



La dimensión de la «prohibición de la decisión-sorpresa» a partir del principio de contradicción en la experiencia brasileña y el nuevo Código Procesal Civil de 2015: reflexiones de cara al derecho peruano

The insertion of the «decision-surprise prohibition» in the due process of law in the Brazilian experience and the new Code of Civil Procedure of 2015: reflections destined to the Peruvian law

CAMILO ZUFELATO*
Universidade de São Paulo

Resumen: El artículo analiza la llamada prohibición de la decisión-sorpresa como regla que deriva del principio de contradicción y en tanto innovación del Código Procesal Civil brasileño del año 2015, observando el plano de su incidencia. Llega a la conclusión de que tal prohibición es inherente a la previsión general del derecho de defensa y, por lo tanto, resulta aplicable prescindiendo de una disposición legal expresa, tal como en el caso del derecho peruano.

Palabras clave: decisión sorpresa, derecho de contradicción y amplia defensa, nuevo Código Procesal Civil de Brasil, cognición *ex officio*, cuestiones de hecho y de derecho, derecho peruano

Abstract: This article analyzes the so-called surprise-decision prohibition as a rule that follows from the due process of law and as an innovation of the Brazilian New Code of Civil Procedure 2015, observing its incidence. It concludes that this prohibition is part of the right of defense and therefore applicable without express legal prevision, as is the case of Peruvian law.

Key words: surprise-decision, due process of law, Brazilian new Code of Civil Procedure, judge powers, facts issues and law issues, Peruvian law

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN Y SUS DIMENSIONES.- III. LA PROHIBICIÓN DE LA DECISIÓN-SORPRESA COMO ELEMENTO DE CONTROL Y LIMITACIÓN DE LA ACTUACIÓN JURISDICCIONAL.- IV. EL PLANO DE INCIDENCIA DE LAS MATERIAS DE PROHIBICIÓN DE LA DECISIÓN-SORPRESA.- V. CONTROL Y CONSECUENCIAS DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA DECISIÓN-SORPRESA.- VI. LA APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE LA PROHIBICIÓN DE LA DECISIÓN-SORPRESA AL DERECHO PERUANO.- VII. CONCLUSIONES.

* Doctor en Derecho Procesal por la Universidade de São Paulo. Master por la Università degli Studi di Roma II – Tor Vergata. Profesor Doctor de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de Ribeirão Preto de la Universidade de São Paulo.
Código ORCID: 0000-0003-2920-84-81. Correo electrónico: camilo@usp.br

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo ofrece una reflexión sobre el tema de la denominada prohibición de la decisión-sorpresa. Esta prohibición consiste en la imposibilidad de juzgar o pronunciarse sobre una cuestión o punto respecto del cual las partes no se han manifestado previamente, incluso—y ahí está la novedad legislativa implementada por el Código Procesal Civil brasileño de 2015 (en adelante, CPC)— en relación con las materias conocidas de oficio por el juzgador. Es en ese sentido que el tema aquí comentado está conectado con el principio constitucional de contradicción y amplia defensa. En efecto, este, como principio, ofrece un aspecto de universalidad y generalidad, lo que propicia una rica concepción comparatista, incluso independientemente de la existencia de una norma procesal específica que contemple de forma expresa la prohibición de la decisión sorpresa, toda vez que esta es una dimensión del principio de contradicción y amplia defensa.

Por lo tanto, la hipótesis formulada es que incluso en países como el Perú —en el que no hay una norma expresa que regule esta prohibición, como si la hay en Brasil— es posible sostener su aplicabilidad *de lege lata*, como ha ocurrido en Brasil antes de que se promulgue la norma, así como en otros países europeos que son pioneros en este tema. La metodología que se utilizará en el presente texto será la deductiva: en conformidad con ella, se presentará las posiciones doctrinales, los textos legales de diversos países y también lo juzgado, para concluir que se trata de una regla compatible con el *principio de contradicción*, establecido en el artículo 139, numeral 14 de la Constitución peruana. Por lo tanto, se sostendrá que la regla debería aplicarse, pese a no haber sido explícitamente prevista por el legislador infraconstitucional.

II. EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN Y SUS DIMENSIONES

La afirmación del carácter indispensable del respeto al principio de contradicción y amplia defensa para la validez y eficacia de los proveimientos jurisdiccionales tiene sabor a lugar común. La Constitución Federal de Brasil regula el principio en el capítulo de los derechos y garantías fundamentales, en el artículo 5, inciso VI: «a los litigantes, en proceso judicial o procedimiento administrativo, y a los acusados en general, se les asegura el derecho de contradicción y amplia defensa con los medios y recursos a ella inherentes». Para muchos, este principio también está incluido dentro de la cláusula constitucional del debido proceso, en el artículo 5, inciso LIV («nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso»), como el derecho inviolable de las partes de poder deducir sus razones en juicio, imprescindible para un proceso justo, marcado por el *due process of law*.

23

La Constitución brasileña es relativamente reciente, promulgada en 1988 en un momento de transición democrática, poco después del atroz régimen militar. Dicho régimen privó a las partes de sus garantías procesales, en flagrante afrenta a los derechos fundamentales, incluso a los de carácter procesal, de manera que la Constitución vigente está repleta de explicitaciones de estos derechos fundamentales procesales. Este es el caso del derecho al debido proceso y el derecho de contradicción y amplia defensa. Al constitucionalizárselos, se dejó fuera de duda su aplicabilidad inmediata en el ámbito judicial y también administrativo.

Es cierto que el carácter indispensable del contradictorio en la experiencia jurídica de los sistemas democráticos es tan evidente que, aunque no había ninguna disposición constitucional expresa contemplando tal principio, su contenido se manifiesta en la propia dialécticidad del proceso, de forma tal que sería imposible no considerar sus matices bajo el argumento de falta de disposición expresa —ya sea constitucional o infraconstitucional—. De hecho, esto es la idea central detrás del concepto de proceso de Elio Fazzalari: el proceso es un procedimiento en contradictorio; lo que anima a los actos procesales, a las partes o al juicio es la bilateralidad consistente en el contradictorio. Sin contradictorio no existe proceso (Fazzalari, 1996).

La naturaleza constitucional del principio de contradicción no solo está relacionada con la necesidad de que las partes puedan ejercer el derecho a defender sus pretensiones al mismo tiempo que contradicen las pretensiones de la contraparte, sino también con el hecho de que la idea del contradictorio es que se permita la *participación* con el fin de *influir*, especialmente como *mecanismo político-legal de control del poder jurisdiccional*. En otras palabras, el principio de contradicción encierra en sí un derecho fundamental a un proveimiento jurisdiccional justo y adecuado —vale la pena recordar el *giusto proceso* al que se refieren los italianos— que ha sido producido *con* y *de* la participación de los litigantes, y *para* ellos¹.

Esta es la razón para imbricar el campo infraconstitucional —incluyendo el procesal— con el objetivo de identificar las dimensiones contenidas en esta verdadera cláusula general denominada principio de contradicción. El fin de ello es revelar cómo la doctrina, la jurisprudencia y, más recientemente, la ley han evolucionado y ahora se ocupan de una nueva dimensión del principio de contradicción, que, al menos en Brasil, ha sido llamada la *prohibición de la decisión-sorpresa*.

1 «Lo que prevalece, por lo tanto, es que el contradictorio del debido proceso va más allá de la bilateralidad o la igualdad de oportunidades que se brinda a los litigantes, para establecer un *diálogo entre el juez y las partes*, garantizando al proceso “una actividad verdaderamente dialéctica”, en proporciones que no solo puedan redundar en un *procedimiento justo*, sino también en una *decisión justa*, tanto como sea posible» (Theodoro, 2016, p. 86).

