



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

HACIA UN PROCESO CIVIL FLEXIBLE
CRÍTICA A LAS PRECLUSIONES RÍGIDAS DEL CÓDIGO
PROCESAL CIVIL PERUANO DE 1993

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE MAGÍSTER CON
MENCIÓN EN DERECHO PROCESAL

Presentada por:
Eugenia Silvia Maria ARIANO DEHO
Cod. 20099767

ASESOR: Prof. Juan E. MORALES GODO

JURADO:

Presidente: Giovanni Francezco, PRIORI POSADA
Segundo Miembro: Juan Eulogio, MORALES GODO (Asesor)
Tercer Miembro: Ricardo Antonio, LEON PASTOR

LIMA-2011



A mi paciente madre, guardiana de mis desvelos



*Hay un tiempo para todo y un tiempo
para cada cosa bajo el sol...*

¿Qué gana el que trabaja con fatiga?

ECLESIASTÉS 3, 1-9

INDICE

INTRODUCCIÓN	VI
--------------------	----

CAPÍTULO I

EL ATORMENTADO CONCEPTO DE PRECLUSIÓN

1. «Preclusión»: una palabra chiovendiana	1
2. La formación progresiva del «concepto» chiovendiano de preclusión....	4
3. Evoluciones sucesivas del concepto de preclusión en la doctrina italiana: negaciones y primeras reformulaciones.....	13
4. Interludio: la «eficacia preclusiva» de Angelo Falzea.....	21
5. Las más recientes reformulaciones del concepto de preclusión	23
6. Conclusión preliminar: un concepto realmente «atormentado».....	29

III

CAPÍTULO II

LA PRECLUSIÓN COMO EJE DE UN PROCESO PUBLICÍSTICAMENTE
CONCEBIDO

1. Premisa: la errónea (necesaria) asociación de la preclusión con la división del proceso en «fases».....	31
2. Los procesos «ultra-preclusivos» y los procesos «libres»	35
3. El proceso declarativo peruano construido bajo el signo de las precoces y rígidas preclusiones	37
4. Las «publicísticas» razones de la construcción de un proceso con rígidas preclusiones. De regreso a Chiovenda	42
5. <i>Sigue.</i> Reflexiones.....	44
6. <i>Sigue.</i> Las razones «éticas» de las preclusiones en el CPC de 1993	47
7. Preclusiones y poder de impulso del juez	54

CAPÍTULO III

 CUESTIONES PROCESALES, PRECLUSIÓN Y PODERES INAGOTABLES
DEL JUEZ

1. Premisa: la necesidad de preclusiones «tempranas» en materia de cuestiones procesales..... 56
2. Las preclusiones «benéficas» acogidas en el CPC de 1993..... 57
3. Las preclusiones del planteamiento de las (llamadas) «excepciones» del art. 446 CPC. Una mirada al pasado..... 57
4. *Sigue.* Las «excepciones» del CPC de 1993..... 62
5. El poder (¿inagotable?) del juez de controlar de oficio la subsistencia de los presupuestos de validez del proceso 64
6. Los poderes del juez sí se consuman 67
7. Las ilusiones del CPC de 1993 y las lecciones de la realidad cotidiana 72

CAPÍTULO IV

LAS PRECLUSIONES DE ALEGACIÓN

1. La aparente semejanza entre el CPC de 1912 y el vigente en cuanto a las alegaciones de las partes 74
2. La alegación de hechos «nuevos» (y la preclusión de los «viejos»)..... 75
3. El limitadísimo *jus variandi* y la paradoja de la posibilidad de acumulación de pretensiones «accesorias» 78
4. La «carga» de cuestionamiento del hecho alegado *ex adverso* y la (solo presunta) «pacificidad» del hecho no contradicho 79
5. La enmascarada «ficta confessio» derivada de la rebeldía del demandado 81
6. Una preclusión «neutra» respecto de la reconvención..... 86
7. El paradójico tratamiento de la intervención de terceros. La llamada en garantía 87
8. *Sigue.* Las intervenciones «voluntarias»..... 88
9. Las paradojas «publicísticas»: La Sentencia de Casación N° 4664-2010-Puno (Tercer Pleno Casatorio) 89

IV

CAPÍTULO V

PRECLUSIONES PROBATORIAS, PODERES DEL JUEZ Y DERECHO A LA
PRUEBA

1.	Premisa: los poderes probatorios del juez con el CPC de 1912	91
2.	Las preclusiones probatorias entre el CPC de 1912 y el CPC de 1993. La primera instancia	97
3.	<i>Sigue.</i> Las pruebas en segunda instancia	100
4.	Los poderes probatorios del juez en un contexto de preclusiones	106
5.	Derecho de defensa, derecho a la prueba y preclusiones.....	110
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES		115
BIBLIOGRAFIA.....		117

INTRODUCCIÓN

El Código Procesal Civil peruano (CPC), entrado en vigencia el 28 de julio de 1993, desde nuestro punto de vista, presenta dos problemas: uno de orden técnico y otro de orden ideológico.

El problema técnico encuentra su origen en la pluralidad de fuentes de las que se ha valido el legislador para «armar» el Código. Así tenemos que partes enteras del CPC son copia o adaptaciones del Código de procedimiento civil colombiano de 1970 y del Código General del Proceso uruguayo de 1988; otras que lo son del *Código de processo civil* del Brasil de 1973; otras más lo son del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentino de 1968. Y cómo es previsible el resultado de este tomar de aquí y de allá disposiciones ajenas, que en los ordenamientos de origen tienen sí una cierta armonía con el resto de su contenido, no fue precisamente coherente, con la consecuencia de que tenemos un Código que es una suerte de «manto de Arlequín» en el que conviven las más diversas «almas», lo que, inevitablemente, coloca al intérprete en serias dificultades.

VI

Al problema técnico se le suma otro más grave: el ideológico. Tal como fue proclamado desde su promulgación, el CPC de 1993 constituye un código que responde a la (llamada) «concepción publicística del proceso». ¿Qué significa esto? Pues que el proceso está construido desde el punto de vista del juez (o sea del Estado) y no desde aquél de la partes, que pasan a ser en el proceso un simple medio para que los órganos jurisdiccionales (o sea el Estado) cumplan sus funciones.

Esta inspiración ideológica explica el que el CPC de 1993 haya diseñado un proceso declarativo (en sus tres versiones «procedimentales») extremadamente riguroso para con las partes, en cuanto todas sus actividades procesales tienen *momentos perentorios* para su realización, con la consecuencia de que si no se realizan en tal momento (o se realizan parcialmente), la parte queda impedida de poderlas realizar (o completar) válidamente más adelante y obtener así la ventaja que de tal actividad se derivaría. Es decir, es la inspiración ideológica del CPC de 1993 lo que le ha llevado a construir su proceso declarativo en base a rígidas y prematuras preclusiones.

