génesis y el de su aplicación actual.

Un caso singular está dado por los llamados Principios Generales del Derecho. A la fecha se tiene una idea confusa de ellos, pero comúnmente suele considerárseles pilares básicos sobre los que se asienta una determinada concepción del Derecho. Las más agudas disputas sobre temas jurídicos se resuelven apelando a que una de las opiniones está apoyada en un Principio General del Derecho, pero, ¿qué son éstos?..

Digamos primero que no son verdades inmutables e incontrovertibles originadas en un espíritu superior o en un grupo de sabios, capaces de desafiar la fuerza destructiva del tiempo y, por tanto, ser edificios victoriosos en medio de las ruinas de una ciencia que cada día renueva sus contenidos.

De hecho los Principios si 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 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. Ihering (2) se refería a esto 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"**.

El Juez y los Principios Generales del Derecho

En este juego de darle a los principios o una importancia suprema o un rasgo peyorativo es donde aparece la función trascendente del Juez. Esta no es otra que aplicar creadoramente categorías jurí-

1. NIETO BLANCO, ERNESTO. *Teoría de la interpretación de normas*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.
2. IHERING, RUDOLF. *Espíritu del Derecho Romano*, Edit. Bailly-Baillière, quinta tirada, Madrid, s/fecha, tomo IV, págs. 340-341.
3. "1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.
3. La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos."

dicas 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 rodean a éste.

Como los Principios Procesales no son otra cosa que la especie que conforman los Principios Generales del Derecho, lo que se haya dicho de éstos es aplicable cabalmente a aquéllos.

Por otro lado, los Principios Procesales, vistos en su conjunto al interior de un ordenamiento, sirven para poner de manifiesto el sistema procesal por el que el legislador ha optado. Es ésta también la razón por la que aparecen en el *frontis* del ordenamiento, en este caso, en su Título Preliminar. Sin embargo, lo expresado no obsta para dejar de reconocer que hay varios Principios Procesales que no aparecen en el Título Preliminar del Código Procesal pero que sin duda alguna forman parte de su sistemática, incluso de la concepción del proceso que el Código ha optado.

El Código Procesal Civil se alinea, como resulta evidente de su contenido, a una concepción publicística del proceso civil. Es decir, considera que lo trascendente en él es la función pública que cumple el Estado -a través de su órgano jurisdiccional- tanto para hacer efectivo el derecho como para lograr la paz social en justicia como aspiración última de la sociedad, a través de la solución de conflictos de intereses.

Por esta razón, los Principios Procesales acogidos en el Título Preliminar son expresiones de tal tendencia. Sin embargo, 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 jurídicos. Es indispensable que el Juez advierta que los principios son pautas orientadoras de su decisión, en tanto éste los somete al cotejo con las necesidades y los intereses sociales al tiempo de su uso.

Se trata en definitiva, de una interpretación creadora de los principios, que hagan concordar éstos con los valores presentes en la sociedad y en su dinámica. Un principio procesal recogido en el Título Preliminar será útil en tanto penetre en la 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.

A continuación desarrollaremos un comentario sobre los artículos del Título Preliminar a partir de los principios procesales que éstos contienen y, asimismo, comentaremos los Principios procesales que aún cuando no están regulados expresamente en el Código, forman parte de su espíritu.

Artículo I

“Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.- Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”.

Si hubiera que hacer referencia al antecedente directo de esta norma, sin duda sería el artículo 24(3) de la Constitución de España, vigente desde 1978 y, curiosamente, cuerpo normativo de excepcional importancia para comprender nuestra actual Constitución, al haber sido fuente de muchas normas hoy vigentes en ella.

A pesar de lo dicho y del rasgo detallista de nuestra Constitución, no se reguló el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, cuya ubicación, nos parece, debió formar parte del artículo 2do. de ésta.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es inherente a toda persona por el sólo hecho de serlo. Constituye la manifestación concreta de porqué la función jurisdiccional es, además de un poder, un **deber** del Estado, en tanto no puede excusarse de conceder **tutela jurídica** a todo el que se lo solicite.

Jesús Gonzáles Pérez (4), jurista español, define este derecho de la siguiente manera: **“El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se la “haga justicia”, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas”.**

Bastante se ha escrito ya sobre el derecho a un debido proceso, desde que las cortes norteamericanas y después una enmienda constitucional la consagraron como uno de los derechos inherentes a la persona humana. El *“due process of law”* es el derecho que todo justiciable tiene de iniciar o participar en un proceso teniendo, en todo su transcurso, el derecho de ser oído, de alegar, de probar, de impugnar sin restricción alguna.

4. GONZALES PEREZ, JESUS. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Editorial Civitas, Madrid, 1984, pág. 29.

Artículo II

"Principios de Dirección e Impulso del Proceso.- La dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código.

El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código."

El Principio de Dirección del proceso recibe también el nombre de Principio de Autoridad. Su presencia histórica en el proceso civil se explica como el medio a través del cual se empieza a limitar los excesos del Principio dispositivo, áquel por el cual el Juez tiene dentro del proceso un rol totalmente pasivo, destinado sólo a protocolizar o legitimar la actividad de las partes.