LA DIMENSIÓN DE LA «PROHIBICIÓN DE LA DECISIÓN-SORPRESA» A PARTIR DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN LA EXPERIENCIA BRASILEÑA Y EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2015: REFLEXIONES DE CARA AL DERECHO PERUANO

THE INSERTION OF THE «DECISION-SURPRISE PROHIBITION» IN THE DUE PROCESS OF LAW IN THE BRAZILIAN EXPERIENCE AND THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE OF 2015: REFLECTIONS DESTINED TO THE PERUVIAN LAW

En un nivel doctrinal,

decisión-sorpresa es una decisión fundada en premisas que no fueron objeto del debate previo o respecto de las cuales no se tomó conocimiento previo alguno en el proceso en la que se dictó. Es decir, la decisión es una sorpresa cuyos fundamentos no fueron mencionados en el proceso o respecto de aquellos casos donde no se ha dado la oportunidad de pronunciarse previamente. Es una decisión que sorprende a todo el mundo al pronunciarse, porque nadie —excepto quien la emitió— ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento previo de sus fundamentos. En otras palabras, es una decisión que no ofrecía de manera previa la posibilidad de conocimiento o expresión de sus fundamentos (Souza, 2014, p. 136).

Esto se debe a que, tradicionalmente, el principio de contradicción siempre se ha identificado con la máxima *auditor et altera pars* —entre nosotros conocido como la bilateralidad de la audiencia—. De acuerdo a esta máxima, las partes deben ser escuchadas para que el órgano facultado para tomar decisiones pueda emitir su decisión. Sin la previa audiencia de las partes, no hay como ejercitar el contradictorio, es decir, no hay como ofrecer sus razones y oponerse a las razones de la contraparte. En este sentido, el binomio *notificación* (indispensable) y *participación* (prescindible) —como núcleo fundamental de la contradicción y amplia defensa, y que proporciona *información* y *reacción*— construye la *dialecticidad estructurante* de cualquier relación procesal.

Evidentemente, la bilateralidad de la audiencia sigue siendo la esencia del principio de contradicción, si bien con algunos despliegues (o incluso consecuencias) que han generado una nueva percepción de este principio. Si la participación de las partes se ha dado siempre con el fin de que estas hagan valer sus pretensiones, es evidente que el alcance más amplio de dicha participación consiste en influir en el órgano que juzga con el objetivo de que este emita una decisión que les sea favorable. Por lo tanto, el contradictorio también tiene la función de mejorar al máximo la capacidad de las partes para influir en el juez. Se trata, pues, de la posibilidad de participar e influir.

En Brasil, y también en otros países como Italia y Portugal, esta interacción de las partes con el juez con vistas a promover un proceso justo pasó a ser denominada interacción de *cooperación* o *colaboración procesal*². Ello acabó por resignificar en el principio de contradicción un aspecto que hasta ese entonces era destacado como una característica del principio.

2 Este principio también se ha explicitado en el artículo 6 del nuevo CPC brasileño: «Todos los sujetos del proceso deben cooperar a fin de obtener, en un plazo razonable, una decisión sobre el fondo justa y efectiva».

En un pasaje emblemático de la doctrina de Brasil, se hace hincapié en que la prohibición de la decisión sorpresa deriva de la búsqueda de una mayor cooperación entre los sujetos procesales.

En la medida en que se comprende al contradictorio como el derecho a influir, la regla consiste en que todas las decisiones finales de la corte estén respaldadas únicamente en cuestiones anteriormente debatidas por las partes —es decir, que la decisiones versen sobre un asunto previamente debatido por las partes—. En otras palabras, se prohíbe el juicio de *terza via*. Existe la prohibición de la decisión sorpresa (*Verbot der Überraschungsentscheidungen*). El derecho a la contradicción promueve la participación de las partes en un tribunal, tutelando la seguridad jurídica de los ciudadanos en los actos jurisdiccionales del Estado: las partes tienen derecho a confiar en que el resultado del proceso se alcanzará mediante el material conocido y debatido previamente. Esta nueva idea de contradictorio, como se percibe fácilmente, acaba alterando la forma en la que el juez y las partes se comportan ante el ordenamiento jurídico que debe ser interpretado y aplicado en la solución del caso. Desde este nuevo punto de vista, es absolutamente imprescindible que las partes tengan la posibilidad de pronunciarse sobre todo lo que pueda servir como punto de apoyo para la decisión de la causa, incluyendo aquellas cuestiones que el juez puede apreciar de oficio (CPC, art. 10). Por lo tanto, de no respetarse lo estipulado, existe una clara violación de la colaboración y del diálogo en el proceso, así como una inequívoca afrenta al deber judicial de consulta y al contradictorio. Esta exigencia, de un lado, encuentra un claro apoyo en el interés público por llegar a una solución bien formada para el caso llevado a juicio, por lo que no puede ser considerada en modo alguno como una providencia construida a partir del interés exclusivo de las partes. Esto se debe a que el debate judicial amplía necesariamente el marco de análisis, de modo tal que obliga al cotejo de varios argumentos, mitiga el peligro de opiniones preconcebidas y favorece la formación de una decisión más abierta y ponderada. La exigencia funciona, pues, como un claro instrumento de democratización del proceso. Por otro lado, mejora la confianza del ciudadano en el Poder Judicial: en efecto, el ciudadano legítimamente espera que la decisión judicial tenga en cuenta solo las proposiciones en las que podrá ejercer su derecho a conformar el juicio (Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2016, p. 162).

Así, la llamada prohibición de la decisión-sorpresa no es más que una dimensión del principio de contradicción, según la cual las partes no pueden ser sorprendidas por una decisión respecto a una cuestión que no ha sido expresada y previamente discutida, incluyendo lo referente a las tradicionales materias de conocimiento de oficio —las cuales, en una visión más tradicional del contradictorio, no dependían de la discusión previa entre las partes—. En otras palabras, la prohibición

25

LA DIMENSIÓN DE LA «PROHIBICIÓN DE LA DECISIÓN-SORPRESA» A PARTIR DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN LA EXPERIENCIA BRASILEÑA Y EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2015: REFLEXIONES DE CARA AL DERECHO PERUANO

THE INSERTION OF THE «DECISION-SURPRISE PROHIBITION» IN THE DUE PROCESS OF LAW IN THE BRAZILIAN EXPERIENCE AND THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE OF 2015: REFLECTIONS DESTINED TO THE PERUVIAN LAW

de la decisión sorpresa como contenido del contradictorio expresa la necesaria compatibilidad entre el deber de prestación jurisdiccional justa, celeridad y efectiva, y la participación para influenciar que es un derecho fundamental de las partes. El principio del contradictorio puede ser visto, entonces, a partir de dimensiones distintas: la de permitir la participación como expresión de la defensa de los propios intereses y la de ver en esa participación la capacidad de influir en el órgano juzgador³. En la primera, encontramos la noción tradicional de notificación y participación; en la segunda, la noción de participación e influencia.

El CPC de 2015 ilustra bien estas dimensiones del principio del contradictorio en tres artículos en el capítulo de las normas fundamentales del proceso civil:

Art. 7. Está asegurada a las partes la igualdad de tratamiento en relación con el ejercicio de los derechos y facultades procesales, con los medios de defensa, con las cargas, con los deberes y con la aplicación de sanciones procesales, correspondiendo al juez velar por el efectivo contradictorio.

Art. 9. No se emitirá decisión contra una de las partes sin que esta sea previamente oída.

Párrafo único. Lo dispuesto en el *artículo* no se aplica:

I - a la tutela anticipada de urgencia;

II - a las hipótesis de tutela de evidencia previstas en el art. 311, incisos II y III;

III - a la decisión prevista en el art. 701.

Art. 10. El juez no puede decidir, en ningún grado de jurisdicción, sobre la base de un fundamento respecto del cual no se haya dado a las partes oportunidad de manifestarse, aunque se trate de materia sobre la cual deba decidir de oficio.

Los artículos 7⁴ y 9⁵ se centran en la idea del contradictorio como necesidad de participación y paridad de armas, incluso en el caso del llamado *contradictorio diferido*, el cual consiste en la posibilidad de decisiones *inaudita altera parte* cuando se configuren los requisitos de urgencia o de evidencia. A su vez, el artículo 10 se enfoca explícitamente en la idea de la indispensabilidad de la oportunidad de defensa sobre

3 Hay también quien sostiene que participar es la dimensión formal del principio e influir la dimensión sustancial (Didier, 2015.b, p. 79).

4 Se trata de la idea de igualdad y contradictorio como concepción más tradicional que la de contradictorio y paridad de armas y defensa, en el sentido de producción de todo el arsenal argumentativo y probatorio a fin de hacer prevalecer la posición de quien lo utiliza.