Esta misma inspiración ideológica es la que ha llevado al legislador procesal a concederle al juez amplios poderes, y entre ellos, el de apreciar de oficio y en cualquier estado del proceso, cuestiones que, en virtud de las rígidas preclusiones establecidas para las partes respecto del ejercicio de los derechos y facultades procesales, las partes ya no podrían plantear. Y ello en el entendido de que los poderes del juez, siempre y en todo caso, serán ejercidos en pro del logro de la «finalidad del proceso».

VII

Según la *communis opinio*, un modelo de proceso basado, por un lado, el sometimiento del ejercicio de los derechos y facultades de las partes a un régimen severo de preclusiones y, por el otro, en el otorgamiento de amplios poderes para el juez que nunca se consuman, estaría enderezado tanto a asegurar un desarrollo ordenado, rápido y eficiente del proceso (*ratio* técnica), como a desterrar toda táctica dilatoria y temeraria de las partes (*ratio* moral o ética).

Sin embargo, el problema fundamental que genera un modelo como el arriba indicado es que en ese afán de mantener «controladas» a las partes, por un lado, no garantiza para nada que el proceso se lleve a marcha forzada, y, por el otro, puede poner en riesgo la correcta fijación de los términos de la

controversia con la más grave consecuencia de potenciar la posibilidad de emisión de decisiones injustas, en cuanto basadas en un material fáctico y probatorio incompleto, y que, pese a ello, lo decidido adquiriera la autoridad de la *res iudicata*.

En tal sentido, el proceso será sí «ordenado» y, quizá (solo quizá), «rápido», pero su «eficiencia» como método de tutela jurisdiccional (o, si se quiere, de resolución de controversias jurídicas) será sólo formal, pues no se trata de llegar al acto jurisdiccional final «como sea», sino «bien». Y «bien», en nuestro campo significa, ni más ni menos, llegar a una decisión «justa».

De allí la necesidad, en nuestro concepto, de analizar «el problema» que representa el haber asumido un modelo de proceso declarativo fundado en rígidas preclusiones para las partes y en la concesión de amplios poderes para el juez, sus repercusiones sobre las situaciones sustanciales de las partes y sobre la «calidad» de la cognición del juez, teniendo como meta proponer un modelo alternativo de proceso civil *más flexible* (que es como decir, *más libre*) al vigente, que esté acorde tanto con el proclamado *derecho a la tutela jurisdiccional efectiva* como con el *derecho de defensa* que la Constitución asegura sea cual fuere el «estado del proceso», sin que, por cierto, un tal modelo alternativo comporte ni desorden procesal ni estímulo a la «malicia» procesal.

Partiendo de la premisa de que ningún proceso puede prescindir de cierta “dosis” de preclusiones, nuestra tesis persigue los siguientes objetivos:

- a) Demostrar que carace de fundamento someter a las partes a rígidas preclusiones respecto de aquellas cuestiones que el juez puede, en cualquier estado del proceso, apreciar de oficio.
- b) Demostrar que una organización del proceso declarativo como la plasmada en el CPC vigente, basada en preclusiones demasiado

- rígidas para las partes en la formación del material de la causa repercute sobre la justicia y corrección de la decisión final;
- c) Demostrar que es posible organizar un proceso declarativo más flexible sin que ello provoque desorden procesal y estimule la malicia procesal.

La metodología que hemos empleado pertenece al área de la investigativa básica y está fundada, hasta donde nos ha sido posible, en un método «histórico-dogmático-comparativo».

Hemos dividido nuestra tesis en cinco capítulos.

El primero está dedicado al análisis del concepto de preclusión, desde sus orígenes en el pensamiento de Giuseppe Chiovenda hasta llegar a la concepción de la preclusión como consecuencia (o efecto) de una carga procesal incumplida.

En el segundo capítulo hemos abordado el espinoso tema de la función que se le suele asignar al «sistema» de preclusiones. En particular hemos individualizado que la preclusión constituye un principio-eje de aquellos procesos «publicísticamente» concebidos. Hemos analizado el cómo el factor, que podemos llamar «ético-ideológico», ha conducido a los diversos legisladores procesales y, en particular, al nuestro, a diseñar procesos fundados en rígidas preclusiones para las partes y en la concesión de amplios poderes para el juez.

En el tercer capítulo hemos abordado la temática de las preclusiones en materia procesal. En él que se analizan los aspectos positivos y los defectos técnicos que presenta nuestro CPC vigente en lo relativo a las cuestiones procesales, en particular en lo atinente al control que, de oficio, debe realizar el juez sobre los presupuestos procesales.

En el cuarto capítulo hemos abordado el tema de la preclusión de las alegaciones en nuestro CPC vigente, en donde se tocan con la mano las repercusiones que el factor ideológico ha tenido en el tratamiento de aquellos actos con los que las partes hacen valer en el proceso sus derechos sustanciales.

Finalmente, en el último capítulo, hemos analizado las fuertes preclusiones que nuestro vigente CPC ha establecido en materia probatoria, en franca colisión con el derecho a la prueba cual manifestación del derecho constitucional de defensa. Igualmente, hemos analizado los nexos entre las preclusiones probatorias que gravan sobre las partes y las iniciativas probatorias oficiosas del juez.

Por último hemos expuesto nuestras conclusiones y las correspondientes recomendaciones.

X

Lima, agosto 2011

Eugenia Ariano Deho

CAPÍTULO I

EL ATORMENTADO CONCEPTO DE PRECLUSIÓN

SUMARIO: 1. «Preclusión»: una palabra chiovendiana.— 2. La formación progresiva del «concepto» chiovendiano de preclusión.— 3. Evoluciones sucesivas del concepto de preclusión en la doctrina italiana: negaciones y primeras reformulaciones.— 4. Interludio: la «eficacia preclusiva» de Angelo Falzea.— 5. Las más recientes reformulaciones del concepto de preclusión.— 6. Conclusión preliminar: un concepto realmente «atormentado».

1. «Preclusión»: una palabra chiovendiana

Suele decirse que el término «preclusión» deriva del verbo latino *praecludere*, resultado de la unión entre el verbo *cludere* (cerrar) y el prefijo *prae* (delante). A estar a su étimo, el vocablo evoca, pues, el efecto de la acción de cerrar, de obstruir, de bloquear el paso.