En nuestra opinión, el Principio de Dirección del proceso es la expresión del sistema procesal publicístico, áquel aparecido junto con el auge de los estudios científicos del proceso, caracterizado por privilegiar el análisis de éste desde la perspectiva de su función pública, es decir, como medio a través del cual el Estado hace efectivo el derecho objetivo vigente, concretando de paso la paz social en justicia.

Chiovenda (5) 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 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... El juez, por lo tanto, debe estar provisto también en el proceso civil, de una autoridad que careció en otros tiempos."

Se optó por llamarlo Principio de Dirección debido a que el concepto **autoridad** condujo, por oposición al Principio dispositivo, a una concepción dictatorial o **autoritaria** del Juez, totalmente alejada del interés real del Principio, que no es otro que ubicar al Juez en su función de protagonista principal del proceso, con facultades decisorias sobre cualquier tema.

El Principio de Impulso procesal por parte del Juez es una manifestación concreta del Principio de Dirección, y por tanto de la orientación publicística. Consiste en la aptitud que tiene el Juez para conducir autónomamente el proceso -vale decir sin necesidad de intervención de las partes- a la consecución de sus fines. No está demás recordar que dentro de una estructura procesal dispositiva, en que hay un cerrado monopolio de las partes respecto del avance del proceso, el impulso procesal busca precisamente quebrar dicha exclusividad.

Artículo III

"Fines del proceso e integración de la norma procesal.- El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

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."

Al asumir el Código una orientación publicística, queda evidenciado que el fin del proceso no se agota en la solución del conflicto sino que es más trascendente. La solución de los conflictos intersubjetivos **conduce o propende a una Comunidad con paz social**, siendo éste el objetivo elevado que persigue el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales.

Sin perjuicio de ello y sin perder la perspectiva del fin del Estado, éste también se expresa, de manera concreta, en el hecho que el proceso le permite al Estado hacer eficaz el derecho objetivo, es decir, crea las condiciones para que el Estado exija el cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente.

Sin embargo, es bueno alertar que el impulso procesal a cargo del Juez o impulso de oficio, no descarta ni reduce la importancia de la actividad de las partes. Siendo éstas las principales interesadas en lo que se resuelva, es de suyo que deben ser los naturales impulsores del proceso.

5. CHIOVENDA, JOSE. *Principios de derecho procesal civil*, trad. de José Casáis y Santalò, Ed. Reus, Madrid, 1922, t. II, pág. 136.6.

6. MILLAR ROBERT WYNNES. *Los Principios formativos del Procedimiento Civil*, Ed. Ediar, S.A. Editores, Buenos Aires 1945, pág. 83.

Lo que el Principio previsto en el Código regula es que el Juez no va a ser un espectador de las motivaciones periódicas o repentinas de las partes; ya no va a estar a merced de su ánimo o disposición, sino que podrá, durante todo su recorrido, intervenir en su desarrollo, conducirlo al fin.

Esta conexión entre el Principio de iniciativa de parte y el de impulso procesal por parte del Juez se manifiesta en la cita que Robert Wyness Millar (6) hace de Bunsen, un procesalista germánico: “... **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**”

Más adelante, precisando su pensamiento, el mismo Millar dice: “**El Poder Directivo del Tribunal o la dirección se clasifica como formal, material, negativa y positiva. Resulta formal cuando se refiere a la progresión exterior del juicio, por ejemplo, si se fija una audiencia, y material en cuanto tiende a aclarar el fondo de la causa, como en el caso de que el Tribunal examine a un testigo. Es negativa cuando impide a las partes realizar medidas irrelevantes y positiva en cuanto contribuya a iniciar, continuar o terminar el procedimiento y asegure una base adecuada a la resolución**”.

Lejanos están los tiempos en que se consideraba, o por lo menos se presumía, que los sistemas legislativos eran completos y perfectos. El artículo 4 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 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 pertinente- debieron ser cubiertas por el Juez en base a la búsqueda de lo que se ha dado en llamar el “**espíritu del derecho**”, es decir, los valores y métodos recogidos en otros textos legales.

Más allá de la discusión doctrinaria en torno a su naturaleza (7), lo trascendente es que resulta indispensable regular los criterios lógico-jurídicos que debe tener el Juez para solucionar el conflicto de intereses, e incluso es plausible establecer una prelación entre éstos. El Código ha optado por conceder al Juez la posibilidad de cubrir los vacíos o defectos en la norma procesal, es decir, las lagunas, en base a ciertos recursos metodológicos y a un orden establecido de éstos, consistente en recurrir inicialmente a los principios generales del derecho procesal y, luego, a la doctrina y a la jurisprudencia, respectivamente.

Artículo IV

“Principios de Iniciativa de parte y de Conducta procesal.- El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos.

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

El Juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria.”