5 Se trata de la regla básica de la *bilateralidad de la audiencia, audir et altera parte*. Esta comporta excepciones, no solo en función de la urgencia o de la evidencia, como está plasmado en los incisos, sino sobre todo por la idea de que el uso de la norma se condiciona a evitar un perjuicio. Si no hay perjuicio, no hay que aplicarla, como en la improcedencia liminar del pedido regulado en el artículo 332 del CPC del 2015 y la falta de necesidad de audiencia del reo, quien se beneficia de la decisión.

toda cuestión que pueda ser objeto de la decisión, evitándose así la llamada decisión-sorpresa.

La explicitación en tres artículos distintos del contenido del principio de contradicción resulta prácticamente de naturaleza didáctica, pretendiendo destacar la novedad legislativa que consiste en el tratamiento de la prohibición de la decisión-sorpresa. Como se verá en otro momento, ello no significa que la obediencia a esa dimensión del principio del contradictorio dependa de la previsión legal, sino tan solo que la elección del legislador brasileño tiene el fin didáctico de reforzar tal indispensabilidad.

En realidad, Brasil siguió una tendencia legislativa de países europeos que recientemente introdujeron en sus códigos procesales civiles una norma explícita de exigencia del principio del contradictorio —en especial Alemania, Francia, Italia y Portugal⁶—. Apunta la doctrina que el primer país que introdujo en su ordenamiento procesal la prohibición de la decisión sorpresa fue Alemania, con la prohibición de la *Überraschungsentscheidung*, la cual fue instituida por la *Vereinfachungs novelle* de 1976, con la redacción de la *Zivilprozessordnung* (ZPO) 278, III. El instituto siguió evolucionando y perfeccionándose. Actualmente está regulado en la ZPO (Dirección del proceso material, 139, 2)⁷, con la modificación dada por la reforma de 2001 (Nery, 2016, p. 266). Acerca del tratamiento legal dado en Alemania, Nery señale que:

El cambio del texto anterior de la ex ZPO § 278, III, al actual, de la vigente ZPO § 139, 2, es significativo. En el texto anterior eran objeto de protección solo las situaciones *jurídicas*, mientras que en la redacción actual cualquier situación, *de hecho* o *de derecho*, es alcanzada por la protección contra la decisión-sorpresa. Otra enmienda se refiere a la obligatoriedad de que el tribunal *haga advertir a las partes*, comunicándoles sobre la posibilidad de que haya cuestiones que puedan haber pasado desapercibidas para los litigantes o que, de oficio, puedan ser decididas por el juez. Este *deber de advertencia* no figuraba en la redacción revocada, aunque siempre fue considerada, tanto por la doctrina y la jurisprudencia, como necesaria. El deber de advertencia atribuido al juez ha sido considerado por la doctrina como el *núcleo central* del principio constitucional del contradictorio (2016, p. 267).

6 Acerca del análisis del derecho extranjero sobre el tema, véase Mallet (2014). El autor menciona que también Austria prohíbe en su Código Procesal Civil las decisiones-sorpresa: «182a. De acuerdo con el comentario de Albert Henke, ante la nueva regla legal, “el tribunal debe discutir con las partes sus alegatos de hecho y de derecho, evitando arribar a decisiones, precisamente, ‘sorpresas’, fruto del propio convencimiento que no ha sido objeto del necesario examen previo de estas últimas”» (2014, p. 402).

7 «El tribunal puede basar su decisión en un aspecto que una parte ha pasado por alto o que ha considerado insignificante, siempre y cuando no se trate simplemente de una pretensión subordinada, solo si se le ha dado la notificación correspondiente de este hecho y se le ha permitido tener la oportunidad de abordar la cuestión. Se procederá del mismo modo en cualquier aspecto que el tribunal valore de manera distinta que las dos partes».

En Francia, el Código Procesal Civil reguló el tema en el artículo 16, de forma más explícita en la parte final, prescribiendo que:

El juez debe, en todas las circunstancias, hacer observar y observar él mismo el principio de contradicción. Él no puede retener, en su decisión, los medios, las explicaciones y los documentos invocados o producidos por las partes, a menos que hayan sido debatidos contradictoriamente. *Él no puede fundamentar su decisión sobre los medios de derecho que él haya aplicado de oficio sin haber previamente invitado a las partes a presentar sus observaciones* [las cursivas son mías].

En Italia, el tema es conocido como *decisione della terza via* o también *sentenze a sorpresa* (sin duda, esta denominación influyó para la nomenclatura usualmente utilizada en Brasil) y tiene como fundamento normativo dos normas, ambas del Código Procesal Civil italiano:

Artículo 101, párrafo 2:

En caso piense plantear como fundamento de la decisión una cuestión conocida de oficio, el juez reserva la decisión, concediendo a las partes, bajo pena de nulidad, un plazo no menor de veinte ni mayor de cuarenta días a partir de la comunicación, para presentar en el registro de memorias observaciones respecto a la misma cuestión.

Artículo 183, párrafo 4:

En la audiencia de debate o también en las establecidas de conformidad con el tercer párrafo, el juez requiere a las partes, sobre la base de los hechos alegados, realizar las aclaraciones necesarias e indicará las cuestiones de oficio conocidas de las que sería apropiado debatir.

Es importante destacar que, en Italia, el *párrafo 2* del artículo 101 fue introducido solamente en el año 2009. Sin embargo, antes de eso la *Corte di Cassazione* italiana ya aceptaba, incluso sin previsión legal, la prohibición de decisiones de *terza via*⁸. En cuanto a las profundas discusiones doctrinales que comentaban las posiciones jurisprudenciales de la *Cassazione* antes de la modificación legislativa, aunque hubo voces en el sentido de que no cabía nulidad ante la decisión *di terza*

8 «Incluso en el sistema anterior a la introducción del segundo párrafo del artículo 101 del Código Procesal Civil (conforme al cual el juez, en caso piense plantear como fundamento de la decisión una cuestión conocida de oficio, debe conceder a las partes, "bajo pena de nulidad", un plazo "para presentar en el registro de memorias observaciones respecto a la misma cuestión") operaba —con el artículo 45, párrafo 13 de la ley de 18 de junio de 2009, n. 69— el deber constitucional de evitar decisiones consideradas "sorpresa" o de la tercera vía [*terza via*], el cual se adopta en violación del principio de "paridad de armas". Dicho deber tenía un fundamento normativo específico —a saber, el artículo 183 del Código Procesal Civil que, en el tercer párrafo (ahora cuarto, de conformidad con el artículo 2, párrafo 3, literal c bis del decreto legislativo del 14 de marzo de 2005, n. 35, convertido en ley el 28 de diciembre de 2005, n. 263) daba la carga al juez de indicar, a las partes, "las cuestiones de oficio conocidas de las que sería apropiado debatir"—» (Sassani & Genovese, 2014, p. 283; con referencia a la *Cassazione* del 7 de noviembre de 2013, número 25.504).

via, la posición mayoritaria y prevalente era en el sentido de que tales decisiones sí eran nulas⁹.

Por otra parte, con respecto a la redacción dada al artículo 183, párrafo 4, del Código Procesal Civil italiano —el cual había sido incluido en el marco de la llamada audiencia de debate [*di trattazione*] (que *grosso modo* equivale, en razón de las actividades judiciales desarrolladas, a la audiencia de saneamiento del derecho brasileño)—, la jurisprudencia de la *Cassazione* reconoce expresamente que el juez no puede basar su decisión en materia fáctica que no ha sido debatida entre las partes¹⁰.

También el derecho procesal civil portugués, en la reciente reforma al que fue sometido para la edición en el nuevo Código Procesal Civil, adoptó una regla expresa en el sentido de contemplar la prohibición de la decisión-sorpresa. Así, de conformidad con el artículo 3,3:

El juez debe observar y hacer cumplir, a lo largo de todo el proceso, el principio del contradictorio, no siendo lícito, salvo en caso de manifiesta falta de necesidad, decidir cuestiones de derecho o de hecho, aun cuando sea de conocimiento de oficio, sin que las partes hayan tenido la posibilidad de pronunciarse sobre estas.