La lengua italiana registra (y desde antiguo¹) un uso común tanto del verbo «precludere» (que significa «impedir», «excluir a través de obstáculos»²) como del sustantivo «preclusione» («impedimento», «prohibición»)³.

¹ Así, a modo de ejemplo, en el *Vocabolario della lingua italiana già compilato dagli accademici della Crusca*. Firenze: Passigli, 1838, se recoge el lema «precludere» con el significado de «Impedire, Vietare, Precidere». Jacopo Sannazaro (1456-1530), el gran autor renacentista, la emplea en la Canzone XVIII de su *Arcadia*: «E, ripensando al periglioso corso, Dico fra me: che sai se nebbia o pioggia. Ti preclude il cammin dell'altra vita...?».

² Tal es el significado de uso común que registran todos los diccionarios de los más recientes a los más antiguos: así en el de DE MAURO, Tullio, *Il dizionario della lingua italiana per il terzo millenio*. Torino: Paravia, 2003; en el de ZINGARELLI, Nicola. *Vocabolario della lingua italiana*. Torino: Zanichelli, 1994; en el clásico de PETROCCHI, Policarpo. *Novo dizionario scolastico della lingua italiana dell'uso e fuori d'uso*. Milano: Fratelli Trèves, 1930.

³ Curiosamente, también en inglés existe el verbo «preclude» (cuyo significado común es «imposibilitar, impedir, prevenir, prohibir») y el correspondiente sustantivo «preclusion». Este dato es importante por cuanto la lengua jurídica inglesa (en particular, la estadounidense)

En cambio, en el castellano de uso común la palabra «preclusión» no tiene ningún significado⁴. La Real Academia de la Lengua Española ha recogido el sustantivo (no el verbo) recién desde la 21ª edición de su Diccionario (DRAE, 1992), adscribiéndole el significado estrictamente «técnico-jurídico» de:

«f. *Der.* Carácter del proceso, según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales clausura la anterior sin posibilidad de replantear lo ya decidido en ella»⁵.

Ahora, si se tiene presente que para un común hispanoparlante la palabra *preclusión* no significa absolutamente nada⁶: ¿cómo así ha terminado ingresando a nuestro lenguaje (llamémoslo así) técnico-procesal?

Pues bien, como buena parte del arsenal terminológico de nuestra disciplina, el vocablo *preclusión* forma parte del paquete de «nuevas palabras» que Giuseppe Chiovenda tuvo «la ingrata necesidad de acuñar» en su audaz empresa de renovación (conceptual y sistemática) del estudio del derecho

registra su uso para denotar particulares efectos negativos de la *res iudicata* (así: *claim preclusion* e *issue preclusion*).

⁴ En portugués tampoco tiene un significado de uso común. Lo tiene, en cambio, en el campo de la fonética como «oclusión previa de los órganos para la producción de un fonema» (es lo que registra el *Diccionario de Português-espanhol*. Porto: Porto Editora, 2003, bajo el lema «preclusão»). En francés el vocablo simplemente no existe.

⁵ A la par el DRAE ha reconocido la legitimidad del uso del adjetivo «preclusivo», entendiendo por tal lo «que causa o determina preclusión». Sin embargo, como indicado en el texto, el verbo «precluir» no está reconocido.

⁶ Señala CERES MONTES, José Francisco. «Preclusión». En: *Enciclopedia Jurídica*, 1ª ed., T. 16, Madrid: La Ley, 2008-2009, p. 9450, que el término preclusión es «eminentemente procesal». Habría que modificar el adverbio: no es que sea «eminentemente» procesal, sino «exclusivamente» procesal, pues en cualquier otro contexto (incluso jurídico) la palabra carece por completo de significado.

procesal⁷ y que por la vía de la divulgación de su obra ingresó a nuestro idioma «técnico»⁸.

En efecto, si bien Chiovenda la empezó a utilizar desde 1905 en su ensayo sobre «Cosa giudicata e competenzaa»⁹, y fue ampliamente utilizada a lo largo de sus *Principii di diritto processuale civile*¹⁰, la «paternidad» (y origen)

⁷ Las frases entrecomilladas son del propio Chiovenda y aparecen en la *Prefazione* que escribió el 15 de junio de 1923 para la segunda y tercera edición de sus *Principii di diritto processuale civile*. Es importante señalar que en la traducción castellana de esta obra realizada por José Casais y Santaló (*Principios de derecho procesal civil*. Tomo I, Madrid: Reus, s/f, pero 1922), el *Prefacio* no aparece, por la simple razón que recién fue escrito en la fecha antes indicada, al terminar la «edición de la segunda y tercera edición», es decir, después que Casais había terminado la traducción del primer tomo de la edición castellana. Sin embargo, parte de esta *Prefazione* de 1923 fue reproducida por el propio Chiovenda en la *Prefazione* de sus *Istituzioni di diritto processuale civile* (que publicó en los años 1933-34 y que fueran traducidas al castellano por Emilio Gómez Orbaneja para la Editorial Revista de Derecho Privado). Bien vale contextualizar las palabras entrecomilladas en el texto: «Novedades conceptuales entrelazadas con las novedades sistemáticas encontrará en cada página quien confronte este libro con la literatura procesal que le ha precedido en Italia (...); el paciente lector se encontrará, y quizá chocará a cada paso, con ideas, fórmulas o teorías de las cuales no hallará precedentes en la doctrina italiana. Más aún: se encontrará a veces con instituciones tan abandonadas entre nosotros, *que el autor se ha visto en la ingrata necesidad de acuñar, para hablar de ellas, nuevas palabras*, como la condena con reserva, la competencia funcional, la sustitución procesal, el impulso procesal, el litisconsorcio necesario» (así en *Instituciones de derecho procesal civil*. Tomo I. Traducción de Gomez Orbaneja. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954, p. XVIII-XIX, cursivas nuestras).

⁸ *In primis*, para la Argentina, por Tomás Jofré en su *Manual de procedimiento* (lo refiere EISNER, Isidoro. «Preclusión». En: *Enciclopedia jurídica Omeba*. Tomo XXII. Buenos Aires: Driskill, 1979, p. 779). Sobre la influencia de Chiovenda sobre Jofré existe un interesante ensayo de LEVAGGI, Aberlardo. «Tomás Jofré, introductor de Giuseppe Chiovenda en el derecho argentino». En: *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrogio L. Gioja"*. Año III, N° 4, 2009 (consultado el 27-07-2011, en: <http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0004A003_0006_investigacion.pdf>).

⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. «Cosa giudicata e competenzaa» (1905). En: *Saggi di diritto processuale civile*, Vol. II, al cuidado de Proto Pisani. Milano: Giuffrè, 1993, p. 411 y ss.

¹⁰ La primera edición de los *Principii* chiovendianos es de 1906, pero la obra fue solo completada en 1923. Para una «historia», paso a paso, del manual chiovendiano es insuperable la reconstrucción de CIPRIANI, Franco. *Storie di processualisti e di oligarchi*. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936). Milano: Giuffrè, 1991, pp. 114, 166 y 237. La traducción castellana tiene también su propia «historia» recientemente reconstruida por CACHÓN CADENAS, Manuel Jesús. «Desventuras de José Casais Santaló, primer traductor español de Chiovenda». En: *Justicia. Revista de derecho procesal*, N° 3-4, 2010, pp. 13-96.

sobre el uso del vocablo vino recién reconocida en 1933 en su ensayo «Cosa giudicata e preclusione», en donde precisó que la tomó «de un bello verbo de las fuentes que se encuentra usado, justamente con el significado que pretendo, en la “poena praeclusi” del derecho común»¹¹.

Por tanto, «preclusión» como vocablo de uso técnico procesal castellano no es directamente un latinismo. Es un italianismo, para ser más precisos: un «chiovendianismo».

2. La formación progresiva del «concepto» chiovendiano de preclusión

Chiovenda, comienza a esbozar su «concepto» de preclusión en 1905, en su ensayo sobre «Cosa giudicata e competenzaa»¹², al tratar la cuestión de si

¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. «Cosa giudicata e preclusione» (1933). En: *Saggi di diritto processuale civile*, Vol. III. Cit., p. 232. La precisión del de dónde tomó la expresión no es casual, pues como hemos señalado el verbo «precludere» era, desde hacía siglos, de uso común en el italiano con el significado de impedimento. Al indicar que la tomó de «las fuentes» (y no de un diccionario...) estaba dando respuesta a las críticas que, como se verá más adelante, le dirigió Paolo D'Onofrio, críticas que partían de la «idea general» dada «por la palabra misma» (o sea: preclusión = impedimento).

¹² CHIOVENDA, Giuseppe. «Cosa giudicata e competenzaa» (1905). En: *Saggi di diritto processuale civile*, Vol. II. Cit., p. 411-423. Este ensayo es contemporáneo a su «Sulla cosa giudicata» (*Saggi di diritto processuale civile*, Vol. II. Cit., pp. 399-409). En verdad no se sabe cuál de los dos ensayos fue escrito primero, pero en «Sulla cosa giudicata» (que constituye la *prolusione* [clase inaugural] pronunciada el 14 de diciembre de 1905 al asumir la cátedra de *procedura civile* en la Universidad de Nápoles), Chiovenda utiliza dos veces la palabra *preclusione*, pero aún en el sentido de uso común (o sea de impedimento/obstáculo). Así señala «la influencia germánica hizo introducir una distinción en las nulidades, que para el derecho romano sobrevivían todas a la cosa juzgada; se habló de nulidades subsanables e insubsanables, y para las primeras se puso un plazo para hacerlas valer, transcurrido el cual quedaban subsanadas. Pero también *esta simple preclusión de la impugnación de nulidad* fue malentendida y atraída a veces al principio de cosa juzgada. Así fue para la incompetencia...» (p. 408, cursivas nuestras). La segunda mención es la siguiente: «las sentencias sobre cuestiones de procedimiento se refieren a una relación que se consuma dentro del proceso mismo. Estas sentencias pasan sí en cosa juzgada en sentido formal, *vale decir se precluye toda cuestión sobre el tema decidido*, pero ello tiene efecto solamente en el proceso en curso, mientras que la cosa juzgada apunta más allá del proceso» (p. 408, cursivas nuestras).

pueda haber cosa juzgada respecto de la competencia (que él, al estar al ordenamiento de la época, resuelve en sentido negativo¹³).

En este ensayo no está claro aún qué entendía el maestro ossolano por preclusión¹⁴. Nos dice sí que «La preclusión y la cosa juzgada son institutos jurídicos muy distintos por extensión y significado»¹⁵; que el proceso avanza «por vía de preclusiones, que son efectos del decurso de plazos, de omisiones o de actos positivos»¹⁶; que no se puede «exagerar en las preclusiones»¹⁷; que la

¹³ En efecto, Chiovenda niega que pueda haber cosa juzgada (sustancial) sobre la competencia, llegando al extremo de sostener: «Puesto que la declaración de competencia no vincula a los otros jueces, ella no vincula *como cosa juzgada* tampoco al juez que la ha emitido: por cuanto la fuerza de la cosa juzgada es la misma para todos los jueces. Si, pues, el juez se declaró competente, él tiene el deber de pronunciarse no por virtud de la cosa juzgada, sino de la preclusión que ha cerrado un estadio del proceso, abriendo el paso a los sucesivos. Si se declaró incompetente, nada prohíbe que el mismo juez respecto *de otra* demanda, por tanto *en otro* proceso, aunque con el mismo objeto del primero, se declare competente» («Cosa giudicata e competenza». Cit., p. 419, cursiva del autor). Para entender el «problema» hay que tener en cuenta que en el CPC italiano de 1865 regía con todo vigor el principio de la *Kompetenz-Kompetenz* (la primera competencia del juez es la de determinar su propia competencia). El problema que ello provocaba en la praxis aplicativa viene así sintetizado por CIPRIANI, Franco. «El proceso civil en Italia desde el Código napoleónico hasta 1942». En: *Batallas por la justicia civil. Ensayos*. Lima: Cultural Cuzco, 2003, p. 42: «La competencia estaba repartida entre los varios jueces en consideración del territorio, de la cuantía y de la materia, pero, mientras la incompetencia por territorio sólo podía ser pronunciada si era excepcionada por el demandado, las otras dos *species* de incompetencia eran declarables de oficio en cualquier estado o grado del juicio (art. 187). Hay que notar que la declaración de incompetencia implicaba el cierre del juicio y no aseguraba que el juez eventualmente indicado como competente estuviera vinculado a considerarse como tal y a juzgar sobre el fondo: regía, en efecto, el principio *Kompetenz-Kompetenz*, en virtud del cual todo juez es juez de su propia competencia. De aquí el riesgo que se estuviera constreñidos a recurrir a varios jueces antes de “encontrar” al (que se considerara) competente».

