

Prueba y preclusión

Reflexiones sobre la constitucionalidad del Proceso Civil peruano

Eugenia Ariano Deho^(*)

Abogada. Profesora de Derecho Procesal Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de Lima.

1 Introducción: ¿el Código Procesal Civil de 1993, un código constitucional?

Como todos sabemos, el Código Procesal Civil entró en vigencia el 28 de julio de 1993. Sin embargo, nadie lo considera un “código fujimorista” debido a que fue elaborado en la fase (llamémosla así) democrática de aquel gobierno. En efecto, como todos sabemos el Código Procesal Civil fue promulgado el 4 de marzo de 1992⁽¹⁾, a poco más de un mes de la consumación del autogolpe del 5 de abril. Como consecuencia, dado que fue elaborado -en los años 1991 y 1992- por una comisión que no puede ser para nada tachada de fujimorista, sobre él no pende ninguna duda sobre su constitucionalidad.

De ello da buena prueba el que la Comisión designada por el Ministerio de Justicia para el “estudio y revisión de la legislación emitida desde el 5 de abril de 1992” en su informe final sólo haya incluido como “sospechosas” las Leyes No. 26599 y 26756, que modifican el texto original del artículo 648 del Código Procesal Civil en lo referido a la inembargabilidad de los bienes del Estado. Por el resto, no aflora ni sospecha ni inconveniencia de ninguna norma del Código Procesal Civil⁽²⁾.

Sin embargo, no se ha tenido en cuenta que el Código Procesal Civil si bien efectivamente fue promulgado en marzo de 1992, fue modificado por el Decreto Ley No. 25940 de fecha 10 de diciembre de 1992⁽³⁾ -Decreto Ley del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, con firma del ingeniero Fujimori como “Presidente Constitucional de la República”- cuando ya se había aprobado en el famoso referéndum constitucional del 31 de octubre de 1992 la Carta fujimorista, a apenas diecinueve días antes de su promulgación y a veinte de su entrada en vigencia. Ergo, a estar a las fechas, el Código Procesal Civil es -poco o mucho, no importa- decididamente fujimorista, por lo que, bien pudo ponerse en la agenda de la mencionada comisión.

Pero, dado que la “constitucionalidad” del Código Procesal Civil no ha sido oficialmente ni “estudiada” ni “revisada”, nos encontramos ante un terreno virgen y ante el deber -que nos involucra a todos- de analizar qué tan conforme a los eternos principios constitucionales (sea cual fuere el texto constitucional en base al cual se haga el contraste) es nuestro Código Procesal Civil vigente⁽⁴⁾.

Ello constituye una labor de largo aliento, por lo que en el presente trabajo sólo voy a analizar un aspecto

(*) El texto reproduce en buena parte la intervención en la IX Convención Nacional Académica de Derecho, realizada en la ciudad de Chiclayo los días 16, 17 y 18 de agosto del 2001.

(1) Decreto Legislativo No. 768, promulgado el 29 de febrero y publicado el 4 de marzo de 1992.

(2) Cfr. MINISTERIO DE JUSTICIA. *Informe Final de la Comisión de Estudio y Revisión de la legislación emitida desde el 5 de abril de 1992. Restituyendo el Estado de Derecho*. Lima, junio del 2001. pp. 48-49 y 123.

(3) Las ediciones del Código que todos manejamos (incluyendo la edición oficial) no hacen referencia a las modificaciones operadas por el Decreto Ley No. 25940, puesto que se trata de un Texto Único Ordenado autorizado mediante Resolución Ministerial No. 010-93-JUS, del 8 de enero de 1993, en las que no se puede distinguir el texto original del modificado.

(4) Me permito llamar la atención del lector sobre la fundamental sentencia del Tribunal Constitucional No. 265-2000-AA/TC, del 25 de enero del 2001, publicada en *El Peruano* el 25 de abril del 2001, la que considerando que “el proceso es el camino necesario y

que desde algún tiempo me está rondando por la cabeza: el sistema de preclusiones de alegación y de prueba que consagra el Código Procesal Civil, el que, desde ya lo digo, me parece -por decir lo menos- muy poco constitucional.

2 Las "fases" del proceso declarativo peruano.

Nosotros, en realidad, estamos acostumbrados a las "preclusiones". No por nada hemos sido -y seguimos siendo- herederos del proceso común medieval: un sistema que si bien era extremadamente rico en manifestaciones procesales, en su vertiente hispánica se centró, por lo que atañe al proceso declarativo, en el denominado *solemnis ordo iudiciarius*, vale decir, un proceso que presentaba como notas esenciales el de ser rigurosamente escrito y como tal secreto, y, por lo que nos interesa, dividido en rígidas fases separadas y preclusivas: todo en el proceso solemne tenía su momento, tras el cual se

cerraba el estadio y se pasaba a otro, hasta llegar su último momento: la sentencia⁽⁵⁾.

Como nosotros heredamos de España el "preclusivo" juicio ordinario, se nos presenta (aún hoy en que el "juicio solemne y dispendioso" ha sido formalmente eliminado) de lo más natural y consustancial al proceso mismo el que **necesariamente** esté dividido en un conjunto de fases, las que a su vez deben estar -también inexorablemente- conformadas por un conjunto de actos. A cada fase un conjunto de actos. Cerrada la fase, se pasa a otra, no pudiéndose ya realizar los actos correspondientes a la fase anterior. En suma, cuando se dice "preclusión"⁽⁶⁾ se piensa, por un lado, en la división del proceso en fases⁽⁷⁾ y, por el otro, en la consecuencia: la pérdida -para las partes- de la posibilidad de realizar tal o cual acto por haber pasado el plazo previsto por la ley o por haberse ya cerrado el estadio procesal respectivo.

El juicio ordinario del Código de Procedimientos Civiles de 1912 era un claro ejemplo de ello pues en él se podían individualizar tres etapas marcadas:

obligado para obtener una resolución judicial, demandando para ello el derecho a ser oído, aportando los medios probatorios necesarios para su defensa, de tal forma que si el órgano judicial prescinde total o parcialmente de él [del proceso], ello ya comporta una vulneración al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva", declaró fundada una demanda de amparo interpuesta contra un auto que declaró *in limine litis* la improcedencia de una demanda. La sentencia debe haber sorprendido a muchos, tanto es así que los editores de la revista *Diálogo con la jurisprudencia* en su número 32, de mayo 2001 (p. 273) se preguntaron "si se declara improcedente liminarmente una demanda ¿se vulnera el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva?". Comenzamos pues a advertir, y nada menos que a nivel de nuestro Tribunal Constitucional, que algo en el Código Procesal Civil no anda bien.