Más allá de sus bondades, ningún sistema procesal - ni siquiera el publicístico - puede ser acogido en su integridad. La máxima de que todo extremo es perjudicial tiene en este caso mucho sentido. Así, siempre será indispensable que una persona ejerza su derecho de acción como punto de partida de la actividad jurisdiccional del Estado. Hay incluso algunas expresiones que a manera de principios recorren los estudios procesales (“*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]).

La iniciativa de parte suele denominarse también en doctrina “principio de la demanda privada”, para significar la necesidad que sea una persona distinta al Juez quien solicite tutela jurídica.

7. “Observemos, sin embargo, que la doctrina puede fluctuar en la manera de calificar algunas técnicas de 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” (PERELMAN, CHAIM. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1979, pp. 67 y 68).
8. CARNELUTTI, FRANCESCO. *Estudios de Derecho Procesal*. Trad. de S. Sentis Melendo, Buenos Aires, 1952, T. I, pág. 95.

Camelutti(8) se refiere a este Principio de la siguiente manera: "...la iniciativa de las partes es indispensable no sólo 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 las partes ser suficientemente estimuladas en su cometido de mediadoras entre los hechos y el Juez..."

Aún cuando 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 (*civil law* y *common law*) del sistema de las países orientales. En éste se regula, en algunos casos, el inicio del proceso por acto del mismo tribunal, como lo describe Cappelletti(9).

Dentro de una concepción científica, pero a la vez clásica del proceso, la norma en estudio exige que quien ejercita su derecho de acción afirme -no acredite ni pruebe- que tiene interés y legitimidad para obrar. Es decir, que invoque que su conflicto no tiene otra solución que no sea la intervención del órgano jurisdiccional y, asimismo, que el proceso se desarrolla 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.

Estas categorías procesales -el interés y la legitimidad para obrar- conforman lo que en doctrina se conoce con el nombre de **Condiciones de la Acción**, las que a su vez, son los presupuestos necesarios para que el Juez pueda expedir un pronunciamiento válido sobre el fondo.

A pesar de la rigidez del principio, la misma norma comentada regula las excepciones a la exigencia

de acreditar interés y legitimidad para obrar. Por cierto, las excepciones no pueden ser otras que aquellas que la misma norma procesal admite como tales.

Es el caso del Ministerio Público, que está apto para ser parte en un proceso aún careciendo de la vocación egoísta respecto del conflicto de intereses, implícito en el interés para obrar. También son los casos del procurador oficioso y del patrocinio de intereses difusos, regulados en los artículos 81 y 82 del Código, respectivamente.

Bajo el rubro conducta procesal se han englobado un conjunto de principios destinados a regular la corrección de los intervinientes en el proceso. Bueno es recordar que en este tema la legislación procesal se ha movido tocando los extremos.

La posición tradicional fue no tocar el tema, lo que implícitamente podía entenderse como que, habida cuenta que el proceso era un acto privado, lo que allí ocurriera no tenía porque sujetarse a cánones de conducta legalmente establecidos. La tendencia actual es regular con minuciosidad todo este tema, con tanto detalle que incluso existen severas críticas al respecto (10).

Lo importante es que en la materia el Código ha desarrollado un criterio pragmático. Es decir, no se ha quedado en la formulación legislativa del principio, sino que ha incorporado un sistema de sanciones que aseguran la vigencia real del Principio. Este sistema abarca tanto la sanción pecuniaria (multa), como la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados (el caso del artículo 4, por ejemplo) y también la afectación de la situación procesal del litigante malicioso, llamado también *improbus litigator*.

Los deberes descritos en el artículo se explican por sí mismos; nos referimos a la probidad, lealtad y buena fe. No es el caso del deber de veracidad, incorporado a último momento y, nos parece, sin haberse realizado la discusión y el esclarecimiento que el tema exige.

9. "Esto ocurre, por ejemplo en la Unión Soviética respecto del proceso ejecutivo: no sólo 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" CAPPELLETTI, MAURO. *El Proceso Civil en el Derecho Comparado*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, pág. 25.
10. "Tan reprochable es pecar por defecto como por exceso. La "inflación" legislativa a que asistimos da cuenta de ello. Es que la desmesura con que el legislador contemporáneo, frecuentemente, intenta preservar la eticidad del proceso, conspira contra el logro del propósito buscado" PEYRANO, JORGE W., *El proceso civil Principios y fundamentos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, pág. 224.

El deber de veracidad tal vez sea uno de los temas más discutidos en el proceso civil. Couture, por citar un defensor a ultranza de la necesidad de regular el deber, enseña que la exigencia de veracidad debe alcanzar a todos los sujetos del proceso. Sin embargo, procesalistas de la talla de Wach, Redenti y Calamandrei son enemigos de él, al punto que el segundo ha llegado a calificarlo como un **“instrumento de tortura moral”**.