En síntesis, las legislaciones procesales más recientes del *civil law* siguieron la senda de prever expresamente la imposibilidad de decisiones judiciales basadas en cuestiones sobre las cuales no se da la oportunidad de manifestarse a las partes. En efecto, ellas impiden la participación de las partes con el fin de influir en el juzgador. Incluso en los países en los que la regla de la prohibición-sorpresa fue adoptada recientemente, la doctrina y la jurisprudencia admitían su vigencia independientemente del texto legal.

III. LA PROHIBICIÓN DE LA DECISIÓN-SORPRESA COMO ELEMENTO DE CONTROL Y LIMITACIÓN DE LA ACTUACIÓN JURISDICCIONAL

La función más relevante de la prohibición de la decisión-sorpresa es imponer límites a la actuación jurisdiccional en el acto de juzgar. Es evidente que la audiencia de las partes en situaciones ordinarias, relativas a sus propios intereses, siempre fue una exigencia que debía

9 En particular, véanse los diversos comentarios a la sentencia de la Corte di Cassazione número 14637/01: Luiso (2002, pp. 1611-1615); Chiarloni (2002, pp. 1362-1365); Consolo (2006); Sommagio (2007).

10 «Queda prohibido a los tribunales basar sus decisiones en hechos que no respondan a una alegación oportuna de las partes, es decir, el tribunal no puede basar su decisión sobre un hecho, considerado extintivo, modificativo o impeditivo, que no se haya deducido o alegado por las partes o al menos que no sea resultado de los actos de la causa [...] y que esta alegación no solo es necesaria, sino que también debe ser oportuna, es decir, debe realizarse como máximo en el plazo en el que el proceso de primera instancia se determina definitivamente el *thema decidendum* y el *thema probandum*, a saber, dentro del plazo perentorio, eventualmente fijado por el juez de conformidad con el artículo 183, quinto párrafo del Código Procesal Civil» (Cassazione 14581).

ser respetada, so pena de violar el contradictorio y el debido proceso. Sin embargo, las *materias cognitivas de oficio* estaban protegidas de la exigencia de audiencia previa de las partes, tal como si estas no fueran las destinatarias de la prestación jurisdiccional. El protagonismo estaba centrado en su totalidad en la figura del juez y en su papel de aplicar el ordenamiento jurídico al caso concreto. Por ello, más importante era poner fin al proceso que ofrecer tutela jurisdiccional adecuada.

La prohibición de la decisión-sorpresa limita la actuación jurisdiccional, restableciendo a las partes en el centro de la prestación jurisdiccional, con el fin de dar un nuevo sentido al muy tradicional principio de contradicción y de la amplia defensa como fundamento limitador de la actuación jurisdiccional. Como bien ha observado la doctrina, la publicización del derecho procesal no autoriza decisiones arbitrarias, en el sentido de suprimir la audiencia previa de las partes:

La moderna concepción pública del proceso civil no implica la dilatación del poder estatal, mediante el ejercicio ilimitado de la actividad jurisdiccional, pero sí presupone la existencia de un juez, independiente e imparcial, que dirige los actos procesales, siguiendo normas legales preestablecidas, las cuales tienden a tutelar derechos que reclaman protección, sometidos a la cognición del Poder Judicial por exclusiva iniciativa de los respectivos titulares o de quienes están legitimados a actuar en nombre propio defendiendo intereses ajenos. Por lo tanto, surge la instrumentalidad del proceso como vector institucionalizado en pro de la efectividad del derecho material (Tucci, 2015, p. 278).

Puede parecer obvio, pero no siempre es reconocido: el contradictorio también está destinado al juez. En el ejercicio de posibilitar las manifestaciones de las partes, instruye el acto y a partir de ahí forma su convencimiento¹¹.

IV. EL PLANO DE INCIDENCIA DE LAS MATERIAS DE PROHIBICIÓN DE LA DECISIÓN-SORPRESA

En primer lugar, en el plano subjetivo, si el principio del contradictorio pretende permitir la participación con vistas a influir en el juzgador, es claro que la prohibición de la decisión sorpresa no se restringe al demandante y al demandado del proceso, sino que se extiende también

11 «Además, actualmente se enfatiza que el propio juez debe, él mismo, observar el contradictorio. Hay un "deber de diálogo" del juez con las partes. Por ejemplo, si de oficio el juez trae un nuevo elemento probatorio para el proceso o constata la probable existencia de un hecho de orden público (apto en principio para generar la extinción anormal del proceso), en vez de decidir directamente, le corresponde escuchar antes a las partes. Lejos de ser un mero formalismo, el debate del juez con las partes, además de estar en conformidad con el carácter ético del proceso, asegura decisiones de mejor calidad. Este aspecto del principio es extraordinariamente destacado en el Código de Proceso Civil de 2015» (Wambier & Talamini, 2015, p. 81).

31

a los *terceros intervinientes*, al *Ministerio Público* (cuando este actúe en calidad de fiscal del orden jurídico) y, también, al *amicus curiae*, en los procesos en que sea admitido (Bueno, 2015). Esto significa que el órgano juzgador deberá, siempre, escuchar a todos los interesados, antes de que pronuncie una decisión judicial que los afecte directamente —en el caso de las partes y de los terceros interesados—. Lo dicho se aplica también a los representantes de intereses sociales relevantes o de grupos sociales, como es el caso del Ministerio Público o de los *amici curiae*.

En el plano objetivo —es decir, en lo referente a las materias que dependen de la audiencia previa de las partes antes del pronunciamiento judicial—, la redacción legal del artículo 10 del CPC brasileño utiliza la expresión *fundamento* con respecto al cual no se haya dado a las partes la oportunidad de manifestarse, destacando además que tal prohibición recae también en la *materia* sobre la cual se deba decidir de oficio. Es evidente que las expresiones *fundamento* y *materia* están dotadas de múltiples sentidos en el campo procesal, de forma que se hace necesaria una aproximación al contenido de tales términos.

En primer lugar —antes incluso de afrontar este tema y, sobre todo, para esclarecer la aplicación de la prohibición de la decisión-sorpresa sobre materia conocible *ex officio*—, es importante dejar en claro que *conocer* de oficio no es lo mismo que *juzgar* de oficio, o juzgar sin previo contradictorio. El hecho de que haya, en el derecho procesal, un conjunto de materias que, en función de la relevancia procesal que poseen, autorizan que el juez las conozca independientemente de la petición de las partes —materias que, en expresión ya superada, eran también llamadas materias de orden público—, permite solamente que el juez plantee la discusión sobre estas cuestiones, con el fin de estimular el debate entre las partes que se preparan para el juzgamiento. En resumen, *conocer de oficio, sí; pero juzgar sin el previo contradictorio, no*¹².

La mencionada distinción es importante porque la redacción legal del artículo 10 del CPC brasileño sujeta al contradictorio mismo las decisiones sobre dichas materias conocidas *ex officio* —como los casos emblemáticos de la prescripción y de la caducidad—. Además, hay muchas otras decisiones que son relevantes para el proceso y que tradicionalmente eran vistas como decisiones en torno a las que se podían prescindir de la audiencia previa de las partes, como, por ejemplo, los supuestos procesales y las condiciones de la acción (ver artículos 278,

LA DIMENSIÓN DE LA «PROHIBICIÓN DE LA DECISIÓN-SORPRESA» A PARTIR DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN LA EXPERIENCIA BRASILEÑA Y EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2015: REFLEXIONES DE CARA AL DERECHO PERUANO

THE INSERTION OF THE «DECISION-SURPRISE PROHIBITION» IN THE DUE PROCESS OF LAW IN THE BRAZILIAN EXPERIENCE AND THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE OF 2015: REFLECTIONS DESTINED TO THE PERUVIAN LAW

12 «El dispositivo prohíbe que el órgano juzgador adopte una decisión basada en la cuestión, cualquier cuestión, respecto de la cual no se ofreció a la parte la oportunidad de pronunciarse. La norma se aplica a las cuestiones que el órgano juzgador puede conocer *ex officio*, como las que se refieren a la admisibilidad del proceso (artículo 485, § 3). Entonces, surge una distinción que es muy útil y poco recordada. Una característica del órgano juzgador es poder conocer de oficio, poder actuar de oficio, sin provocación de la parte. Otra circunstancia, muy distinta, es que el órgano jurisdiccional pueda actuar sin escuchar previamente a las partes. *El poder actuar de oficio es poder actuar sin provocación*» (Didier, 2015. a, p. 37).