- (5) JACOBO DE LAS LEYES, probable autor de la Partida Tercera (la procesal) del Código de don Alfonso X, "el Sabio", en su *Summa de los nueve tiempos de los pleytos* nos caracterizaba así la estructura del juicio ordinario: "*Todos los pleytos puedense partir en nueve tiempos. El primero tiempo es quando el home faz chamar a otro que le faga derecho. El segundo tiempo es quando iunes las partes anteel iuyz. El tercero tiempo es quando el lamado dize algunas excepciones o defensiones por que se delonga el pleyto. El quarto tiempo es quando se comienca el pleyto. El quinto tiempo es quando deuen las partes aiuran de calunpnia, o de dizer uerdad. El sexto tiempo es quando las partes o la parte aduzen prouas. El septimo tiempo es quando las partes rrazonan sobre las prouas o sobre todo el pleyto. El ochauo tempo es quando las partes cierran el pleyto e pieden sentencia. El nono tiempo es el tiempo de la sentencia*". Citado por MONTERO AROCA, Juan. *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento civil en su centenario*. Madrid: Civitas, 1982. p. 24.
- (6) "Preclusión" es expresión chiovendiana. Es así para el maestro italiano la preclusión consiste en "*la pérdida, o extinción, o consumación de una facultad procesal*": CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e preclusione* (1933). En: *Saggi di diritto processuale civile*. Vol. III, al cuidado de PROTO PISANI, Andrea. Milano: Giuffrè, 1993. p. 233 (cursivo en el texto). En este mismo escrito decía Chiovendia que "cualquier proceso, el que más el que menos, y así también nuestro proceso, para asegurar precisión y rapidez en el desenvolvimiento de los actos judiciales, coloca algunos límites para el ejercicio de determinadas facultades procesales, con la consecuencia que más allá de esos límites estas facultades no se pueden ya ejercitar. He dado a esta consecuencia el nombre de 'preclusión', de un bello verbo de las fuentes que se encuentra usado, justamente con el significado que pretendo, en la '*poena praecclusi*' del Derecho común, salvo que las preclusiones de hoy se prescinde naturalmente de la idea de la pena" (Op. Cit.: p. 232). Cabe anotar que la locución latina *praeccludere* significa cerrar, impedir, prohibir, que es el significado común en italiano, conforme se lee en el Diccionario Zingarelli.
- (7) Así, por todos, mi maestro Mario Alzamora Valdez sostiene que "la división del proceso en fases o etapas cerradas y sucesivas se denomina preclusión". ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso*. Séptima Edición. Lima, 1981. p. 286. Así lo sigue pensando Juan Monroy Galvez, para quien "prescindiendo del sistema vigente en un sistema procesal podemos encontrar -teóricamente por lo menos- cinco etapas". O sea que prescindiendo del Derecho positivo el proceso *siempre* tendrá las etapas que -teóricamente- menciona, a saber: postulatoria, probatoria, decisoria, impugnatoria y ejecutoria. Luego la división del proceso en fases es una cuestión natural, inherente a su lógica, y que implica que "los actos procesales deban ser ejecutados en las etapas procesales correspondientes. De no hacerlos, se perderá el derecho de realizarlos o, en cualquier caso, su ejecución no tendrá ningún valor". MONROY GALVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Tomo I. Bogotá: Temis, 1996. p. 106.

a) la “postulatoria” (conformada esencialmente por la demanda y la contestación, y eventualmente por excepciones⁽⁸⁾ y reconvención); b) la “probatoria” (la que a su vez se articulaba en dos fases: la de ofrecimiento y la de su práctica); y c) la “decisoria”⁽⁹⁾.

De allí que cuando entró en vigencia el Código Procesal Civil no causó mayor alarma el que el proceso siguiera dividido en rígidas y preclusivas fases y que:

a) el demandante tenga que alegar en su actodemanda todos los hechos “enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad” (artículo 424 inciso 6);

b) en la contestación de la demanda el demandado deba pronunciarse “respecto de cada uno de los hechos” (y que la negativa genérica pueda ser apreciada por el juez como reconocimiento de verdad de los hechos: artículo 442, inciso 2) y exponer los hechos en que fundamenta su defensa “en forma precisa y ordenada” (artículo 442 inciso 4);

c) el demandante sólo pueda modificar su demanda antes que ésta sea notificada (artículo 428);

d) que el demandado sólo pueda plantear sus excepciones (procesales y pseudo procesales⁽¹⁰⁾) todas

juntas dentro de los plazos señalados por la ley (artículo 447), pues de lo contrario no podrán alegarse nunca más (artículo 454);

e) las pruebas deban ser ofrecidas en los actos postulatorios (artículos 189, 424 inciso 10 y artículo 442 inciso 5);

f) segunda instancia sólo puedan ofrecerse pruebas al interponerse la apelación en cuanto a hechos “acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso” o documentos expedidos “con fecha posterior al inicio del proceso, o que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad” (artículo 374).

En suma, no alarmó ni un tanto que el legislador haya sometido a las partes a rigidísimas preclusiones de alegación y de prueba: todo muy lógico, todo muy coherente: el proceso para avanzar necesita preclusiones, caso contrario reinaría el caos -o mejor, como veremos, la mala fe- máxime si se trataba de acelerar el proceso (...).

En cierta medida el sistema no era nuevo para nosotros: habíamos tenido la experiencia del proceso agrario, del laboral, del de alimentos (...) había sólo que generalizarlo, y así se hizo⁽¹¹⁾.

(8) Las excepciones procesales sólo latamente podían (y pueden) considerarse como conformantes de la etapa postulatoria. En el proceso común precedían a la contestación de la demanda porque implicaba la denuncia por parte del demandado de impedimentos procesales (*litis ingressum impeditentes*). Las cuestiones impeditentes justamente impedían, hasta que no fueran resueltas, el que el demandado tomara posición frente a la demanda, por eso también se llamaban dilatorias.

(9) Cfr. en la sistematización de ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Procesal Civil. Teoría del proceso ordinario*. Segunda Edición. Lima, 1968.

(10) Que ni la prescripción ni la caducidad sean excepciones **procesales** es tan evidente que no tiene explicación su inclusión dentro de la lista del artículo 446. Lo más inexplicable es el efecto de la estimación de la excepción: la nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso. De ello se ha dado muy bien cuenta Serra Domínguez quien señala que “en el artículo 451.5 Código Procesal Civil Peruano se confunde la nulidad con la conclusión del proceso, ya que no todas las excepciones enumeradas en el mismo tienen carácter procesal, incluso respecto de las procesales su estimación no determina la nulidad del proceso que ha sido eficaz al menos para declarar la existencia del defecto procesal, sino únicamente su conclusión”. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Nulidad procesal*. En: *Revista peruana de derecho procesal*. No. II, marzo 1998. p. 568.