Nos parece que la regulación del deber de veracidad constituye más que un paso adelante, un salto al vacío del legislador, en el contexto de una incipiente formación científica de Jueces y Abogados, aunado al hecho que se trata de un tema intrínsecamente polémico. Sin embargo, su incorporación será positiva o negativa según el Juez se encuentre en aptitud de calificar su vigencia y aplicación para cada proceso, y dentro de él para cada acto. A esto se refiere Silveira cuando dice (11): **“En el terreno procesal, ciertas mentiras y no todas las mentiras, son ilícitas. No es posible establecer reglas rígidas en terreno tan movedizo, y el prudente criterio del juez desempeña ahí papel preponderante”**.

Precisamente en atención a lo expresado, el último párrafo de este artículo, en concordancia con el Principio de la dirección del proceso por parte del Juez, concede a éste la facultad de hacer efectivo el marco ético previsto en la normativa, asegurando con ello su vigencia.

Artículo V

“Principios 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.

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.”

El Principio de Inmediación tiene por objeto que el Juez -quien va en definitiva a resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica- tenga el mayor contacto posible con todos los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos, lugares, etc.) que conforman el proceso.

La idea es que tal cercanía le pueda proporcionar mayores o mejores elementos de convicción para expedir un fallo que se adecúe a lo que realmente ocurrió u ocurre, es decir, a la obtención de un fallo justo.

La tendencia a usar y abusar de la escritura dentro del proceso es el medio a través del cual se asentó -en la evolución del proceso civil-, el principio de mediación. Esto significa que durante mucho tiempo -todo el medioevo hasta fines del siglo XVIII- se consideró como adecuado precisamente lo contrario de lo que ahora se postula, es decir, que mantener al Juez alejado de los protagonistas del conflicto y de todo aquello que constituyan elementos objetivos de éste, le iba a permitir al juzgador la expedición de decisiones justas.

Así lo describe Cappelletti (12): **“El juez no entra 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.”**.

Al optar por la inmediación, el Código ha privilegiado también la oralidad, es decir, el medio a través del cual se produce este contacto directo entre el Juez y los protagonistas directos o indirectos del proceso.

La opción por la oralidad, contra lo que podría creerse, no descarta la necesidad de la escritura, al contrario, ésta sigue siendo el mejor medio de perpetuar y acreditar la ocurrencia de un hecho o la manifestación de una voluntad, sin embargo, va a dejar de ser **el hecho y el acto mismo**.

11. SILVEIRA, ALIPIO. *La buena fe en el proceso civil*, en Revista de Derecho Procesal, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1947, Año V, No. 2, pág. 288.

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

El Principio de concentración es una consecuencia lógica del principio anteriormente desarrollado. Cualquier organización judicial fracasaría si la participación obligada del más importante de sus personajes -el Juez- debe ocurrir en un número indeterminado de actos procesales. Es imprescindible regular y limitar la realización de actos procesales, promoviendo la ejecución de estos en momentos estelares del proceso.

Tal integración no sólo permitirá que el Juez pueda participar de todas ellas, sino que, además, le otorgará a éste una visión de conjunto del conflicto que va a resolver.

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 objetivo hacerlo efectivo; es el caso de el abandono o la preclusión, para citar dos ejemplos.

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

El **tiempo** cumple un rol esencial y envolvente en el proceso. Casi no es posible encontrar uno 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, que es inversamente proporcional a la misma urgencia de la otra, pero de prolongarlo. El cumplimiento de los actos con prudencia, es decir ni tan lento que parezca inmovilidad ni tan expeditivo que se renuncie a formalidades indispensables, es la expresión adecuada de este principio.

La economía de **gasto** es la necesidad que los costos del proceso no impidan que las partes hagan efectivos todos sus derechos al interior de éste. Lo expresado no basta para reconocer que un Estado pobre y con una fuerte dependencia externa, no puede darse el lujo de tener una administración de justicia absolutamente gratuita. Sin embargo, la economía procesal en este rubro tiende a evitar que las desigualdades económicas que presenta nuestra sociedad sean determinantes para que quien se encuentre en inferior condición, soporte consecuencias procesales por dicho estado.

La economía de **esfuerzos** está referida a la posibilidad de concretar los fines del proceso evitando la realización de actos que, aún regulados, tienen la

calidad de innecesarios para tal objetivo. De alguna manera, un recuento de la evolución histórica del proceso nos enseña que ésta ha consistido en concretar su simplificación, eso es "economía de esfuerzo".

Podetti define esta "economía de esfuerzo" expresando que(13): **"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"**

La parte final del artículo en estudio está referida al Principio de celeridad. Este es la expresión concreta de la economía por razón de tiempo que describimos anteriormente. La celeridad procesal, por otro lado, se expresa a través de diversas instituciones del proceso, por ejemplo, la perentoriedad o improrrogabilidad de los plazos o el impulso del proceso por parte del Juez citado en el artículo II.

Este principio, como el referido al de conducta procesal, está manifestado a través de todo el proceso por medio de normas impeditivas y sancionadoras de la dilación innecesaria, así como por 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 esa concepción el Código quiere proveer a los justiciables, a través de las instituciones reguladas, de una justicia rápida. Si es buena o mala, esto será responsabilidad de sus protagonistas.