330, 337, 485, por ejemplo, del CPC de 2015). Incluso en la imposición de multa a los litigantes de mala fe o en los actos que atentan contra la dignidad de la justicia, el CPC exige que haya previa manifestación de parte (artículos 77, §§ 1 y 2, y artículo 772, ambos del CPC).

Además de las cuestiones conocidas de oficio, es preciso analizar mejor la expresión *fundamentos*, expresión que el artículo 10 emplea. Como toda materia discutible en el proceso se relaciona con materias de hecho y materias de derecho, ese parece ser el mejor encuadramiento para verificar el espectro de aplicabilidad de la prohibición de la decisión-sorpresa. Considero que se debe dar mayor importancia a las materias de derecho, puesto que suponen un mayor ámbito de aplicación. En efecto, es bastante tradicional entre los países del *civil law* la máxima de que el juzgador siempre puede calificar jurídicamente los hechos de manera libre, como consecuencia del brocardo *iura novit curia*, vigente también en el derecho brasileño.

Es claro que la adopción explícita de la prohibición de la decisión-sorpresa no imposibilita a que el juez proceda al encuadramiento jurídico de los hechos alegados; así, tan solo impone una limitación en el sentido de que, si el juez entiende que el fundamento jurídico aplicable al caso es otro, distinto de aquel traído por las partes, o el sentido del fundamento jurídico es diferente del sentido sostenido por las partes, el juez tiene el deber de permitir que las partes se pronuncien sobre ese fundamento jurídico o sentido jurídico de la norma que él entiende aplicable. Como señala la doctrina, «el juez tiene el deber de posibilitar a las partes que lo influncien respecto al acierto o desacierto de la solución que pretende otorgar al caso concreto. Esto quiere decir que la máxima del *iura novit curia* sigue estando plenamente vigente en el nuevo Código: solo su aplicación está condicionada al diálogo previo con las partes» (Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2016, p. 162). La discusión sobre los fundamentos jurídicos involucrados en la demanda se aplica incluso a las cuestiones de inconstitucionalidad de la norma aplicable al caso¹³.

La doctrina considera que esta limitación del encuadramiento jurídico de la *causa petendi* se justifica en el modelo de Estado Constitucional que Brasil posee y en el modelo democrático del proceso que está plasmado en el país. De este modo, incluso la seguridad jurídica se violaría si el juez

13 «El órgano jurisdiccional no puede decidir sobre la base de un argumento, una cuestión jurídica o una cuestión de hecho no planteada por las partes en el proceso. Supóngase: el órgano jurisdiccional, por ejemplo, verifica si la ley es inconstitucional. Nadie alegó que la ley sea inconstitucional. El autor solicitó, sobre la base de una determinada ley; la otra parte alega que dicha ley no se aplica al caso. El juez entiende de otra manera, aún no alegada por las partes, lo siguiente: "Esa ley señalada por el autor como fundamento de su petición es inconstitucional. Por lo tanto, juzgo improcedente la demanda". El órgano jurisdiccional puede hacerlo, pero debe someter este nuevo enfoque a discusión de las partes» (Didier, 2015.b, p. 81).

sorprendiera a las partes con un fundamento jurídico no discutido antes de la decisión¹⁴.

En cuanto a la materia fáctica, la aplicación de la prohibición de la decisión-sorpresa merece un cuidado especial. Esto es así porque en Brasil rige el *principio de la demanda*, según el cual son las partes quienes definen el material fáctico que compone el *thema decidendum*. Por ello, cualquier ampliación o reducción de tal *thema* viola el principio de la demanda y, por lo tanto, se está ante un vicio decisorio que nulifica la decisión¹⁵. Es decir, aunque se admita la posibilidad de que el juzgador aprecie la materia fáctica de oficio, tales materias deben estar limitadas a la *causa petendi* expresamente deducida por las partes. Más que en función de una decisión-sorpresa, el juez está limitado por la *causa petendi* definida por las partes¹⁶.

Por consiguiente, ¿habría materia fáctica a ser conocida *ex officio* por el juzgador? La respuesta es sí. Dentro de los límites de la *causa petendi*, el juez puede tener en cuenta, al decidir, hechos que queden comprobados a lo largo del proceso, incluso porque se aplican cada vez con mayor vigor los poderes de la *instrucción probatoria de oficio*. En ese sentido, además, traigo a colación el derecho extranjero, el cual expresamente prevé la incidencia de la regla de la prohibición de la decisión-sorpresa también en las cuestiones fácticas: así, por ejemplo, el Código Procesal Civil portugués, menciona las «cuestiones de derecho o de *hecho*»; asimismo, sobre la reforma de la ZPO alemana, sostiene Nery que «en el texto anterior eran objeto de la protección solo las situaciones *jurídicas*, mientras que en la redacción actual cualquier situación, *de hecho* o *de derecho*, es alcanzada por la protección contra la decisión-sorpresa» (2016, p. 267). En suma, también los hechos están sujetos a la prohibición de la decisión-sorpresa.

LA DIMENSIÓN DE LA «PROHIBICIÓN DE LA DECISIÓN-SORPRESA» A PARTIR DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN LA EXPERIENCIA BRASILEÑA Y EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2015: REFLEXIONES DE CARA AL DERECHO PERUANO

THE INSERTION OF THE «DECISION-SURPRISE PROHIBITION» IN THE DUE PROCESS OF LAW IN THE BRAZILIAN EXPERIENCE AND THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE OF 2015: REFLECTIONS DESTINED TO THE PERUVIAN LAW

14 «En el marco del Estado Constitucional y teniendo en cuenta la línea metodológica del formalismo valorativo, el derecho al contradictorio impone el deber al juez de propiciar que las partes debatan respecto al material jurídico recogido a lo largo del proceso, lo que se deriva, además de la previsión expresa del Código Procesal Civil (artículos 9 y 10), de la propia estructura democrática del proceso justo» (Domit, 2016, p. 305).

15 «De hecho, el demandado debe y puede manifestarse precisamente sobre los hechos alegados por el demandante (CPC, artículo 302, *caput*) ante la petición deducida. Lo que el demandante no ha suministrado como elemento de la causa de pedir o lo que él no pide, aunque lo pudiera hacer, no integra el contradictorio. [...] Por lo tanto, lo que no integra el proceso, por no haber sido solicitado o por no haber integrado la causa de pedir, aquello sobre lo que no se ha pronunciado el demandado, no puede ser invocado en el momento del juzgamiento sin afectar evidentemente el derecho de defensa y, por consiguiente, vulnerar el debido proceso» (Mallet, 2014, p. 392).

16 «Cabe destacar, por fin, que la palabra "fundamento", empleada por el dispositivo, no está siendo usada como sinónimo de "causa de pedir". El artículo 10 no está autorizando que la causa de pedir sea *alterada* por el magistrado siempre que las partes sean previamente oídas. Ante tal hipótesis, prevalece la prohibición expresa del artículo 141 y, de forma más amplia, el principio de vinculación del juez al petitorio, preservado por el nuevo CPC. Por eso mismo, es importante comprender "fundamento" de forma amplia, a título de "argumento" o de "razones" aptas para justificar la decisión que el magistrado deba tomar. Es sobre este argumento (o esas razones) que las partes deben ser oídas. Después de su debate específico, seguirá la decisión» (Bueno, 2015, p. 48).

En síntesis, detrás de la expresión legal *fundamento* del artículo 10 se deben entender las *cuestiones de hecho y de derecho*, siempre que estén comprendidas dentro del límite del *thema decidendum* definido por las partes en la *causa de pedir* y en el *petitorio*. Tanto para las cuestiones fácticas —que pueden surgir sobre todo por medio de la instrucción probatoria de oficio— como para las cuestiones de encuadramiento de los fundamentos jurídicos de tales hechos, es indispensable que haya contradictorio previo a fin de evitar la decisión-sorpresa¹⁷. «De esta forma, queda consagrada la imposición legal del contradictorio efectivo, con el fin de prohibir las “decisiones-sorpresas”, fuera del contradictorio previo, tanto con relación a *cuestiones nuevas*, como a *fundamentos* distintos de aquellos con los que las *cuestiones viejas* fueron previamente discutidas en el proceso» (Theodoro, 2016, p. 87).