(11) Lo evidencia ELÍAS MANTERO. *Postulación del proceso. Demanda y emplazamiento*, En: *Vox Iuris. Revista de Derecho*. No.9. pp. 158 y 167, quien reflejando el pavor que sentimos todos los que presentamos una demanda (o una contestación) advierte que “el ofrecimiento de los medios probatorios debe realizarse con mucho cuidado y de manera adecuada, puesto que cualquier error puede llevar a que se declare inadmisibles de plano el ofrecido sin cumplir con los requisitos señalados en la ley”. Ahora, yo no podría afirmar que hayan sido los modelos domésticos los que determinaron la opción del legislador procesal, sino más bien los códigos latinoamericanos que les sirvieron de modelo, tales como el colombiano y el uruguayo. Respecto de este último dice su Exposición de Motivos (ellos sí tienen exposición de motivos) que “esta disposición [la del art. 118] es, sin duda, una de las fundamentales del Anteproyecto; supone la aplicación de los principios de concentración (en cuanto en un solo acto y de modo distinto a lo que actualmente ocurre en la mayoría de nuestros procesos, se concentran dos diversas actividades: la proposición de la pretensión y el ofrecimiento y pedido de diligenciamiento de la prueba) y el de probidad y buena fe (ya que, de comienzo y, por tanto, sin sorpresas ni ocultamientos, se deben exhibir los elementos de convicción que se habrán de aportar). Esta solución, por lo demás y tal como antes se ha dicho, es de esencia en el proceso por audiencias y desde que el demandado, al contestar está gravado por una carga similar (artículo 131), ello permite que en la audiencia preliminar y luego de resueltas -en su caso y en la eventualidad que se planteen- las cuestiones de orden formal, contar con el material indispensable para el correcto cumplimiento de las funciones propias de esa audiencia”. *Código General del Proceso*. Primera Edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. 1988. p. XIX. Sobre aquello de “lealtad y buena fe” como fundamento de las preclusiones ver más adelante en el texto. Cabe anotar que las preclusiones de alegación y de prueba no son la esencia del proceso por audiencias, tanto es así que Chioyenda (el “apóstol” de la oralidad) nunca postuló preclusiones como las consagradas en el Código uruguayo o el Código peruano de 1993, pues en su proyecto de 1920 estableció que hasta el cierre de la discusión de la causa era posible que ambas partes alegaran otros hechos (razones y

si no existieran preclusiones rígidas de alegación y de prueba como las previstas en el Código esos poderes de indagación e iniciativa probatoria otorgados al juez quedarían allí, pudiendo las partes ejercitar su derecho de defensa en cualquier estado del proceso

3 Los distintos modos de enfocar las preclusiones: las preclusiones “éticas”.

Pues bien, parecería que resulta inevitable que existan preclusiones de alegación y de prueba, pues como dice Taruffo éstas “sirven para establecer, en los tiempos lógicos del proceso, los momentos dentro de los cuales determinadas actividades de las partes deben ser cumplidas, y a sancionar a la parte que no respeta la secuencia predeterminada por la ley (...); ellas sirven simplemente para indicar a las partes cuándo ellas deban decir, bajo pena de no poder hacerlo ya más en momentos sucesivos, lo que pretenden decir en el proceso⁽¹²⁾”.

Ergo, pura expresión del proceso como conjunto de “cargas”⁽¹³⁾: el demandante tiene la carga de alegar sus hechos históricos en la demanda y de ofrecer sus

medios probatorios; el demandado tiene la carga de tomar expresa posición frente a esos hechos, de alegar sus propios hechos y de ofrecer sus pruebas en la contestación de la demanda. Si así no lo hacen se exponen a las consecuencias negativas por la no liberación de sus respectivas cargas: nunca más podrá el demandante alegar los hechos que silenció y nunca más podrá ofrecer las relativas pruebas; el demandado no podrá ya nunca pronunciarse sobre los hechos alegados por el demandante (y es más el juez los **podrá** considerar verdaderos), nunca más podrá alegar sus hechos impeditivos, modificativos y extintivos y nunca más podrá ofrecer las relativas pruebas.

Si el proceso es un conjunto de cargas y las partes no adecuan su comportamiento a su propio interés, pues mala suerte, sufrirán las consecuencias negativas. ¿Todo bien? ¿La preclusiones así establecidas para las partes responden a la lógica del proceso? Pues no creo.

Y no lo creo, porque si bien todo proceso requiere un cierto orden para avanzar (y concluir) lo que implica existencia de plazos para la realización de las actuaciones procesales (tanto de las partes como del juez), no es para nada consustancial al mismo que su objeto quede fijado en forma definitiva con esos dos únicos actos **escritos** de parte (demanda y contestación) que prevé nuestro actual ordenamiento, sobre todo en un proceso declarativo como el que pretendió introducir el Código Procesal Civil basado en los chiovendianos postulados de “oralidad-inmediación-concentración”. Si un proceso es predominantemente oral resulta por demás paradójico que su objeto no quede fijado a través de la discusión oral de las partes en audiencia, sino por los actos (postulatorios) escritos. En nuestro proceso las partes

excepciones, artículo 55), que en apelación se podían proponer sin limitaciones nuevos hechos y nuevos medios de prueba (artículo 175 números 3 y 177) e inclusive ya ante el juez de apelación se podían deducir nuevos motivos de apelación, nuevos hechos y nuevos medios probatorios (artículo 180): “en el proceso escrito la escritura es la **forma** de las deducciones; una demanda, una excepción, una propuesta de prueba no es válida si no es hecha por escrito; e incluso en el proceso escrito que admite la audiencia, las deducciones hechas en audiencia se hacen por escrito (...). Las escrituras preparatorias del proceso oral, en cambio, a excepción de la demanda introductoria, no son la *forma* de la declaración, ellas son sólo el *anuncio* de las declaraciones que se harán en audiencia. Las declaraciones jurídicamente relevantes se harán sólo en la audiencia; en la audiencia si se quiere mantenerlas, se deben confirmar oralmente las declaraciones anunciadas, pero se pueden modificar, rectificar, abandonar estas declaraciones, y hacer otras no anunciadas”. Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe. *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*. En: *Saggi...*, Op.cit.; p.29.

(12) TARUFFO. *Le preclusioni nella riforma del processo civile*. En: *Rivista di diritto processuale*. 1992. p.301.

(13) Así expresamente GRASSO. *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*. En: *Rivista di diritto processuale*. 1993. pp. 639 y ss., para quien “La preclusión en efecto se presenta *prima facie* como situación provocada por la falta de oportuno desarrollo de una actividad, sin la cual la parte no puede conseguir un cierto resultado (como la introducción en el proceso de elementos fácticos, su cuestionamiento cuando se requiera y la prueba de los hechos); y ello se expresa, perspicazmente, con la idea de una carga incumplida”. p. 641.

hablan por escrito, y luego tienen que callar (es decir, escriba o calle para siempre⁽¹⁴⁾ (...), y cuando concurren a la audiencia no es para hablar y ser oídos por el juez, sino para oír -en silencio- lo que el juez habla (*rectius dicta* a su auxiliar para que transcriba en el acta⁽¹⁵⁾ (...)).

Ahora, como ya señalamos, se suele decir que la preclusión persigue que el proceso avance⁽¹⁶⁾, y ello es cierto, pero respecto a la alegación (que en definitiva fija el objeto del proceso) y a la prueba, depende del legislador organizar el proceso y determinar en cuál momento se activa la preclusión. En tal sentido puede optarse por una solución, como la del legislador peruano, de preclusiones **precoces** o bien puede postergarse la preclusión a un momento (o momentos) ulterior, tras el debate contradictorio -oral o escrito, poco importa- entre las partes⁽¹⁷⁾.

Todo sistema de preclusiones implica no sólo una opción legislativa técnica sino también ideológica, o sea de concepción del proceso y sus supremos principios, pues al establecer el momento en que opera -para las partes- la preclusión de su posibilidad de

alegar y ofrecer pruebas, se podrían estar afectando supremas garantías, aquellas sin las cuales se desmoronaría la esencia misma del proceso.