La concreción de la celeridad a través de otras instituciones procesales es el medio adecuado de hacerla efectiva. Así lo expresa el mismo Podetti (14): **"...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."**

Artículo VI

"Principio de Socialización del proceso.- El Juez debe evitar que la desigualdad entre las

13. PODETTI, RAMIRO J. *Teoría y Técnica del Proceso Civil*, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1963, pág. 141.

personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado 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 reflejo, también las ideas en las sociedades de este lado del mundo en pleno siglo XX.

Esta influencia abarca por cierto al Derecho y, que duda cabe, también al proceso civil. Así, la tesis que los derechos civiles eran derechos privados, respecto de los cuales cada individuo -su titular- podía hacer lo que quisiera con ellos, tuvo especial significación para el proceso civil.

De hecho determinó el auge de un sistema procesal llamado **privatístico**, consistente en el absoluto dominio que sobre el desarrollo del proceso (su inicio, continuación, suspensión, conocimiento del material probatorio, conclusión, etc.) tienen las partes. Claro, como éstas podían disponer con absoluta libertad sus derechos civiles (privados), también podían disponer del proceso civil que no era más el conjunto de actos en donde se discutía la vigencia de **sus derechos**. Vale decir que el contenido (derecho civil) le dio identidad al continente (proceso), pasando éste a ser un acto privado. Es innecesario un mayor detalle sobre este sistema dado que el Perú a la fecha es tributario de éste, padeciendo todas las patologías que tal vigencia supone.

Otra influencia de la filosofía individualista en el Derecho, estuvo dado 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 pre-revolucionaria, tal postulado constituyó sin duda una conquista social.

Sin embargo, doscientos años más tarde, cuando la estratificación social no tiene ya un origen divino ni legal, pero no por ello ha dejado de existir, el citado postulado deviene por lo menos en discutible. ¿Cuán positivo puede ser que en una sociedad la ley trate 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 económico o social, para citar algunas variables.

En un proceso civil **privatístico** -como el nuestro- la actuación de los medios probatorios tiene un

costo, algunas veces prohibitivo, como el caso de la llamada **inspección ocular**. Bien sabemos lo oneroso que constituye desplazar a un Juez y a un auxiliar al lugar de los hechos. En ese contexto, la actuación de la inspección ocular, imaginemos vital para la solución de la litis, depende de las posibilidades económicas del litigante. Sin embargo, dado que en el sistema privatístico la participación del juez es casi nula, estas situaciones le son totalmente ajenas, aún cuando las llegue a conocer o no.

La estrategia procesal a utilizarse respecto de una determinada pretensión o defensa, depende de la calidad técnica del Abogado. Y en sociedades de consumo como la nuestra, la calidad técnica del Abogado está proporcionalmente ligada a su pretensión por concepto de honorarios.

Si a la fecha un Juez nacional advierte -dentro de un proceso- que la estrategia ha defeccionado por las limitaciones del Abogado, al punto que va a producir un agravio irreparable tanto a su patrocinado como a la **justicia** -cuya realización es el fin de la función del Juez-, no podrá hacer nada. No olvidemos que estamos dentro de un proceso privatístico, por tanto, a pesar de su sentimiento -nos referimos a esa mezcla de razón, voluntad y sindéresis que articulan la decisión de un juzgador-, el Juez tendrá que protocolizar una injusticia.

La orientación **publicística** del Código Procesal Civil se hace evidente con esta norma. Así, el Juez director del proceso no sólo conducirá éste por el sendero que haga más asequible la oportunidad de expedir una decisión justa, sino que, además, está facultado a 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 de justicia.

Tal vez en este artículo, más que en ningún otro, aparezca en toda su importancia y trascendencia el criterio reflexivo del Juez para la aplicación de los principios del proceso. Imposible describir una casuística que delimite con precisión los márgenes del uso correcto de este principio. 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 produzca en su escritorio.

En definitiva, este artículo convierte la vieja tesis de la igualdad ante la ley en la igualdad de las

14. PODETTI, RAMIRO J. *Teoría y...*, op. cit., pág. 135.

partes en el proceso. Sin embargo, no se crea que tal postulado es producto de los estudios contemporáneos, en todo caso, sólo es una recuperación de lo que ocurría en Roma e incluso en los procesos sumarios medievales como lo recuerda Cappelletti(15), quien incluso 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.

Para concluir, si hubiera que citar el antecedente directo de la norma en estudio, pues este sería el apartado 2do. del artículo 3ro. del Código Federal Suizo de Procedimiento Civil -citado por Cappelletti en la obra antes referida- que dice: “**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 invitarlas 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.**”.

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.”

Suele citarse la anécdota del Juez que aburrido por las disquisiciones teórico-jurídicas del Abogado, le exige a éste que explique los hechos, dado que él conoce el derecho (*Venite ad factum, tabo dibi ius*), como el origen histórico del aforismo recogido en este artículo; el que se conoce también con el nombre de *lura novit curia*.