¹⁴ Por el contrario, Chiovenda en la nota 1 del § 69 de sus *Principii*, del que se discurrirá en seguida en el texto, señala que «El concepto de la preclusión encuéntrase utilizado en Italia por primera vez en nuestro escrito *Cosa giudicata e competenza* (...); después aceptado por CAMMEO (...); por MORTARA (...); por REDENTI (...) por DE PORCELLINIS (...); y puede considerarse ahora de uso común». Evidentemente Chiovenda consideró que había sido clarísimo en su «concepto» tanto que todos se habían adherido a él.

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. «Cosa giudicata e competenza». Cit., p. 414.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

cosa juzgada «tiene en sí justamente la suma preclusión, es decir la preclusión de toda cuestión ulterior, que tiene lugar con el volverse definitiva la sentencia»¹⁸; que «la preclusión limita sus efectos al proceso en que ha dado lugar»¹⁹, haciendo «posible la cosa juzgada sobre el fondo: pero ésta solamente y no la preclusión vincula a los otros jueces»²⁰. Muy poco, se diría, para distinguir a una «institución» jurídica.

El «concepto» chiovendiano de preclusión comienza a perfilarse algo más en sus *Principii*, en donde le dedica todo un párrafo: el célebre § 69, intitulado, justamente: «Las preclusiones». Es importante evidenciar que con ese párrafo Chiovenda daba inicio al Capítulo relativo al «Orden en el desarrollo de la relación» (procesal)²¹.

Pues bien, Chiovenda parte de la premisa de que el ordenamiento jurídico no se limita a regular las actividades procesales y su forma en particular, sino que regula la totalidad del desarrollo de la «relación procesal», dando «un *orden legal*» a las actividades procesales, orden éste enderezado a «dar mayor precisión al proceso, hacer posible la declaración definitiva de los derechos y garantizar su exacto cumplimiento»²². La preclusión, «eficazmente provee a tal fin».

Su institución teleológicamente «ordenadora» viene así definida:

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*, p. 418.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Este capítulo es el Cuarto (y último) del Libro Segundo [«Desarrollo del proceso (procedimiento)»] de la Cuarta Parte [«La relación procesal de conocimiento»] y consta de dos párrafos (o sea, dos subcapítulos): el § 69 («Las preclusiones», del que discurremos en el texto) y el § 70 («Orden en las excepciones»). Igual sistemática sigue en sus *Istituzioni*.

²² CHIOVENDA, José. *Principios de derecho procesal civil*. Traducción de José Casais y Santaló. Tomo II, Madrid: Reus, s/f, pero 1925, p. 357.

«La preclusión consiste en que después de la realización de determinados actos o del transcurso de ciertos términos está *precluido* a la parte el derecho de realizar otros actos procesales determinados, o, en general actos procesales»²³.

La definición le resultó a Chiovenda por demás tautológica (la preclusión consiste (...) en que «está precluido»...) y vaga («precluye» el derecho de realizar «otros actos procesales determinados o, en general, actos procesales»...).

Pero lo más asombroso es el «efecto de la preclusión»: «De la preclusión puede nacer un derecho» (?), pero por lo general «puede nacer» una «simple *situación jurídica*», entendiéndolo por tal, sobre las huellas de Kohler, aquella figura «que se distingue del *derecho* en que contiene únicamente un *elemento* del derecho o de un efecto o acto jurídico futuro»²⁴⁻²⁵. Si ese «estar precluido» tendría el significado de que la parte ya no podría realizar «algo»: ¿cómo así ese «ya no se puede» podría dar lugar al «nacimiento» de algo (un «derecho» o una «simple» situación jurídica)?

²³ *Ibid.*, p. 358. El original italiano es el siguiente: «La *preclusione* consiste in ciò, che in seguito al compimento di determinati atti o in seguito alla decorrenza di tali termini, è precluso alla parte il diritto di compiere altri atti processuali determinati o in genere atti processuali». Hay que aclarar que el traductor español de los *Principii* tradujo el «è precluso» como «queda precluso». Nos parece más pertinente traducir el «è precluso» por «está precluido» y así lo hemos puesto en el texto.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Es preciso señalar que la «situación jurídica» a la que se refiere Chiovenda nada tiene que ver ni con las situaciones jurídicas subjetivas (de ventaja o de desventaja) que más adelante desarrollará la doctrina italiana, ni con la teoría de la situación jurídica elaborada por James Goldschmidt para explicar el proceso, sino el concepto de la situación jurídica elaborado en Alemania por Kohler «como un “elemento” o “etapa” en el nacimiento o en el desarrollo de un derecho subjetivo, por tanto como una relación jurídica incompleta, aún en formación» (así LIEBMAN, Enrico Tullio. «L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale» (1950). En: *Problemi del processo civile*. Napoli: Jovene, s/f, pero 1962, p. 137). Referencias a la teoría de Kohler también en GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*, traducción de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 8.

Pese a la tautología y la vaguedad del concepto de preclusión (y su paradójico efecto «adquisitivo»), éste queda en algo aclarado cuando Chiovenda nos da la lista de las «más importantes preclusiones admitidas en nuestro derecho»²⁶, pues éstos son todos casos en los *ya no se puede* o ejercer un determinado «derecho»²⁷ o reponer en discusión algún «punto» ya decidido²⁸.

El argumento de las preclusiones viene luego retomado en el § 78 de los *Principii*, en donde tras reiterar la «romanidad» del concepto moderno de cosa juzgada²⁹, Chiovenda ve en la preclusión «la base práctica de la eficacia de la

²⁶ No hay que desatender la circunstancia de que Chiovenda escribe estando vigente el CPC italiano de 1865, ordenamiento éste que al ser (francesamente) «libre» tenía muy pocas «preclusiones». En el § 44-*bis* de los *Principii*, Chiovenda, al trazar las diferencias entre los procesos en razón de la «diversidad de los principios que los informan», consideró que en los procesos «especialmente en los escritos, puede predominar el principio de la *preclusión* o el de la *libertad*. El principio de la preclusión consiste en que para cada actividad procesal destinada a un determinado objeto, se establece un período en el proceso, transcurrido el cual la actividad ya no puede realizarse; según el principio opuesto, cualquier actividad puede realizarse en cualquiera de los períodos procesales» (CHIOVENDA, José. *Principios de derecho procesal civil*. Tomo II. Cit., p. 123-144). Esta contraposición entre procesos en donde predomina el «principio» de la preclusión o el de la libertad (que según refiere Chiovenda, en nota, la tomó de Schmidt) es muy importante, por cuanto, como se verá en el capítulo siguiente el dualismo «preclusión/libertad» será invocado en el § 24 de la *Relazione al Re* al CPC italiano de 1940.