En tal sentido, debemos preguntarnos ¿por qué el objeto del proceso debe quedar definitivamente establecido en base a la demanda y a su contestación, ambos actos escritos? ¿Se justifica racionalmente que el demandante deba ofrecer sus medios probatorios antes de saber cuál será la actitud del demandado? ¿Se justifica, en general, que las partes sólo puedan ofrecer sus medios probatorios en su "actos postulatorios"? ¿Se justifica que el demandado sólo pueda hacer valer sus argumentos defensivos en los momentos que le señala la ley? En suma, ¿qué se buscó con estas rígidas preclusiones para las partes?

A estas preguntas se ha dado algunas repuestas, de las cuales se pueden hallar algunos indicios para poder discernir si esas opciones fueron meramente técnicas o si existe en cambio un componente ideológico.

Así Juan Monroy Gálvez, tras establecer la premisa que en lo que él llama (despectivamente por cierto) sistema privatístico "es perfectamente factible que una

(14) El proceso declarativo peruano es tan escrito que con el Código Procesal Civil de 1993 "resucitó" de sus cenizas una de las excepciones procesales más características del proceso escrito: la *exceptio de oscuro libelo* (artículo 446 inciso 4), una excepción tan mal engarzada con el (pseud) proceso oral introducido por el Código, que su estimación da lugar a que "suspenda el proceso hasta que el demandante subsane los defectos señalados en el auto resolutorio y dentro del plazo que éste fije" (artículo 451 inciso 3), o sea por escrito, y a estar a que la interposición de las excepciones (que los doctores medievales llamaban *litis ingressum impeditentes*) no "suspenden el proceso" (artículo 447), cuando el juez estimando la excepción "suspende el proceso", para el demandado -que planteó la excepción diciendo "no entiendo la demanda"- ya es muy tarde porque en ese momento debe haber vencido ya el plazo para contestar la demanda (que dijo que era oscura) y como tal debe haber ya contestado a dicha demanda (oscura), pues de lo contrario habrá sido declarado rebelde, ¡teniéndose por ciertos los hechos afirmados en la oscura demanda! ¡Qué maravilla y todo ello en un proceso que se dijo oral, en donde el juez entra en contacto directo con las partes, sumergiéndose en el drama humano que éste conlleva! Sin embargo, el guión del drama se escribe en la demanda y en la contestación, y de estimarse la excepción de oscuridad, el guión no se aclara en la audiencia (la que fuere) sino por escrito, y sin que el demandado pueda asumir posición (ni por escrito ni verbalmente) frente a la demanda aclarada. ¡Vaya proceso oral!

(15) Así expresamente el artículo 204 señala que "el Secretario respectivo redactará un acta dictada por el juez (...)".

(16) ALZAMORA VALDEZ, Mario. Op.Cit.; p. 287.

(17) Señala Taruffo, en relación a la reforma italiana de 1990 que reintrodujo el sistema de preclusiones originales del Código de 1940 - que habían sido modificadas con la reforma de 1950-, que "contrariamente a lo que podría aparecer de una lectura superficial de las normas en argumento (...), la relativa disciplina no es para nada la única posible, ni éste es el único "sistema de preclusiones" posible para el examen de la causa en primer grado. La verdad es que no parece que se haya hipotizado cualquier alternativa distinta, pero ello no muestra que el modelo que estamos ahora analizando fuera el único razonablemente configurable. Ello resulta en modo evidente si se considera que cuando otros legisladores se pusieron también en tiempo reciente -y pienso en particular al legislador alemán de la mitad de los años '70- el problema de reformar seriamente el proceso civil introduciendo o racionalizando la fase de examen preliminar o preparatoria de la causa, lo han hecho en manera del todo distinta. Esta diversidad tiene que ver con dos aspectos. El primero consiste en la tendencia en emplear el mínimo posible de formalismos, de complicaciones y de normas obligatorias en la fase preparatoria, dejando por tanto lo más posible libre el "juego de las partes" en la fase que va desde los actos introductorios al momento que precede al inicio de la instrucción probatoria (obviamente, en la hipótesis que esta sea necesaria). Sólo después de una fase muy "libre" de preparación, se desencadena una preclusión rígida, de modo que los términos de la controversia queden fijados lo mejor posible hasta el momento de la decisión. Se considera, en efecto, pero es convencimiento fundado, que la causa esté mejor preparada, y las partes tengan mayor posibilidad de desplegar plenamente sus defensas, si la fase preparatoria no está analíticamente regulada y llena de preclusiones **internas** a ella, mientras que se presenta razonable que, cuando esta preparación de la causa se ha logrado, y las partes hayan tenido amplias posibilidades de articular (también modificando e innovando) las respectivas posiciones, el proceso deba luego proceder por carriles rígidos y sobre un objeto ya definitivamente determinado". TARUFFO. *Le preclusioni* ...Op. cit.: pp. 296-297.

parte se reserve lo más importante de su material probatorio para el último momento de la etapa de prueba, para reducir la capacidad de contradicción del contrario”, se pregunta si esto es “¿estrategia o chicana?”. Y para contestar establece otra premisa: “usualmente los ordenamientos procesales privatísticos fijan plazos para la actuación de algunos actos procesales, pero no le imponen el rigor -queremos decir perentoriedad- al cumplimiento de dichos plazos. Ante tal situación, la actividad procesal se desplaza sin límites a lo largo del tiempo del proceso y provoca conductas abiertamente maliciosas, a las que -a no estar previstas como tales en la norma procesal- la costumbre o práctica generalizada las han revestido pomposamente de la calidad de “habilidades” o “estrategias””. Como consecuencia para evitar las conductas abiertamente maliciosas, el Código Procesal Civil ha **incorporado** la preclusión⁽¹⁸⁾, y ello “se manifiesta, por ejemplo, al haberse regulado la conducta procesal de las partes con su respectivo sistema de sanciones y, asimismo, al haberse asumido como requisito de admisibilidad que todos los argumentos y los medios probatorios se acompañen a las demandas, las defensas y a toda petición que exija prueba en el momento que se postula⁽¹⁹⁾”.

Ergo, las preclusiones (de alegación y de ofrecimiento de pruebas) se han previsto con fines **moralizadores**, o sea que estamos ante preclusiones **éticas** (o como también se ha dicho educativas⁽²⁰⁾).

Esta explicación tiene el sabor de la muy ilustrativa *Relazione al re* al Código Procesal Civil italiano de 1940 (conocida como Relación Grandi) que en su numeral 24 señala lo siguiente:

“Es conocido que entre los más abusados expedientes de aquella mala fe que el nuevo Código se propone extirpar de los procesos es la táctica artera de ciertos litigantes que mantienen en reserva hasta el último momento sus mejores argumentos de defensa, para hacerlos valer sólo cuando ellos crean que el adversario no esté ya más en grado de contraponer una réplica exhaustiva. Tales artes son contrarias a los fines de la justicia bajo un doble punto de vista: en primerísimo lugar porque con ellas el litigante más pillo trata de turbar a su ventaja esa igualdad de las partes, que encuentra su mejor garantía en el contradictorio; en segundo lugar, porque el normal curso del proceso será retardado desmedidamente por estas escaramuzas dilatorias, que desplazan el centro de gravedad del proceso de la fase inicial a la fase final, y que, por lo común, hacen aparecer el juicio de primer grado como un preanuncio apenas esbozado de las verdaderas defensas reservadas al grado de apelación.