Y, en efecto, esta es la esencia del aforismo: permitir al Juez que aplique la norma jurídica que corresponda a la situación concreta, cuando las partes la hayan invocado erróneamente o no la hayan invocado. Como se advierte, el fundamento del aforismo es la presunción “*iuris et de iure*” que el Juez

tiene un mejor conocimiento del derecho que las partes, en consecuencia, está en aptitud de decidir cuál es la norma aplicable al caso concreto.

También se justifica el aforismo desde una perspectiva teórica, afirmándose que si el juez es el representante del Estado en un proceso, y éste (Estado) es el creador de la norma jurídica, entonces no debe dudarse que su representante -el Juez- es la persona más indicada para identificar y aplicar la norma correcta.

Los postulados científicos del proceso - iniciados y difundidos recién en este siglo - reivindicaron este aforismo presuntamente de origen medieval, razón por la cual ha empezado a regularse expresamente en muchos ordenamientos procesales contemporáneos.

En el derecho peruano se ha presentado una situación singular. El aforismo reaparece -aunque con muchas distorsiones- en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Civil de 1984, es decir, no en un ordenamiento procesal sino en uno material. Desconocemos una situación similar en la legislación comparada, sobretudo, advirtiéndose que se trata de una norma cuyo ámbito de aplicación está dado única y exclusivamente por el proceso, siendo por tanto una típica norma procesal.

Sin embargo, la causa de haber insistido en su regulación en el Código Procesal no es sólo por razón de sistemática, sino también para eliminar las deficiencias que presenta la versión del Código Civil.

Así, el artículo en estudio precisa que el aforismo se aplica en dos supuestos: cuando las partes han invocado erróneamente la norma o cuando no la han invocado. Sin embargo, en el Código Civil no aparece el supuesto de la invocación errónea, que en la práctica debe ser el más común.

Asimismo, el artículo del Código Civil hace referencia a la norma jurídica, lo que podría malentenderse como referida sólo al derecho positivo, cuando el aforismo es más trascendente, en realidad está referido a la fundamentación jurídica de lo pedido, es decir, al envoltorio jurídico (“nomen iuris”) con que la parte presenta su petición.

Si una persona reconviene fundando su pretensión en el derecho de propiedad, cuando de los hechos y de la pretensión propuesta aparece claramente

15. CAPPELLETTI, MAURO. “El proceso...”, op. cit., pág. 70.

que su derecho es posesorio, es respecto de ésta que se debe producir la declaración judicial.

El artículo del Código Civil hace referencia a que la omisión de la norma jurídica ocurra en la **demanda**. Si bien por interpretación extensiva podría decirse que también alcanza a la reconvención, termina siendo un concepto insuficiente, dado que el aforismo impone al Juez el deber de aplicar el derecho que corresponda en el proceso, es decir, durante todo su recorrido y no respecto de un determinado acto procesal, como la demanda, por ejemplo.

Finalmente, el artículo del Código Civil no precisaba los límites del aforismo, es decir, aquellas situaciones en las cuales a pesar de la invocación errónea o inexistente del derecho, no es permisible la intervención del Juez, porque con ella distorsiona su calidad de tercero, es decir, afectaría su imparcialidad. Específicamente se trata de la imposibilidad del Juez de modificar el petitorio -lo que la parte pide, en concreto- o de incorporar hechos no propuestos por las partes o terceros legitimados, tal como ahora sí está previsto en el artículo en estudio.

Artículo VIII

“Principio de Gratuidad en el acceso a la justicia.- El acceso al servicio de justicia es gratuito, sin perjuicio del pago por costas, costos y multas en los casos que establece este Código.”

Desconocemos la existencia de un país en donde la justicia civil sea gratuita. Tal hecho tiene una explicación muy clara: la justicia - no como valor sino como intento de realización humana- es un **servicio**.

El servicio de justicia es tan importante y básico como cualquier otro servicio público a los que tradicionalmente les otorgamos la calificación de indispensables: el de agua, de salud, de electricidad. Tal vez si hubiera una diferencia saltante a tener en cuenta sería que, por muy ultra que sea la concepción neo-liberal del Estado, la justicia es un servicio público imposible de ser privatizado.

Y si la justicia civil es un servicio público del que hace uso el ciudadano cuando quiere que el Estado declare el derecho que corresponde a su conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, entonces no cabe duda que debe tener un costo para quien se sirva de él.

Lo que es más, tratándose de un servicio **sui generis**, en tanto exige como presupuesto para su ejercicio que se realice con absoluta autonomía respecto del poder central, resulta indispensable que el servicio de justicia concrete mecanismos de auto-financiamiento que eviten la forma más burda de intromisión y agravio de la autonomía judicial: El control económico del Estado que, en el caso nacional, es la principal causa sino el presupuesto material de la crisis judicial.

La norma en comentario tiene por objeto asegurar la presencia de los mecanismos de financiamiento antes citados, precisándose -implícitamente- que serán soportados no de manera equitativa, pues esto sería la aplicación del principio trasnochado de la “igualdad ante la ley”, sino en función del uso pertinente y necesario que del proceso hagan las partes. En este contexto, soportará su costo en mayor medida, quien sea declarado perdedor en un proceso pero, por otro lado, financiará el sistema judicial quien lo utilice maliciosamente o quien manifieste una conducta reñida con los valores éticos que sostienen el proceso.