²⁷ Así: que tras el cierre de la discusión en audiencia *ya no se pueda* aportar de nuevo material de conocimiento; que tras la confesión, la parte *ya no pueda* deducir declaraciones incompatibles; que tras la prestación del juramento decisorio *ya no se pueda* realizar ninguna defensa respecto de los hechos sobre los que fue deferido el juramento; que tras el vencimiento de plazos «preclusivos» se produzca *la caducidad* del derecho de realizar actos para los cuales se había fijado el plazo; que la deducción de una excepción puede determinar que *ya no se pueda* deducir otras; que tras la sentencia de primer grado *ya no se puedan* plantear nuevas demandas en apelación.

²⁸ Así: el paso en cosa juzgada de la sentencia interlocutoria determina que *ya no se pueda* discutir el punto decidido (por ejemplo, la competencia del juez); la sentencia de casación en secciones unidas en sede de segundo reenvío determina que el punto de derecho *cause estado*.

²⁹ CHIOVENDA, José. *Principios de derecho procesal civil*. Tomo II. Cit., p. 415-416: «la sentencia es únicamente la afirmación de una voluntad del Estado que garantiza a alguien un bien de la vida en el caso concreto; y solo esto puede extenderse la autoridad de lo juzgado; con la sentencia se llega únicamente a la certeza de la existencia de una tal voluntad. Esta doctrina moderna, considerando particularmente el lado público del derecho procesal, llega así a conclusiones que son una vuelta a los principios romanos».

sentencia; quiere decir que la cosa juzgada *sustancial* (obligatoriedad en los juicios futuros) tiene por presupuesto la cosa juzgada *formal* (preclusión de las impugnaciones)³⁰. Pero, advierte, «es preciso no confundir la cosa juzgada y la preclusión; porque ésta como hemos visto (párrafo 68[?]), es una institución general en el proceso, que tiene aplicaciones en muchos casos distintos de la cosa juzgada»³¹. Con lo cual, hay que decirlo, seguimos en el circunloquio...

La «versión final» del «concepto» de la preclusión cual «institución general», nos viene dada, finalmente, en su ya recordado ensayo publicado en 1933, sobre «Cosa giudicata e preclusione»³². El ensayo, en su primera parte, es una respuesta a ciertas críticas que a su «concepto» de preclusión le moviera Paolo D'Onofrio (ni más ni menos que los estudio en su honor)³³.

D'Onofrio le había cuestionado el haber construido «con materiales heterogéneos, una institución cuya utilidad, justamente por su excesiva amplitud, resulta luego muy discutible»³⁴. No solo, sino que consideró que la

³⁰ *Ibid.*, p. 417.

³¹ *Ibid.*

³² CHIOVENDA, Giuseppe. «Cosa giudicata e preclusione». Cit. Este ensayo solo dedica el apartado 1 a la preclusión «en general» (p. 231-234), todo el resto está dirigido a distinguir la cosa juzgada (*sustancial*) de la preclusión «de cuestiones» (p. 234-283). Según ANDRIOLI, Virgilio. *Volontà e giudizio nel processo civile* (1962). En: *Scritti Giuridici*. Vol. I. Milano: Giuffrè, 2007, p. 81, el ensayo «representa, bajo varios aspectos, el testamento espiritual de “Nuestro Maestro”».

³³ D'ONOFRIO, Paolo. «Sul concetto di “preclusione”». En: *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo del suo insegnamento*, Padova: Cedam, 1927, p. 426-437. Hay notar que D'Onofrio sintió la necesidad de entrecomillar, en el título, la palabra preclusión, signo que no era tan de «uso común» (se entiende entre los procesalistas), como había sostenido Chiovenda en la ya recordada nota 1 del § 69 de los *Principii*.

³⁴ *Ibid.*, p. 428. D'Onofrio le cuestiona a Chiovenda incluso el método: «Si queremos lograr resultados hasta donde sea posible exactos y seguros, hay que clasificar y examinar antes los fenómenos que van bajo el nombre de preclusión, para deducir el exacto concepto de ésta y, consecuentemente, por un lado excluir los institutos que, aunque presentando afinidades mayores o menores, entran más propiamente en categorías distintas, y por el otro examinar y sistematizar los institutos que correctamente entran bajo el tipo “preclusión”».

«irracional extensión» del concepto conllevaría construir «una categoría jurídica tan vasta como para abrazar casi todo el proceso, más bien, casi todo el derecho y que no serviría para nada»³⁵, proponiendo redefinir el concepto en base a la «idea general» que es dada «por la palabra misma». En tal sentido, para D'Onofrio la preclusión «representa *la condición de una determinada actividad, que no puede desarrollarse por un obstáculo jurídico que se opone a su libre actuación*»³⁶. La preclusión —afirma— «es pues un concepto puramente negativo: ella no crea nada; impide solamente que a una determinada situación jurídica *se intente*, no obstante, sustituirle otra»³⁷.

Chiovenda, frente a esa crítica, reaccionó resueltamente y puso los puntos sobre las íes: en sus estudios anteriores estaba más que claro lo que entendía por preclusión, pues en ellos sostuvo que «cualquier proceso, cual más cual menos, y así también nuestro proceso, para asegurar precisión y rapidez en el desarrollo de los actos judiciales, pone algunos límites al ejercicio de determinadas facultades procesales, con la consecuencia que más allá de esos límites estas facultades no se pueden ya más ejercitar. He dado a esta consecuencia el nombre de “preclusión”»³⁸. En verdad, Chiovenda nunca había sostenido expresamente lo que en este ensayo decía que sí, pero sin siquiera conceder que había sido (al menos) «algo» vago, sintió la necesidad de precisar lo que a su criterio ya estaba más que claro en su pensamiento, es decir, que bajo el nombre de preclusión había recogido y acercado «numerosos casos (y no son todos) en los cuales se encuentra aplicado por la ley este expediente. Son casos variadísimos, tanto por la facultad procesal a la cual cada uno se refiere, como

³⁵ *Ibid.*, p. 429.

³⁶ *Ibid.*, p. 428-429 (cursivas del autor).

³⁷ *Ibid.*, p. 429 (cursiva del autor).

³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. «Cosa giudicata e preclusione». Cit., p. 232.

por los efectos que puede tener el precluido ejercicio de esta facultad; pero todos tienen en común este elemento, en el cual está para mí la esencia de la preclusión, quiero decir la pérdida o extinción o consumación, como se quiera decir, de una facultad procesal por el solo hecho que se han alcanzado los límites de la ley marcados para su ejercicio»³⁹.