V. CONTROL Y CONSECUENCIAS DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA DECISIÓN-SORPRESA

El contradictorio se basa en un derecho de las partes a ser oídas y, por consiguiente, en un deber del juez de no decidir sin antes proporcionar la oportunidad de manifestación de las partes. Entendido, por tanto, como un *deber* del juzgador de evitar decisiones-sorpresa, es preciso apuntar cómo se *controla* la actuación jurisdiccional a fin de verificar el respeto de este deber, así como inferir las *consecuencias de su incumplimiento*.

En cuanto al control, dos son los mecanismos propicios. El primero es dejar claro que en la *fase de saneamiento del proceso* el juzgador ya habrá tomado contacto con los fundamentos de hecho y de derecho aportados por las partes. De esta forma, el magistrado ya estará en condiciones de —en caso pretenda cambiar el encuadramiento jurídico del petitorio o ante la necesidad de ampliar la cognición sobre los hechos alegados, incluso en cuanto a los medios de prueba a ser producidos—, en esa fase procesal, posibilitar que las partes se manifiesten respecto a tales aspectos. El fundamento legal para ello es el artículo 357 del CPC brasileño de 2015, el cual impone la fijación sobre las cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho en ese acto¹⁸.

17 «Por esto, dentro de los límites de la base establecida por la causa de pedir y el petitorio, al juez siempre se le dio la posibilidad de encuadrar la pretensión en el mejor marco ofrecido por el ordenamiento jurídico, lo que se encuentra consagrado en las máximas *iura novit curia, la court connait le droit* o *narra mihi factum dabo tibi ius*. [...] Aunque en efecto sea así, el hecho de que el juez pueda conocer de oficio el derecho no lo exime del deber de someter su perspectiva jurídica previamente a las partes, en caso los horizontes de discusión del proceso no hubieran aprehendido aquella. En otras palabras, siempre que el campo de visión del juez alcance una cuestión no mencionada en aquellas cuestiones compartidas por las partes en el proceso, deberá dar la oportunidad para que se manifiesten previamente sobre el tema» (Gajardoni, Delloro, Roque & Oliveira, 2015, p. 65).

18 «En síntesis, por lo tanto, lo que se sostiene es que la máxima *iura novit curia* debe ser utilizada por el juez, en los casos en los que se permita, en el momento temporal propicio para estos fines. Por la propia aplicación de las reglas previstas en el Código, corresponde a la fase de saneamiento y organización del proceso, momento en que el juez deberá alertar a las partes para que tengan en consideración, a partir de ahí, durante la fase instructiva y hasta el final del proceso, la nueva

35

Este sería un primer límite impuesto al juzgador para evitar el pronunciamiento de decisiones sorpresa. El segundo, posterior a este, se asocia al momento en que se dicta la decisión. En efecto, la fundamentación empleada por el juez al decidir es la que demostrará si el acto decisorio se basó o no en fundamentos que no habían sido previamente discutidos por las partes. Reforzando la idea de que la motivación decisoria es la que revela el elemento sorpresa, el artículo 489 del CPC de 2015 es bastante preciso en el sentido de exigir el agotamiento del análisis de los fundamentos traídos por las partes al proceso. En efecto, según el dispositivo legal, «no se considera fundamentada ninguna decisión judicial, sea interlocutoria, sentencia o pronunciamiento, que: [...] IV - no atienda todos los argumentos deducidos en el proceso capaces de, en teoría, desvirtuar la conclusión adoptada por el juzgador». Por supuesto, a primera vista, el código simplemente exige que el juzgador indique —*todos*— los fundamentos que fueron alegados por las partes y que, en principio, justificarían la procedencia o improcedencia del petitorio. Mirando más de cerca el dispositivo, se puede concluir que, si el juez necesita fundamentar su decisión confrontando todos los fundamentos provistos por las partes, *a contrario sensu*, es claro que él no podría fundamentar su decisión en razón de que no fue siquiera debatida por las partes.

Por lo tanto, como forma de control de la decisión-sorpresa, es necesario cotejar el fundamento empleado por el juez para decidir la cuestión con los fundamentos debatidos por las partes a lo largo del proceso. En caso de que no haya habido debate previo sobre el fundamento invocado, se estaría ante una decisión viciada. ¿Qué consecuencias se derivan de tal vicio? ¿Cuáles son las consecuencias del pronunciamiento de una decisión sorpresa?

La discusión acerca del hecho de que se trataría de una sentencia nula o anulable fue fecunda en la doctrina italiana antes de la enmienda legislativa que fijó posición en el sentido de que se trata de una decisión *nula*. Esta misma noción es la que ha prevalecido en el derecho brasileño, bajo el argumento de que la decisión-sorpresa viola un principio constitucional y, por lo tanto, la decisión es nula¹⁹. La nulidad está relacionada con un *error in procedendo*, en la medida en que el juzgador suprimió el derecho de manifestación e influencia de la parte (Mallet, 2014, p. 413).

perspectiva de la calificación jurídica de los hechos aportada por el órgano jurisdiccional. Pasado ese momento y estabilizado el objeto litigioso —es decir, establecidas “las cuestiones de hecho sobre las cuales recaerá la instrucción probatoria” y “las cuestiones de derecho relevantes para la decisión de mérito” (artículos 357, II y IV)—, no deberán ser admitidas modificaciones» (Domit, 2016, p. 303).

19 «Se resalta, por último, que la consecuencia de la inobservancia de la norma recogida en este dispositivo es la nulidad de la decisión sorpresa, también denominada “decisión de tercera vía”, aunque no se haya establecido expresamente. Y la sanción se justifica por el simple hecho de que ella contradice la norma fundamental del nuevo Código Procesal Civil y de la propia Constitución Federal» (Carneiro, 2015, p. 81).

LA DIMENSIÓN DE LA «PROHIBICIÓN DE LA DECISIÓN-SORPRESA» A PARTIR DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN LA EXPERIENCIA BRASILEÑA Y EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2015: REFLEXIONES DE CARA AL DERECHO PERUANO

THE INSERTION OF THE «DECISION-SURPRISE PROHIBITION» IN THE DUE PROCESS OF LAW IN THE BRAZILIAN EXPERIENCE AND THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE OF 2015: REFLECTIONS DESTINED TO THE PERUVIAN LAW

VI. LA APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE LA PROHIBICIÓN DE LA DECISIÓN-SORPRESA AL DERECHO PERUANO

En el derecho procesal peruano, pese a la inexistencia de regla legal *expresa* en el sentido de prohibir las decisiones sorpresa, no hay como negar el valor normativo que está en el centro del contradictorio y de la amplia defensa, con todas sus consecuencias. Ello incluye la inviolable necesidad de las partes de manifestarse sobre toda cuestión sobre la cual se fundamente una decisión judicial. Por ello, concluyo que es aplicable en el Perú el principio del contradictorio en su dimensión de prohibición de la decisión-sorpresa. Esta conclusión se basa en dos argumentos jurídicos.

El primero se centra en que la Constitución peruana establece, como *principio y derecho de la función jurisdiccional*, lo siguiente: «Artículo 139 [...] 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad». De la idea de que nadie será privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso se deriva la conclusión de que el contradictorio comprende *cualquier estado del proceso* y también *cualquier cuestión procesal*, pues claramente el constituyente está dando tutela en jurisdicción del arbitrio del poder jurisdiccional.

Respecto de la fuerza del principio del contradictorio en el derecho procesal peruano, Monroy destaca con brillantez que

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 resuelve 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 (2009, p. 179).

Se observa, por lo tanto, el carácter indispensable del contradictorio para la validez de un procedimiento particular, así como la necesidad del intercambio de posiciones, fundamentos y alegaciones de los interesados. Estas situaciones se amoldan perfectamente a las hipótesis de prohibición de la decisión-sorpresa.

Más enfático es todavía el siguiente pasaje del mismo autor, que se aplica a la perfección al tema de la prohibición de la decisión-sorpresa del contradictorio: «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 partes al respecto, o por lo menos hasta no haberles concedido la oportunidad de expresarla» (Monroy, 2009, p. 179, las cursivas son mías). Es bastante clara la posición defendida por Monroy, según la cual el juez no podrá pronunciarse sin antes oír a las partes, precepto que evidentemente se debe aplicar incluso para aquellas materias que podría conocer sin la audiencia de las partes.