Sin embargo, atendiendo al desarrollo contemporáneo de los fundamentos constitucionales del proceso, se regula que el costo de la actividad procesal no debe estar presente en su iniciación. Es decir, que el derecho a la tutela jurisdiccional -demandar o ser demandado- no debe estar gravado con una exigencia patrimonial, porque tal acto implicaría un agravio a uno de los derechos fundamentales de la persona humana: recurrir a un órgano jurisdiccional.

En síntesis, en el artículo en estudio se promueve la auto-financiación del servicio de justicia atendiendo a lo expresado en el Código, limitando expresamente esta actividad respecto del inicio del proceso, aunque más específicamente sobre el apersonamiento de las partes a éste.

Artículo IX

“Principios de Vinculación y de Formalidad.- Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.

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

Resulta de uso común en las decisiones judiciales la afirmación contundente que **“las normas procesales son de orden público”**. Aún más, es bastante probable que la frase haya servido para sustentar una declaración 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, en el sentido de ser normas obligatorias o vinculantes; al contrario, 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, en la hipótesis que éstas últimas comprendan también el concepto de orden público.

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**, admitiendo que esta dicotomía (Público y Privado) tiene a la fecha un uso relativo y no el categórico y absoluto que se le otorgaba hace algunas décadas.

Pero el que las normas procesales sean de Derecho Público no implica, como resulta evidente, que sean de orden público; aquél concepto tiene que ver con su **ubicación**, éste con su **obligatoriedad**.

Esta es la razón por la que el primer párrafo de este artículo hace referencia a que las normas procesales tienen carácter imperativo como principio, salvo que las mismas normas regulen que algunas de ellas no tienen tal calidad. Es decir, son de Derecho Público, pero no necesariamente de orden público.

El segundo párrafo del artículo en estudio contiene el llamado Principio de elasticidad, según el cual, si bien las formalidades previstas en el ordenamiento procesal son de obligatorio cumplimiento, el Juez -una vez más, el director del proceso- está en aptitud de adecuar la exigencia de cumplir con estos requisitos formales a dos objetivos más trascendentes: la solución del conflicto de intereses o incertidumbre con relevancia jurídica y la paz social en justicia, es decir, a los fines del proceso.

Una vez más queda demostrada la relatividad de los principios y, sobretudo, la considerable importancia que tiene la función del Juez en su aplicación. No hay ni puede haber ningún criterio estadístico que permita prever cuando el principio será correc-

tamente aplicado; será el concepto de justicia que reposa en la conciencia del Juez el que determine su aplicación pertinente.

Artículo X

“Principio de Doble instancia.- El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta.”

Hay algunos temas cuyo reconocimiento constitucional les produce una situación muy curiosa, es como si su ubicación en el texto constitucional los colocara más allá de toda disputa, pasando a convertirse en verdades inmutables sobre las que debe asentarse, por siempre, todo lo que se regule respecto de él.

Así tenemos que en la Constitución vigente se hace referencia -con la calidad de garantía de la administración de justicia- a la **instancia plural**. Esta frase, de dudoso significado, ha sido entendida unánimemente como que contiene la exigencia que todo proceso debe tener más de una instancia.

Sin embargo, conviene precisar que se ha elevado a rango constitucional un principio procesal cuya vigencia depende del sistema procesal que en cada país se haya acogido, es decir, se trata sólo de una opción. Pero, sobre todo, es bueno recordar que se trata de un principio que a la luz del proceso contemporáneo ha sufrido muchos embates.

Así, son muchos los países en los que la necesidad de enfrentar una demanda masiva del servicio de justicia, especialmente a niveles patrimoniales poco considerables, ha determinado la regulación de vías procedimentales en donde el proceso se tramita en una sólo y definitiva instancia.

Es cierto también que los países en los que se han incorporado y consolidado procesos de instancia única, son aquellos que han logrado una considerable evolución del Derecho y del proceso, así como un elevado desarrollo en la solución de sus problemas básicos. Por esa razón, estando al grado de evolución de los estudios procesales en el Perú y de solución de sus problemas esenciales, no sería oportuno por ahora concretar legislativamente procesos de instancia única.

Sin embargo, es importante que un ordenamiento procesal que pretende ser contemporáneo, cree las condiciones para que en un futuro se pueda regular procedimientos de instancia única. Estos, como ya se expresó, deberán ser diseñados para solucionar los problemas generados por la exigencia

masiva de justicia por parte de las mayorías, casi siempre desvalidas e incapacitadas para solventar un proceso largo.

Esta es la razón por la que el artículo en estudio consagra el Principio de la doble instancia para todos los procesos. Con ello se coloca como situación excepcional la tramitación de procesos que transcurran por tres instancias como actualmente hay en el Perú, siguiendo el modelo de los derechos germánicos de hace muchos siglos, permitiéndola para aquellos casos en los que el legislador considere su necesidad.