Ergo, finalmente Chiovenda nos dio la *esencia* de su «institución»: la «pérdida» o la «extinción» o la «consumación» de una «facultad procesal» por haberse alcanzado los límites de la ley para su ejercicio.

De allí que individualizada esta esencia, con la finalidad de esclarecer su pensamiento y para precisar cuáles eran los límites más allá de los cuales las facultades procesales se pierden (o se extinguen o se consuman...), nos «dijo»:

«yo entiendo por preclusión *la pérdida, o extinción, o consumación de una facultad procesal* que se produce por el hecho:

- a) o de no haber observado el orden asignado por la ley para su ejercicio, como los plazos perentorios o la sucesión legal de las actividades y de las excepciones (*Principii*, § 69 III, § 70);
- b) o de haber realizado una actividad incompatible con el ejercicio de la facultad, como la proposición de una excepción incompatible con otra (§ 70, III *d*), o la realización de un acto incompatible con la intención de impugnar una sentencia (§82, I *c*);
- c) o de haber ya una vez ejercitado válidamente la facultad (consumación propiamente dicha: §69, III *g*; § 78 II)⁴⁰.

Este «concepto» será refundido en sus *Istituzioni di diritto processuale civile*⁴¹, en cuyos §§ 15 y 66 se referirá ya inequívocamente a la preclusión como

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*, p. 233.

la *pérdida* de una *facultad procesal* por haberse llegado a los límites fijados por la ley procesal para su ejercicio⁴².

Resulta importante evidenciar que en esta versión (ya definitiva) del «concepto» chiovendiano de preclusión, queda en la sombra el quién pierda la «facultad procesal». Es así que mientras en el § 69 de los *Principii*, Chiovenda señalaba que la preclusión consistía «en que después de la realización de determinados actos o del trascurso de ciertos términos está *precluido* a la parte el derecho de realizar otros actos procesales...», con lo cual quedaba «claro» que quién sufría la «preclusión» era la parte, en cambio, con la fórmula del § 66 de las *Istituzioni* la «pérdida» de la «facultad procesal» (en particular en el supuesto sub c), es decir, la pérdida por «haberse ejercitado válidamente la facultad») puede bien producirse tanto en relación a la parte como al juez, aspecto éste que le permitirá insistir en su primitiva tesis de la distinción entre «preclusión de cuestiones» (que operan hacia dentro del proceso) y «cosa juzgada sustancial» (que opera hacia afuera), para confusión de muchos (los latinoamericanos, incluidos)⁴³.

⁴¹ La primera edición de las *Istituzioni di diritto processuale civile* es de 1933 (Vol. I)-1934 (Vol. II); la segunda edición es de 1935 (vol. I)-1936 (vol II). La traducción castellana es de la segunda edición italiana.

⁴² Así en el § 15 (dedicado a la «Cosa juzgada. Cosa juzgada y preclusión»), señala: «La preclusión es una institución general que tiene frecuentes aplicaciones en el proceso, y que consiste en la *pérdida* de una facultad procesal por haberse llegado a los límites fijados por la ley para el ejercicio de esta facultad en el juicio o en una fase del juicio» (CHIOVENDA. Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tomo I. Cit, p. 436). En el § 66 (dedicado a «Las preclusiones»), simplemente reproduce, tal cual, el texto del ensayo (*Ob. Ult. Cit.*, Tomo II, p. 300-301).

⁴³ Virgilio Andrioli, que como buen discípulo de Chiovenda conocía muy bien su pensamiento, señala que en el sistema chiovendiano la preclusión tiene dos significados: *a*) aquél de la pérdida de la facultad procesal que ya sabemos; y *b*) el «específico del proceso de cognición» ya sea como «expediente» para garantizar la cosa juzgada sustancial o como la preclusión de particulares cuestiones. Pero, interpreta Andrioli, estos dos significados constituyen un «[f]enómeno unitario, aún en su confesada variedad de causas que lo determinan, porque la preclusión de las cuestiones entendida como expediente para garantizar

3. Evoluciones sucesivas del concepto de preclusión en la doctrina italiana: negaciones y primeras reformulaciones

Si se prescinde de la crítica de D'Onofrio, por lo demás efectuada en relación al desconcertante «concepto» de los *Principii*⁴⁴, la mayoría de la doctrina italiana coetánea a Chiovenda⁴⁵, se mostró conforme a su concepción «definitiva» de la preclusión cual supuesto extintivo de las facultades procesales⁴⁶ y la incorporó a su léxico «científico»⁴⁷.

Es importante evidenciar que hasta el 21 de abril de 1942, fecha en que entró en vigencia el nuevo *Codice de procedura civile* de 1940, el concepto chiovendiano era solo eso: un «concepto», por lo demás absolutamente inocuo en un sistema que regulaba un proceso civil en el que los *limites* para el ejercicio

en futuro la cosa juzgada sustancial o bien para hacer posible el pronunciamiento de la sentencia, que pasará en cosa juzgada sustancial, se perfila poco a poco cual consecuencia de la no realización de una actividad de iniciativa o del desarrollo de una actividad incompatible» (así en «Preclusione» (1966). En: *Scritti giuridici*. Vol. I. Cit., p. 305-306). Hay que decir que la «unidad del fenómeno» es un tanto difícil de apprehender.

⁴⁴ Es importante señalar que CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione civile*. Tomo II. Torino: Fratelli Bocca, 1920, p. 318-319, se adhiere a la tesis de Chiovenda para explicar la eficacia vinculante para el juez de reenvío en cuanto al “punto de derecho” fijado por la sentencia de casación de las Secciones Unidas en sede de segundo reenvío: «se trata de un caso típico de *preclusión*». Sin embargo, ya entrado en vigencia el CPC de 1940, en su voz «Cassazione civile». En: *Novissimo digesto italiano*. Vol. II. Torino: UTET, 1958, p. 1099 para explicar el fenómeno recurrirá a su categoría de la «sentencia subjetivamente compleja», sin decir ni raya sobre la «preclusión» chiovendiana.

⁴⁵ Hay que tener presente que Chiovenda muere el 5 de noviembre de 1937.

⁴⁶ Incluso el alemán HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: Cedam, 1937, p. 7, quien llega a afirmar que el concepto amplio de preclusión elaborado por Chiovenda se adapta perfectamente a la concepción del proceso de Goldschmidt (*ob. cit.*, p. 10).