Estos inconvenientes son la directa consecuencia del **principio de libertad**, al cual se inspiraba el Código de 1865, según el cual las partes podían como regla hacer valer en cualquier momento del juicio de fondo, y también por primera vez en segundo grado, sus defensas, sin que la ley hubiera preestablecido un orden y predispuerto un sistema de estadíos procesales distintos para la presentación de las varias deducciones. A este principio de la libertad de las deducciones vigente bajo el viejo Código, se contrapone, como ideal opuesto, el **principio de preclusión**. Por él las partes deben presentar todas sus deducciones dentro de uno o más plazos rígidamente establecidos en el procedimiento, transcurridos los cuales precluye la producción de

(18) Es curioso que se diga que el Código Procesal Civil de 1993 ha **introducido** las preclusiones, cuando ellas eran inherentes al proceso del derecho común, como ya se ha dicho. Ciertamente que en materia de pruebas el Código de 1912 era más elástico pues existían las denominadas **pruebas privilegiadas** (presentación de documentos y su exhibición, y la confesión) que podían ofrecerse y, de ser el caso actuarse, incluso fuera de la etapa probatoria (e incluso en segunda instancia), pero sin duda las preclusiones existían pues ellas, como ya lo hemos reiterado tanto, son la esencia del proceso común. Ahora, no podemos dejar de mencionar que el Código Procesal Civil de 1912 también era más elástico en materia de excepciones, pues era posible que las que no hubieran sido planteadas en primera instancia se plantearan en la segunda (artículo 1103). Hoy, como sabemos, las excepciones se pueden plantear sólo en primera instancia. En suma, no se ha “introducido” preclusiones, sino que se han **endurecido**.

(19) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Op. cit.; pp. 107-108.

(20) De función educativa de las preclusiones discurría una famosa Resolución del Consejo Superior de la Magistratura italiano (resolución del 18 de mayo de 1988): “Las preclusiones no sirven para ir rápido, sino para hacer bien (...). El proceso educa o deseduca. Deseduca cuando, por tener un objeto mutable, siempre susceptible de variación y sorpresas, sólo en apariencia funcionales con el concepto de defensa, tanto las partes, como el juez terminan siendo arrastrados por un mecanismo de desresponsabilización, en el cual se empobrecen las nociones mismas de defensa y contradictorio. Mientras que educa cuando, apuntando a conseguir, a través de una articulada fase inicial, un objeto suyo responsablemente definido, se puede hablar de él como un “proyecto racional”, realmente constituido sobre el contradictorio de las partes y realmente funcional al correcto despliegue de los poderes directivos del juez”, citado por COSTANTINO. En: *Provvedimenti urgenti per il processo civile. Commentario*, al cuidado de TARZIA y CIPRIANI. Padova: Cedam, 1992. p. 71.

cualquier defensa tardía, cualquiera que sea la importancia y su fundamento; de manera que las partes, para huir del peligro de no estar ya a tiempo para hacer valer argumentos que luego en el curso de debate podrían revelarse apropiados son constreñidas a premunirse anticipadamente, ciegamente, contra las posibles réplicas del adversario y a sobrecargar desde el inicio su propia defensa, con una cantidad de hipótesis incluso contradictorias entre ellas, una para el evento que la otra sea desestimada (**principio de eventualidad**)⁽²¹⁾”.

Lo curioso es que el Código italiano (*rectius*, fascista), en su versión original, no consagró el sistema de rígidas preclusiones (como sí el nuestro) sino que por la vía de la “italiana sabiduría”, introdujo un sistema de preclusiones elásticas (así las llamó Calamandrei⁽²²⁾), en consideración a que: “aquí se encuentran en juego dos exigencias contrastantes: por un lado está el interés en alcanzar la verdad, lo cual aconseja dejar, hasta el momento de la decisión definitiva abierta la puerta a todas las deducciones incluso tardías, porque éstas pueden aportar al juez nuevos elementos de convicción, favorables a los fines de la justicia; por el otro está el interés en la rapidez y a la buena fe procesal, lo que exige que las partes no den largas al proceso con un bien dosificado cuentagotas de deducciones mantenidas en reserva, y quiere que las partes vacíen el saco de sus razones, sin preparar los expedientes para las sorpresas

de última hora. En un sistema procesal que satisfaga plenamente la primera exigencia se arriesga, por amor a la verdad, dejar libre el campo a la táctica dilatoria; mientras, si se satisface plenamente la segunda exigencia, se arriesga por amor a la rapidez, de sacrificar la justicia (...)” en donde, “el principio de preclusión de las deducciones, que el nuevo Código ha adoptado en lugar del principio de libertad, se haya encomendado, para atemperar los excesos, a la sabia discreción del juez: no existen para la deducciones tardías barreras rígidas e inexorables; sino que se ha encomendado al juez la facultad de no dejar funcionar la preclusión en todo su rigor cuando determina que las razones superiores de la justicia lo requieran y que haya que excluir cualquier culpable descuido de la parte⁽²³⁾”.

Como consecuencia, ¡ni el Código “mussoliniano por excelencia” introdujo preclusiones tan rígidas como las nuestras! Naturalmente, se dejó a la **sabia discreción del juez** el que ellas operaran o no.

Pero, y esto es importante, el fundamento de las preclusiones del legislador fascista es el mismo que da nuestro *conditor legis*: reprimir la mala fe⁽²⁴⁾, con la pequeña diferencia que nosotros **nunca** hemos tenido la bella experiencia de un proceso basado en el **principio de libertad** (que es propio del proceso francés⁽²⁵⁾), pues el Código de 1912, siendo un código de inspiración medieval para nada se basaba en él⁽²⁶⁾.

(21) Confrontar con CIPRIANI-IMPAGNATIELLO [al cuidado de], *Codice di procedura civile con la Relazione al Re*, Caccucci, Bari, 1997, p. 231; cabe recordar que la (suavizante) traducción de la *Relazione al Re* realizada por Sentís Melendo puede verse en REDENTI. *Derecho Procesal Civil*. Tomo III. pp. 175-227. El párrafo citado en el texto puede verse en la pp. 206-207.

(22) Confrontar con CALAMANDREI. *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*. Segunda Edición. Padova: Cedam, 1943. § 56, p. 202 y ss, especialmente p. 206.

(23) CIPRIANI-IMPAGNATIELLO (al cuidado de), *Codice di procedura civile con la Relazione al Re*. Op. cit., p. 232.