Por otro lado, la misma norma, sin postular la instancia única, concede al legislador la posibilidad que alguna vez la regule, cuando el contexto socio-cultural lo requiera y la norma constitucional lo permita.

Principios Procesales Tácitamente Incorporados al Código Procesal Civil

No es la idea agotar el elenco de los Principios Procesales conocidos, sino simplemente hacer referencia a aquellos en los que el Código también sustenta su estructura. Sin embargo, a diferencia de los descritos en el Título Preliminar, éstos tienen una presencia implícita en el ordenamiento dado que son consustanciales al proceso, al extremo que no es posible concebir éste sin los principios que a continuación desarrollaremos.

Principio de Contradicción

También se le conoce como Principio de Bilateralidad y, como su nombre lo indica, consiste en que todos los actos del proceso deben realizarse con conocimiento de las partes, aún cuando más específicamente queremos decir que todo acto procesal debe ocurrir con la información previa y oportuna al contrario.

Adviértase que lo trascendente es el **conocimiento**, la actividad que el notificado o informado realice puede o no ocurrir, ese 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**.

En la evolución de los estudios procesales, contemporáneamente 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, asimismo, ésta 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 específica contra quien no comparece, dado que tal acto importaría una violación a la libertad individual, se ha optado por que 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 éste no comparece, al extremo que bien puede significar la pérdida del proceso.

Principio de Adquisición

En un proceso hay elementos activos, es decir, personas que realizan actividad procesal en su interior, es el caso del Juez y las partes, por ejemplo. Sin embargo, el proceso, que duda cabe, es **único**, con absoluta prescindencia de los actos a veces contradictorios que se producen en su interior.

Lo más trascendente del proceso es que los actos que realizan las partes se **incorporan** a éste, son internalizados por este río que es a la vez cauce. El Principio de Adquisición consiste en que una vez incorporados al proceso - nos referimos los actos, documentos o informaciones que hubieran sido así admitidos - dejan de pertenecer a quien lo realizó y pasan a formar parte del proceso, pudiendo incluso la parte que no participó en su incorporación obtener conclusiones respecto de él.

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 que un acto puede tener efectos distintos para cada parte, sin embargo este detalle es secundario, lo trascendente es que desaparece el concepto de pertenencia individual una vez que se incorpora el acto al proceso.

Así, una prueba de peritos o una declaración testimonial produce conclusiones para ambas partes, sea a favor o en contra, con absoluta prescindencia de la parte que la ofreció. Chiovenda(16) lo expresa así: **“Es en realidad un juego de reciprocidad procesal; todo cuanto una parte realiza, se concreta en una actividad procesal que puede ser**

16. CHIOVENDA, JOSE. *“Principios...”*, op. cit., T. II, pág. 204.

perjudicial o beneficiosa para la parte contraria, reflejándose recíprocamente en el desarrollo del proceso.”

Principio de Eventualidad

Este principio está directamente ligado con la diferencia, a veces sutil, que existe entre una estrategia procesal y una conducta maliciosa. Expliquémonos. En nuestro actual proceso es perfectamente factible que una parte reserve lo más importante de su material probatorio para el último momento de la etapa de prueba, a efectos de 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 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 estos plazos.

Precisamente el Principio de Eventualidad lo que impone es el deber de las partes de presentar todo su caudal probatorio -sea de la pretensión o de la defensa- en un momento determinado. Es entonces la relajación de este principio lo que trae consigo la dilación de los procesos y, en algunos casos, incita a la deslealtad procesal.

Al haber regulado la conducta procesal de las partes con su respectivo sistema de sanciones y, asimismo, al haber asumido como requisito de admisibilidad que los medios probatorios se acompañen a las demandas y a las defensas, se ha incorporado al Código en forma íntegra el Principio de Eventualidad.

Calamandrei es un partidario de este Principio, sin embargo, hace algunas acotaciones que resulta importante reproducirlas(17): “... **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 in-**

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

Principio de Publicidad

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

El servicio de justicia debe dar muestras permanentes a la Comunidad que su actividad se desenvuelve en un ambiente de claridad y transparencia. Para ello, que mejor ocasión 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 inquisitivo que estuvo vigente en la legislación europea de hace algunos siglos. Ciertamente es también que a la fecha su reconocimiento es casi unánime.

Por cierto, 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 Millar (18) quien siguiendo el criterio germánico encuentra tres clases de publicidad: una **general (allgemeine Oeffentlichkeit)**, una **mediata (mittelbare Oeffentlichkeit)** y una **inmediata (Partieoeffentlichkeit)**. Es decir, una publicidad para **todos**, otra para **algunos** y otra **exclusivamente para las partes**. Esta última sería por ejemplo en los casos de divorcio por causal, filiación y aquellos en los que el Juez considere necesaria tal restricción.

17. CALAMANDREI, PIERO. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Ed. Ejea, Buenos Aires, Volumen I, 1986, pág. 392.

18. MILLAR, ROBERT WYNESS. *Los Principios...*, op.cit. pág.186.