Siguiendo al mismo autor, en otra obra, es posible notar la importancia de la participación de las partes para la validez de la decisión judicial, específicamente en torno al *principio de contradicción*: «También se le conoce como principio de la 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 al contrario» (Monroy, 2004, p. 311). Una forma de interpretar esa información previa es extenderla incluso para las materias conocidas de oficio por el juzgador²⁰.

También es digno de destacar un emblemático pasaje de la doctrina peruana que se refiere al contradictorio no solo como un derecho de las partes a participar, sino también como un instrumento de aplicación que debe ser respetado por el juez, incluso mencionando expresamente la búsqueda de la colaboración de las partes: «se ve que el contradictorio no solamente constituye un medio de lucha entre las partes, sino tanto más un instrumento operativo para el juez y, por consiguiente, un momento fundamental del juicio. Desde esta óptica, el contradictorio deviene el eje de la búsqueda dialéctica, conducida por el juez con la colaboración de las partes» (Hurtado, 2009, p. 104).

Lo dicho supone la absoluta falta de necesidad de una previsión legal expresa que prohíba las llamadas decisiones sorpresa para que ese principio esté vigente y aplicable en un país. Con el fin de reforzar esta conclusión, es importante tener claro que la doctrina brasileña, incluso antes de la edición del nuevo Código Procesal Civil, ya entendía como aplicable al derecho patrio la prohibición de la decisión sorpresa²¹. Así también, ya se había posicionado la doctrina antes de la entrada en vigor del nuevo CPC brasileño: «Es decir, la previsión expresa prohibitiva de decisión-sorpresa, aunque útil, en rigor es innecesaria. Su falta no perjudica la garantía. Gana nueva luz en la actualidad, en el fondo,

37

LA DIMENSIÓN DE LA «PROHIBICIÓN DE LA DECISIÓN-SORPRESA» A PARTIR DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN LA EXPERIENCIA BRASILEÑA Y EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2015: REFLEXIONES DE CARA AL DERECHO PERUANO

THE INSERTION OF THE «DECISION-SURPRISE PROHIBITION» IN THE DUE PROCESS OF LAW IN THE BRAZILIAN EXPERIENCE AND THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE OF 2015: REFLECTIONS DESTINED TO THE PERUVIAN LAW

20 En otra doctrina, también peruana, se resalta la misma relevancia dada a la participación: «El proceso como instrumento para ejercicio de la función jurisdiccional debe tener sus procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen, entre otros, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho a la contradicción, el derecho de las partes a aportar en el proceso los hechos que respalden sus afirmaciones haciendo uso de los medios probatorio [...]» (Carrión, 2000, pp. 39-40).

21 En orden cronológico, menciono representantes de la doctrina que sostenían la aplicabilidad de la prohibición de la decisión-sorpresa en Brasil antes del CPC de 2015: Bedaque (2002), Oliveira (2003), Didier (2003), Greco (2005), Cabral (2005), Mitidiero (2009).

la vieja referencia de Carlos Antonio Cordeiro, hecha aún en el siglo XIX, sobre el rol de uno de los principios fundamentales de derecho, el derecho al contradictorio, en los siguientes términos: “se debe escuchar a la parte respecto a las materias que le pueden perjudicar” y “se debe escuchar a la parte antes de proceder”» (Mallet, 2014, p. 405).

La jurisprudencia brasileña va en el mismo sentido. Es decir, hay innumerables decisiones de tribunales locales²² y también del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, STJ)²³ condenando fuertemente las decisiones-sorpresa. En un emblemático pasaje, el STJ aseveró que

el derecho procesal no puede ser utilizado como elemento sorpresa que cercene injusta y desproporcionalmente una solución de mérito. En efecto, el proceso civil se está distorsionando con frecuencia, haciendo un flaco favor al Estado Democrático de Derecho, dejando de ser un instrumento de la justicia para convertirse en un terreno incierto, repleto de trampas y obstáculos, donde solo se aventuran aquellos que no tienen nada más que perder. La razonabilidad debe ser aliada del Poder Judicial en esa tarea, de forma que se alcance la efectiva distribución de la justicia. Por lo tanto, no deben imponerse sorpresas procesales, pues estas solo perjudican a la parte que tiene razón en el mérito de la disputa. El proceso civil de los obstáculos y de las trampas es el proceso civil de las rúbulas (MC 14.589)²⁴.

El segundo argumento se vincula a la pertenencia del Perú al sistema jurídico romanístico y, por consecuencia, iberoamericano. Dicha pertenencia hace que el país absorba las características y propiedades de todo el sistema, lo que equivale decir que, aunque no existiese la norma del artículo 139 de la Constitución peruana —la cual considero fundamento normativo suficiente para la vigencia de la regla en el país—, la existencia del principio del contradictorio en la dimensión de prohibición de la decisión-sorpresa en innumerables otros países del sistema jurídico iberoamericano justifica la aplicabilidad de ese principio, el cual tiene clara raíz en el derecho romano (Provera, 1970), por la idea

22 «Apelación civil. Alquiler de habitaciones. Acción de reintegración de la posesión. Fundamento adoptado por el magistrado para basar la procedencia de la demanda no planteado anteriormente en el proceso. Decisión sorpresa. Procedimiento inadecuado a la luz de los principios constitucionales del contradictorio y de la amplia defensa. Desconstitución de la sentencia»(TJ – RS, 14ª Cám. Civ., ApCív. n. 70051242725 RS, Rel. Judith dos Santos Mottecy, julg. em 08.11.2012).

23 «Incluso en el caso de *prescripción*, que antes del CPC de 2015 era materia conocida de oficio: Proceso civil y tributario. Ejecución fiscal. Prescripción intercurrente. Reconocimiento de oficio. Audiencia previa de la Hacienda pública. Necesidad. Principio del contradictorio. Recurso provisto. 1. El contradictorio es un principio que debe respetarse a lo largo de todo el proceso, especialmente en las hipótesis de declaración de la prescripción *ex officio*. 2. Es adecuado el reconocimiento de oficio de la prescripción intercurrente en ejecución fiscal desde que la Hacienda pública sea previamente intimada a manifestarse, posibilitándole la oposición de algún hecho impeditivo con respecto a la incidencia de la prescripción. Precedentes. 3. Recurso ordinario en orden a garantizar la seguridad» (RMS 39.241/SP).

24 Hay otras decisiones aún en ese mismo sentido, como REsp. 1115393/RS. Véase Souza (2014, p. 135).

39

de pertenencia del ordenamiento jurídico de un país a un determinado sistema jurídico.

La idea central de tal razonamiento, que expuse en otro escrito dedicado a los principios y el sistema jurídico romanístico e iberoamericano (Zufelato, 2015), es que los principios generales actúan como elemento unificador y armonizador de todo el sistema jurídico romanístico. Su origen es mucho más remoto que el movimiento reciente denominado «constitucionalización del derecho» y también que la expansión de la fuerza normativa de los principios, yendo más allá de la idea más tradicional de derecho positivo nacional como expresión de la soberanía de una nación.

En ese sentido, la previsión legal expresa de un principio en un código o ley nacional no es necesaria si tal principio entra en el sistema jurídico al que pertenece el país.

La referencia del código es, pues, meramente didáctica, incluso porque, por la propia fuerza de los principios, hay que dejar claro que no necesitan estar positivados para que sean reconocidos como parte integrante del sistema. Esta es la gran contribución del sistema jurídico romanístico a todos los pueblos que lo componen: los principios son parte integrante de cada ordenamiento jurídico, dándoles cohesión e integridad (Zufelato, 2015, p. 305).

Es importante resaltar también que la textura normativa de los principios tiene como función permitir la interpretación de las normas a partir de un texto base, solucionar cuestiones interpretativas o vinculadas a lagunas normativas, así como establecer los sentidos posibles de la norma²⁵. Así, es legítimo reconocer en el referido artículo 139 de la Constitución peruana el marco jurídico a partir del cual se prohíban las decisiones-sorpresa.