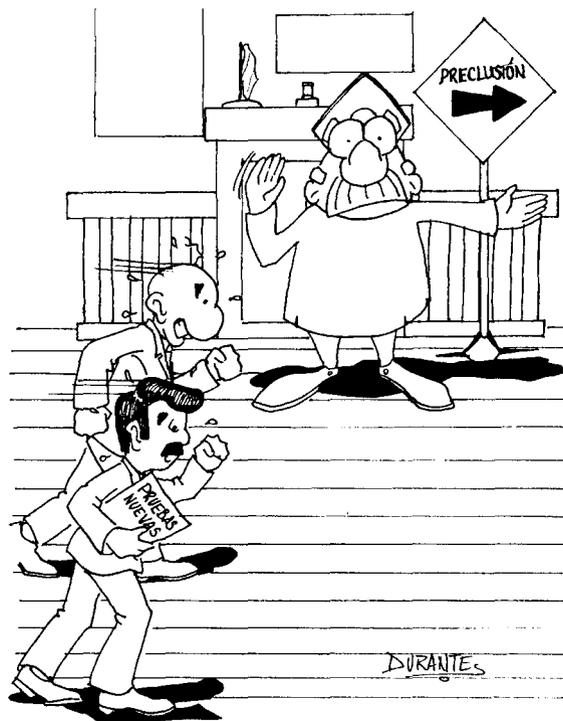
(24) CAMANDREI, *Istituzioni...* Op.cit.; pp. 205-206, para quien el sistema de preclusiones de su Código “tiene la ventaja de develar eficazmente la táctica dilatoria de aquellos litigantes de mala fe”, pero en el que las barreras no son tan rígidas y fijas, “en cuanto la ley encomienda al juez (...) la llave para abrirlas para que pase la buena fe”. Hay que señalar, para quien no lo sepa, que la denominada *Relazione al re* (que CALAMANDREI llama en sus *Instituciones* repetidamente *Relación Grandi*) es obra del propio CALAMANDREI, o sea que las repetidas citas que se hacen de la *Relazione Grandi*, en buena cuenta son citas de sí mismo. Sobre la intervención directa de CALAMANDREI en la redacción de la *Relazione al re* véase CIPRIANI. *Piero Calamandrei, la relazione al Re e l'apostolato di Chiovenda*. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, pp. 749-765 (ahora en *Ideologie e modelli del processo civile*. ESI, Napoli, 1997, p. 57 y ss.); Id, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti. Riflessioni e documenti nel cincuantenario dell'entrata in vigore*. ESI, Napoli, 1992, pp. 45 y ss. , en donde dicha intervención queda “documentalmente” demostrada.

(25) Señala eficazmente Monteflone que “en Francia, existe un proceso civil recientemente reformado con la emanación de un nuevo código, muy similar al nuestro de 1865. Y bien en tal proceso no existe ninguna preclusión en daño del derecho de defensa de las partes, ni siquiera en apelación (ver artículo. 563 y ss. del Código Procesal Civil), ni en casación (ver artículos 619-620), y tampoco en sede de reenvío (ver artículo 632); pese a ello un grado de juicio no supera la duración del año, y las sentencias son publicadas dentro del mes de la decisión”. MONTEFLONE. *Diritto processuale civile*. Segunda Edición. Padova: Cedam, 2000. p. 340.

(26) Decía Goldschmidt que el proceso civil español era “un recipiente liberal del siglo XIX, en el que se ha vaciado el vino antiguo del proceso civil de los siglos pasados”. GOLDSCHMIDT. *Derecho procesal civil*. Traducción de Prieto-Castro y adiciones de Alcalá-Zamora. Barcelona, 1936. p. X. En realidad, yo no creo que la legislación española (y la hispanoamericana) pueda ser siquiera considerada “un recipiente liberal”, sino sólo pura y simplemente “vino antiguo del derecho común”. Cabe anotar que conforme lo señala Liebman la diferencia entre los procesos del derecho común -caracterizados por estructura **rígida**, “dividido en momentos y períodos fijos, encerrados en plazo preclusivos, dentro de los cuales las varias actividades debían cumplirse” (así en *Instituti del*

Ahora, establecido que las preclusiones de alegación y de prueba encuentran su fundamento en lograr lealtad y buena fe en el comportamiento de las partes, hay quienes han tenido de ello otra lectura. Así, Nelson Ramírez Jiménez (quien también colaboró en la redacción del Código), aún compartiendo la idea de que lo previsto por el Código “tiene por objeto que la discusión sea leal que no se oculten pruebas para sacarlas sorpresivamente como ‘cartas debajo de la manga’, generando indebidas, dilatorias y extemporáneas actuaciones probatorias⁽²⁷⁾”, señala que “siendo que en el nuevo proceso un acto trascendental es la conciliación, no sería posible que el Juez haga la propuesta que su prudente arbitrio le aconseje, si no cuenta con todos los medios de probatorios que constituyen los elementos de juicio necesarios para perfilar la fórmula conciliatoria adecuada⁽²⁸⁾”. El argumento no deja de ser sorprendente: ¿se necesitan de pruebas para plantear la fórmula conciliatoria que el prudente arbitrio del juez le aconseje? ¿y si se han ofrecido pruebas no preconstituídas, de dónde sacará ese juez los elementos de juicio para proponer su prudente fórmula?

Sea el fundamento que fuera, ¿no será acaso que con esas preclusiones se estaría violando el derecho



de defensa que la Constitución (la que se quiera, la de 1979, o la de 1993, o la que venga) asegure en **cualquier estado del proceso**⁽²⁹⁾?

diritto comune nel processo civile brasiliano (1948), en *Ricerche sul processo*. 4. *Il processo civile brasiliano*, al cuidado de Picardi y Giuliani, Maggioli, Rimini, 1988, p. 27) - y los sistemas procesales producto de la influencia francesa está en la eliminación de “la articulación del procedimiento en fases distintas, que se suceden en un orden legalmente determinado, confiando que el juego natural del interés de las partes llevara espontáneamente a examinar las varias cuestiones en el orden que se fuera presentando más conveniente” (así en *Figure e forme della rimessione della causa al collegio*, en *Rivista di diritto processuale*. I, 1951. p. 300), o sea un proceso más libre, más elástico, menos asfixiante. Como lo señala Cirpiani el Código francés de 1806 “por un lado, respondía a la concepción liberal y garantista de las relaciones jurídicas, y por el otro, estaba en línea con el objeto, las finalidades y la naturaleza del proceso civil: desde el momento que tal proceso está subordinado a la iniciativa y al impulso de parte y tiene por objeto la tutela de los derechos de los particulares, parece obvio que también su marcha esté en línea de principio confiada a las partes y que el legislador se limite a disciplinar, con la ley o a través del juez, el diálogo entre las partes, de tal forma que se asegure que cada una, en el respeto del derecho de defensa de la otra, pueda defenderse plenamente” (*Il processo civile in Italia dal codice napoleonico al 1942*, en *Ideologie e modelli del processo civile*. ESI, Napoli, 1997. p. 5).

- (27) Uno de los lugares comunes para justificar las preclusiones “rígidas” de alegación y de pruebas es la de lograr un proceso “rápido”. En relación a ello señala Monteleone que resulta por demás excesivo y fuera de lugar, “incidir sobre el aspecto jurídico sustancial de las relaciones jurídicas en litis, conminando la pérdida irreversible de derechos o excepciones y favoreciendo el pronunciamiento de sentencias injustas, por supuestas exigencias de celeridad y de orden procesal. Hay así una evidente desproporción entre medio y fin”: *Diritto processuale civile*, cit., p. 339. De la misma manera Allorio considera “una leyenda” el que sólo se pueda poner orden en el proceso con las preclusiones: así en *Trent’anni di applicazione del Codice di procedura civile*, en *Comentario del Codice di procedura civile*, dirigido por ALLORIO. UTET, Torino, 1973, p. CXII y ss.
- (28) RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. *Postulación del proceso*. En: *Revista del Foro*. Año LXXXI, No. 2. Julio-diciembre. Lima: CAL, 1993, p. 53.
- (29) En efecto el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución de 1993 (y el equivalente inciso 9 del artículo 233 de la de 1979) señala inequívocamente el principio “de no ser privado del derecho de defensa en **ningún estado del proceso**”. Tal como lo señala Tavormina “Más allá del afirmado intento de nuestros constituyentes de garantizar con el artículo 24, segundo párrafo, la asistencia técnica al litigante, la disposición suena a la letra también como una condena sin límite a cualquier preclusión a la deducción de nuevas excepciones y nuevos medios de prueba a cargo de quien se defiende. No hay duda, en efecto que excepciones y medios de prueba formen parte integrante, además que de la tutela de los propios derechos e intereses legítimos (artículo 24, primer párrafo), también de aquello que la constitución define ‘derecho de defensa’, proclamando su inviolabilidad no sólo en la fase introductoria del juicio de primer grado, sino -mucho más- ‘en cualquier estado y grado del procedimiento’”. TAVORMINA. *Dedotto, deducibile e Costituzione*. En: *Rivista di diritto processuale*. 1992. p. 313-314.

4 Poderes del juez y preclusión.

Pues bien, estando a que nuestra Ley Procesal ha establecido rigidísimas preclusiones de alegación y de prueba para las partes (que se encuentran en este plano en una “paridad de armas”, o sea ambas “desarmadas”), veamos qué ocurre con el otro sujeto del proceso: el juez.

Como sabemos el legislador procesal centró todas sus esperanzas en el juez, afiliándose a lo que Capelletti llamó la **publicización** del Proceso Civil⁽³⁰⁾. De allí que se haya llegado a sostener entre nosotros que “sólo concediéndole al juez autoridad y medios procesales idóneos, se puede provocar o coadyuvar a la obtención de decisiones justas, entendiéndose por éstas aquellos pronunciamientos jurisdiccionales en donde la cuota de certeza y celeridad se presenta en contenido suficiente, si no pleno⁽³¹⁾”.

Es por eso que el Código le concede al juez una infinidad de facultades procesales, todas discrecionales, pues con ellas él -y sólo él- puede lograr un proceso rápido y emitir sentencias justas.

De allí que mientras las partes tienen que vaciar el saco, en sus actos postulatorios (y luego tienen que callar) y enseñar todas sus cartas ofreciendo en ellos todas sus pruebas, el juez, si quiere -y cuando quiera-, **puede** “ordenar en cualquier instancia la comparecencia personal de las partes, a fin de interrogarlas sobre los hechos discutidos” (artículo 50 inciso 3); además **puede** “ordenar los actos procesales necesarios al

esclarecimiento de los hechos controvertidos”, pero, ciertamente, “respetando el derecho de defensa de la partes” (o sea **defenderse del juez no de la contraparte**⁽³²⁾).

Ello significa que mientras las partes sólo **pueden** (**poder** como oportunidad) ofrecer sus pruebas en los actos postulatorios, el juez **puede** (**poder** como facultad) ordenar “los actos necesarios para el esclarecimiento de los hechos” -léase fundamentalmente- puede disponer **de oficio** los medios probatorios que estime necesarios para formar su convicción, tal como lo faculta el artículo 194 del Código Procesal Civil, y todo ello en decisión motivada e inimpugnable⁽³³⁾.

Habría que preguntarse ¿cómo se engarzan estas disposiciones con ese proceso rígido (y formalista) que regula nuestra vigente ley? ¿qué valor tendrán las respuestas al interrogatorio clarificador del juez a las partes en relación a la determinación del objeto del proceso, si conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil el juez sólo puede basarse en los hechos alegados por las partes, y el lugar para alegar es la demanda o la contestación? ¿Tendrá ese interrogatorio clarificador eficacia probatoria⁽³⁴⁾? Es más, si un juez dispone una prueba de oficio ¿cómo podrían las partes ejercer su derecho de defensa (frente al juez) si ellas ya **no pueden** ofrecer ninguna prueba pues para ellas operó la rígida preclusión y la resolución que dispone la actuación de la prueba es **inimpugnable**?

(30) O sea aquel proceso en el cual “si bien dentro de los rigurosos límites de la voluntad dispositiva de las partes, se atribuyan al juez poderes de activa intervención con la finalidad de crear las premisas más idóneas para la decisión que efectivamente responda a la finalidad de la verdad y de la justicia”: así en -su *opera magna- La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Vol I. Milano: Giuffrè, 1962. p. 102.

(31) MONROY GÁLVEZ, Juan. *La Ideología en el Código procesal civil peruano*. En: *Ius et Praxis*. No. 24. p. 200.

(32) Lo evidencia Monteleone, para quien toda iniciativa probatoria del juez “perjudica inevitablemente el derecho de defensa de la una y la otra [parte], porque cada cual en el proceso se defiende teniendo al frente a la otra parte, y no el juez; perjudica gravemente el principio del contradictorio porque hace bajar al ruedo a un tercero, que ya no es tal porque se inserta en la práctica gestión de la tutela jurisdiccional del derecho”: *Op.cit.*, p. 264.

(33) Nunca he entendido aquello de “resolución motivada e inimpugnable”. Para qué motivar, si no se puede impugnar, y si no se puede impugnar, se viola abiertamente el derecho de defensa. Así CIPRIANI. *Sentenze non definitive e diritto d'impugnare (a proposito dell'art. 827 c.p.c.)*. En: *Rivista dell'arbitrato*. 1999. p.237. para quien el derecho de impugnar “parece ser un componente esencial y no suprimible del derecho de defensa, apareciendo innegable que, si no existiera la posibilidad de impugnar, las partes estarían a merced del juez y el derecho de defensa se resolvería en una farsa”.

(34) El interrogatorio (libre) del juez, es el instrumento procesal favorito de Cappelletti, la “quintaesencia” de un verdadero sistema oral (ver CAPPELLETTI. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Op.cit.: p. 777). Sobre él señala Monteleone que se trata “evidentemente de un instrumento de inquisición judicial, a través del cual el magistrado ejercita primeramente un control sobre la línea defensiva adoptada por el procurador de la parte, y trata luego de inducir a las mismas a dar declaraciones, admisiones u otras para descubrir la denominada ‘verdad real’ incluso contra el interés del interrogado. En buena sustancia se encuentra un parcial trasplante de la inquisición penal en el proceso civil, tanto es así que la jurisprudencia admite, superando perplejidades y prudencias por lo común hipócritas, la plena utilización probatoria de las respuestas al interrogatorio afirmando que ellas por sí solas pueden fundar la sentencia”.

¿No es acaso extraño el sistema del Código de 1993? Pues es que es un código afiliado al sistema publicístico (léase autoritario y antiliberal, como el ordenamiento procesal austríaco de Franz Klein⁽³⁵⁾), y como tal, el proceso no está establecido para hacer justicia a las partes que la piden, sino para brindar al Estado la oportunidad de reafirmar la eficacia del derecho objetivo para lograr la paz social en justicia, por lo que “el proceso pasa a ser actividad pública, sujeta a normas de derecho público⁽³⁶⁾”. Luego, qué importa si las preclusiones pueden “impedir” a las partes defender sus situaciones jurídicas a plenitud, si para evitar las “injusticias” está el juez, que con su “sabia discreción” y su “activismo” establecerá él la verdad “real” y no aquella que le quieren (siempre maliciosamente) presentar las partes, y en base a todo ello emitirá una sentencia justa.