Se trata de la fuerza de pertenecer al sistema jurídico romanístico:

La vocación de hacer referencia a los principios generales del derecho es un dato de los países de tradición romanística, no solo como reglas con las que un sistema jurídico comienza, sino sobre todo por la riqueza de tener en los principios un elemento indispensable en la interpretación del sistema como un todo y de cada regla específica en él contenida —*potissima pars*, como dirían los romanos—. Es importante reconocer la génesis de la función de los principios en el seno del sistema jurídico

25 «Por supuesto, la idea del código no es agotar, en el tratamiento legislativo, al igual que en el código modelo, todos los principios procesales, tarea que es inalcanzable, teniendo en cuenta que ni siquiera en la doctrina hay consenso sobre cuántos y cuáles son esos principios. La idea es otra, esa sí más compatible con la función de los principios: dar una base fundamental al código, de la cual todas las demás reglas partan, o sea, todos los *principia* —*principium* como *potissima pars*—, así como establecer un dato de la naturaleza interpretativa que guíe al intérprete del código a reconocer en la aplicación de cada regla o incluso para colmar lagunas, cuando las haya» (Zufelato, 2015, p. 305).

LA DIMENSIÓN DE LA «PROHIBICIÓN DE LA DECISIÓN-SORPRESA» A PARTIR DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN LA EXPERIENCIA BRASILEÑA Y EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2015: REFLEXIONES DE CARA AL DERECHO PERUANO

THE INSERTION OF THE «DECISION-SURPRISE PROHIBITION» IN THE DUE PROCESS OF LAW IN THE BRAZILIAN EXPERIENCE AND THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE OF 2015: REFLECTIONS DESTINED TO THE PERUVIAN LAW

para no imaginarse que la fuerza y la relevancia de estos es originaria —a pesar de haber sido un paso importante en su reconfiguración más moderna— del constitucionalismo actual. Esta tendencia se observa en el código procesal civil modelo para Iberoamérica (Zufelato, 2015, p. 306).

VII. CONCLUSIONES

La evolución del principio del contradictorio redundó en la dimensión de carácter colaborativo según la cual se prohíbe que el juez emita decisiones, aun cuando sean sobre materias conocidas de oficio, sin oír antes a las partes. El CPC brasileño de 2015 explicitó esta regla, junto con otras dimensiones del principio del contradictorio, siguiendo una verdadera tendencia de otros códigos procesales civiles europeos recientes.

El contenido del principio del contradictorio en la dimensión de la prohibición de la decisión-sorpresa se aplica a las materias conocidas *ex officio* por el juzgador, incluyendo las referentes a cuestiones de hecho y también de encuadramiento jurídico de la *causa petendi*, así como a los casos de aplicación de precedentes judiciales vinculantes —tema que ha recibido una alta importancia en el derecho brasileño, pero también en el latinoamericano—. Así, se observa una nítida limitación al poder jurisdiccional, pues hay un verdadero deber del juzgador de oír a las partes antes de decidir sobre tales cuestiones.

Aun cuando no exista en el derecho procesal civil peruano un dispositivo legal que explicité la regla, como el que existe en el derecho brasileño, es posible reconocer en el artículo 139, 14 de la Constitución peruana el fundamento normativo que alberga al principio del contradictorio en todas sus dimensiones, incluso en la prohibición de la decisión-sorpresa. Además, en virtud del sistema jurídico romanístico, es posible sostener la necesidad de observancia de este principio, incluso en la ausencia total de una norma explícita.

REFERENCIAS

Bedaque, J. R. (2002). Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. En J. R. Bedaque & J. R. Tucci (coords.), *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Bueno, C. S. (2015). *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva.

Cabral, A. (2005). Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, 2, 449-464.

Carneiro, P. C. (2015). Comentários ao artigo 10 do CPC. En T. A. Wambier, F. Didier, E. Talamini & B. Dantas (coords.), *Breves comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Carrión, J. (2000). *Tratado de derecho procesal civil* (vol.I). Lima: Grijley.

Chiarloni, S. (2002). La sentenza «della terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie? *Giurisprudenza italiana*, 7, 1362-1365.

Consolo, C. (2006). Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della terza via: conseguenze. *Il Corriere giuridico*, 4, 508-509.

Didier, F. (2003). Princípio do contraditório: aspectos práticos. *Revista de Direito Processual Civil*, 8(29), 505-516.

Didier, F. (2015a). Comentários ao artigo 10 do CPC. En A. Cabral & R. Cramer (coords.), *Código de Processo Civil comentado*. Río de Janeiro: Forense.

Didier, F. (2015b). *Curso de direito processual civil* (vol. 1, 17a ed.). Salvador: Juspodivm.

Domit, O. A. (2016). *Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Fazzalari, E. (1996). *Instituzioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM.

Gajardoni, F., Delloro, L., Roque, A. & Oliveira, Z. (2015). *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015, Parte geral*. São Paulo: Forense.

Greco, L. (2005). O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, 24.

Hurtado, M. (2009). *Fundamentos de derecho procesal civil*. Lima: Idemsa.

Luiso, F.P. (2002). Questioni rilevate d'ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria»? (Nota adesiva). *Giustizia Civile*, 1611-1615.

Mallet, E. (2014). Notas sobre o problema da chamada «decisão surpresa». *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 109, 389-414.

Marinoni, L.G., Arenhart, S. & Mitidiero, D. (2016). *Novo código de processo civil comentado* (2da ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Mitidiero, D. (2009). *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Monroy, J. F. (2004). *La formación del proceso civil peruano: Escritos reunidos* (2da ed.). Lima: Palestra.

Monroy, J. F. (2009). *Teoría general del proceso* (3ra ed.). Lima: Communitas.

Nery, N. (2016). *Princípios do processo civil na Constituição Federal* (12va ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Oliveira, C. A. (2003). Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista de Direito Processual Civil*, 8(27), 22-51.

LA DIMENSIÓN DE LA «PROHIBICIÓN DE LA DECISIÓN-SORPRESA» A PARTIR DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN LA EXPERIENCIA BRASILEÑA Y EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2015: REFLEXIONES DE CARA AL DERECHO PERUANO

THE INSERTION OF THE «DECISION-SURPRISE PROHIBITION» IN THE DUE PROCESS OF LAW IN THE BRAZILIAN EXPERIENCE AND THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE OF 2015: REFLECTIONS DESTINED TO THE PERUVIAN LAW

Provera, G. (1970). *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*. Torino: Giappichelli.

Sassani, B. & F. A. Genovese (coords.). (2014). *Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenza*. Roma: Dike Giuridica Editrice.

Sommagio, P. (2007). La centralità del contraddittorio nell'esperienza giuridica: prime riflessioni per una teoria radicale. *Diritto Questioni Pubbliche*, 7.

Souza, A. P. (2014). *Vedação das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva.

Theodoro, H. (2016). *Curso de direito processual civil* (vol. 1, 57a ed.). Rio de Janeiro: Forense.

Tucci, J. R. (2015). Contra o processo autoritário. Em *O novo código de processo civil: questões controvertidas* (pp. 276-282). São Paulo: Atlas.

Wambier, L. R. & Talamini, E. (2015). *Curso avançado de processo civil* (vol. 1, 15a ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Zufelato, C. (2015). Os princípios gerais de direito processual como elo entre o Novo Código de processo civil brasileiro e os sistemas jurídicos romanista e iberoamericano. *Rivista Roma e America: diritto romano comune*, 36, 287-307.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Cassazione 14581. Sezione terza civile. Sentencia (21 de marzo-22 de junio de 2007).

Code de Procédure Civile [Código Procesal Civil, Francia].

Codice di Procedura Civile [Código Procesal Civil, Italia].

Código de Processo Civil [Código Procesal Civil, Brasil] (2015).

Código de Processo Civil [Código Procesal Civil, Portugal].

Constituição da República Federativa do Brasil [Constitución, Brasil] (1988).

Constitución Política del Perú (1993).

MC 14.589/RS. Superior Tribunal de Justiça, 3ro Turma, Rel. Ministra Nancy Andrichi (19 de septiembre de 2008).

RMS 39.241/SP. Superior Tribunal de Justiça, 2do Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon (11 de junio de 2013).

REsp. 1115393/RS. Superior Tribunal de Justiça, 2do Turma, Rel. Ministro Castro Meira (06 de septiembre de 2009).

Zivilprozessordnung [ZPO] [Código Procesal Civil, Alemania].

Recibido: 7/03/2017

Aprobado: 15/05/2017