Cuando se otorgan todas estas facultades al juez (todas discrecionales e incontrolables⁽³⁷⁾), se coloca en un estado de indefensión a las partes, que siendo siempre en el proceso al menos dos, ciertamente por lo menos una se verá aventajada y otra perjudicada, lo que equivale a decir **pérdida de imparcialidad de juez**. ¿Es que acaso si un juez dispone, en ejercicio de la facultad del artículo 194, la actuación de una prueba de oficio no está favoreciendo a una parte en desmedro de la otra? Si las partes son dos, y cada una afirma sus hechos, cuando se dispone una prueba de oficio se hace porque no se está convencido de la afirmación de la una o de la otra, y con ello está tomando partido, se está coadyuvando a la defensa (cual tercero adhesivo simple, o abogado suplente) o de la una o de la otra parte. Ello es inevitable⁽³⁸⁾.

Ello es muy grave, pues la esencia del proceso está en la imparcialidad del juez. Cuando por razones de

publicización y de socialización del proceso se permite al juez perder su esencia, se pierde el proceso. Por eso es que hoy en día en el campo penal se lucha por la introducción del denominado proceso acusatorio que coloca al juez en su posición de tercero imparcial, y a las partes acusadora y acusada en un total plano de igualdad. Parecería absurdo que en el proceso civil no se abogara por lo mismo.

Un proceso como el que tenemos en donde las partes está sometidas a rígidas preclusiones y, en cambio, el juez tiene amplios poderes de indagación y de iniciativa probatoria desnaturaliza el proceso pues impide al juez desplegar “con objetividad, serenidad e imparcialidad su esencial tarea: hacer justicia a quien demuestra tener la razón en el curso del proceso, y no a quien tal razón le sea concedida de modo más o menos desinteresado, o subrepticio, por quien debería estar *super partes*⁽³⁹⁾”.

5 Conclusiones.

Sintetizando podríamos decir que el sistema de preclusiones en materia de alegación y de prueba consagrado por el Código Procesal Civil de 1993 lesiona abiertamente ese derecho de defensa en cualquier estado del proceso (tanto en primer como en el segundo grado) que la Constitución (la que quieran) nos asegura a todos y lo que es peor aumenta la posibilidad de la emisión de sentencias injustas⁽⁴⁰⁾.

Igualmente, podemos decir que los amplios poderes de indagación e iniciativa probatoria del juez, en un contexto de preclusiones para las partes, lesiona gravemente la imparcialidad judicial, y desnaturaliza el proceso el que para ser tal requiere que el juez sea auténticamente “tercero”.

(35) Lo reconocen los propios austríacos: así Bernhard König para quien “nuestro proceso es todo lo contrario que liberal; en un cierto sentido es autoritario”. *La ZPO austriaca dopo la novella del 1983*, en *Rivista di diritto processuale*, 1988, p. 712.

(36) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al derecho procesal*. Bogotá: Temis, 1996. pp. 70-71.

(37) “Poderes solitarios” los llamó FABBRINI. *Poteri del giudice*. En: *Enciclopedia del diritto*. Vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985. pp. 721 y ss. (ahora en *Scritti giuridici*. Vol. I, Giuffrè, Milano, 1989. p. 435).

(38) Sobre el punto, véase mi *Prueba de oficio y preclusión*. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. No. 30, marzo 2001. pp. 94 y ss.

(39) Así, MONTELEONE, *Op.Cit.*; p. 265.

(40) Cuando *post* preclusión en primera instancia se ofrece alguna prueba, por ejemplo, documental, el juez ya no puede siquiera admitirla. Sin embargo, el documento está allí, y podría ser determinante para decidir en sentido contrario al que se terminará decidiendo. O sea que a sabiendas se emitirá una sentencia injusta. Lo propio ocurrirá en apelación si es que ese documento no es posterior al cierre de la **etapa postulatória**. Decía Tavormina agónicamente que si no se advierte la imperatividad de que las partes (en particular al demandado) puedan defenderse eficazmente en **cualquier estado y grado del proceso** “tarde o temprano se terminará descubriendo que no es un imperativo constitucional admitir nuevas pruebas en apelación ni siquiera en el proceso penal y que por eso el imputado puede tranquilamente descontar sus años en la cárcel incluso si no es culpable”: TAVORMINA. *Op.cit.*; p. 319.

Es nuestro convencimiento que si no existieran preclusiones rígidas de alegación y de prueba como las previstas en el Código esos poderes otorgados al juez quedarían allí, en el mero texto de la ley, pues, pudiendo las partes ejercitar su derecho de defensa en cualquier estado del proceso, el juez jamás tendría la necesidad, para estar convencido, de usarlos para evitar el emitir una sentencia injusta.

Estando al momento en que vivimos, en que tenemos la oportunidad de renovar todo nuestro ordenamiento y de enderezarnos a un auténtico Estado democrático en el que se borre todo rastro de autoritarismo, sería bueno echar una mirada al Código Procesal Civil y ver que tan

constitucional es el proceso allí regulado. Estoy convencida que todos saldremos ganando.

Ciertamente, los procesos civiles por involucrar problemas relativos a derechos privados (pequeños o grandes, poco importa) normalmente se quedan en la esfera de las partes y no llaman mucho la atención de la sociedad⁽⁴¹⁾. Sin embargo, ellos pueden dar lugar a (grandes o pequeñas, poco importa) injusticias. Por ello es mi esperanza que estas reflexiones sobre las preclusiones que “cierran la puerta” del derecho de defensa de las partes y “abren la puerta” a la posibilidad de emitir sentencias injustas, sirvan por lo menos para invitar a otros a la reflexión. *EA*

(41) Lo evidenciaba Mortara “Los individuos y las sociedades se conforman con la función judicial, así como es cumplida, porque tienen la conciencia de las enormes dificultades de su correcto desarrollo. El magistrado más puro y sabio podrá poseer la conciencia de haber siempre **buscado** la verdad, pero no la certeza de haberla siempre **alcanzado**. Todas estas observaciones son obtenidas de la realidad de las cosas, sin sombra de pesimismo. La esfera de actividad de la jurisdicción civil está mal controlada por el sindicato de la conciencia pública, por cuanto las contiendas se refieren a intereses privados; el tema de hecho de las mismas se substraen en general de la conciencia del público. Los agravios de los vencidos dejan bastante indiferentes a la opinión pública, siendo reputadas por lo general el eco interesado de egoísmo desilusionado o herido. Lo que puede ser también cierto en parte, sin que de ello se derive la prueba de la justicia cierta de las decisiones judiciales. Las sociedades tienen necesidad de creer que a los derechos violados le ponga auxilio la función jurisdiccional; y como el mayor número de las relaciones jurídicas privadas se desenvuelve pacíficamente, la proporción absolutamente mínima de los casos en los cuales es necesaria la intervención de esta función no logra turbar la gran armonía del orden jurídico en sus líneas generales, ni altera la benéfica dominación que aquello ejercita sobre la convivencia civil”. MORTARA. *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*. Vol II. Segunda Edición. p. 456, en nota, citado por CIPRIANI. *L'attualità di Lodovico Mortara*, En: *Materiali per una storia della cultura giuridica*. Año XXII, diciembre de 1992. p. 426.