⁴⁷ Señala, en efecto, ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile*. Vol II. Torino: UTET, 1957, p. 264: «Chiovenda, por primera vez en Italia, introdujo en el lenguaje científico el término “preclusión”, vocablo que ha sido acogido generalmente por todos los cultivadores del derecho procesal y, además, en el lenguaje forense», agregando que «[e]l concepto de la preclusión surge del hecho de que, tras la realización, o a la omisión, de ciertos actos, está impedido a la parte misma realizarlos».

de las «facultades procesales» de las partes eran por demás laxos y había que buscarlos (como justamente Chiovenda había hecho) con lupa⁴⁸.

Sin embargo, con el CPC italiano de 1940, en donde los «límites» para el ejercicio de las «facultades procesales» de las partes terminaron estando por doquier⁴⁹, la concepción chiovendiana de la preclusión dejó de ser un inocuo «concepto», para convertirse *en una explicación* de la existencia de esos (ya muy visibles) límites⁵⁰.

En la doctrina sucesiva, sin embargo, surgirán algunas dudas sobre la «cientificidad» del concepto chiovendiano, a la par que el «concepto» sufrirá algunos «ajustes», en particular, bajo una renovada concepción «procedimental» del proceso.

⁴⁸ En efecto, señala TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980, p. 144, que la estructura del proceso plasmada en el CPC italiano de 1865, coherente con el modelo liberal en él recogido, está «dominada por la ausencia de límites a los actos de parte (y a los incidentes que éstas pueden levantar), y por la ausencia de una secuencia preestablecida y precisa para su realización. Completa libertad, pues, no solo respecto al “qué hacer” en el proceso, sino respecto al “cuándo” y al “cómo” hacerlo».

⁴⁹ Sobre las barreras preclusivas del CPC italiano de 1940 (el original) y sus publicísticas razones, nos referiremos en el siguiente capítulo.

⁵⁰ Así, CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*. 2ª ed. Padova: Cedam, 1943, p. 161-162, en el inmediato de la promulgación del *Codice*, «chiovendianamente», señalaba que «Las normas jurídicas que regulan las formas procesales disciplinan no solo la estructura exterior de cada uno de los actos, considerados cada como aislada unidad, sino también el orden y la relación de tiempo y de lugar que pasa entre los unos y los otros, es decir, la posición que cada uno de ellos debe tener en la serie de la cual forma parte (...). [L]a disciplina de las formas se refiere también, como ya se ha advertido, al orden en el que deben sucederse los varios actos considerados como constitutivos de la serie, y la relación de lugar y de tiempo que debe pasar entre ellos (...). [L]a inobservancia de las reglas concernientes a la forma y a la posición de los actos procesales puede dar lugar, en ciertos casos a *nullidad* del acto irregularmente realizado (...), o bien a la pérdida del poder de realizar un determinado acto procesal, cuando no se haya cumplido en el plazo o en el orden prescrito (*preclusión*)». Hay que notar que Calamandrei no utiliza la expresión «pérdida de facultades procesales», sino «pérdida del *poder* de realizar un determinado acto procesal», pero solo «cuando no se haya cumplido en el plazo o en el orden prescrito», o sea, circunscribió la preclusión a la pérdida de «poderes» (cuando Chiovenda discurría de «facultades») de «realizar actos», pero como consecuencia solo del supuesto a) de Chiovenda.

La duda sobre la bondad del «concepto» chiovendiano la lanzó, de pasada, Salvatore Satta en su *Manual* al tratar de los plazos (*termini*)⁵¹, pero fue Aldo Attardi quien en un específico trabajo⁵² intentará demolerlo.

Según Attardi, pese a que el concepto de preclusión tal como construido «por la doctrina tradicional» constituye uno de los «pilares de la ciencia del proceso»⁵³, en atención a que la bondad de un concepto solo puede ser puesta a prueba por su utilidad práctica, no existiendo tal utilidad, es necesario —ni más ni menos— eliminarlo de la dogmática procesal, por cuanto «su uso no serviría sino para generar equívocos y confusión en el lenguaje jurídico y para alimentar dudas sobre la naturaleza de toda una serie de fenómenos jurídicos sustancialmente idénticos»⁵⁴.

A esta contundente conclusión llega tras haber pasado revista a las tres circunstancias de pérdida «de un poder procesal» que, según la «teoría tradicional» (la chiovendiana), la preclusión consistiría, es decir: *a*) por no haber ejercitado el poder en el plazo fijado por la ley; *b*) por haber realizado una actividad incompatible con el ejercicio del poder; y *c*) por haberse ya ejercitado válidamente el poder.

⁵¹ SATTÀ, Salvatore. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa. Buenos Aires: Ejea, 1971, pp. 232-233: «Dudosa es, en cambio, la posibilidad y la utilidad de hacer de la preclusión un concepto técnico, porque en realidad se identifica con la situación jurídica como resulta del cumplimiento o de la falta de cumplimiento de un acto, situación que naturalmente está determinada en los casos singulares por la voluntad de la ley, y puede ser procesal cuando agota sus efectos en el proceso en curso, sustancial cuando en cambio desarrolla tales efectos fuera del proceso (ejemplo, juramento, confesión, pruebas recogidas, sentencia de mérito y a veces también de rito, etc.). (...) De cualquier modo, no parece legítimo que se pueda hablar, como suele hacerse, de “efectos de la preclusión”, cuando la preclusión es un efecto ella misma, y precisamente, como hemos dicho, una situación jurídica entre las tantas que, coordinadas una con otra, constituyen el proceso».

⁵² ATTARDI, Aldo. «Per una critica del concetto di preclusione». En: *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 1959, pp. 1-17.

⁵³ *Ibid.*, p. 3.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 11.

Para Attardi, ninguna de estas tres circunstancias configuran fenómenos extintivos exclusivamente procesales, sino que son fenómenos que se registran también en el derecho sustancial. Así:

- a) La primera, es reconducible a la ampliamente conocida figura de la caducidad (*decadenza*), tal como elaborada para el derecho sustancial;
- b) La segunda, configura un fenómeno que se presenta puntualmente en el derecho material, como en el caso del segundo párrafo del art. 1311 del Código Civil (italiano⁵⁵), según el cual el acreedor renuncia a la solidaridad cuando emite recibo un a favor de un deudor por la parte que a éste le corresponde;
- c) La tercera, ocurre en todos los sectores del derecho: «el acto de ejercicio de un poder tiene como inevitable y quisiera decir natural consecuencia su agotamiento (...); es por tanto una exigencia lógica que induce a retener verdadera y exacta en vía general, y no limitadamente al campo procesal, la afirmación que el acto de ejercicio de un poder agote el poder mismo; y es exigencia que está fielmente reflejada en aquel general principio del *ne bis in idem* en fuerza del cual debe excluirse que entre a formar parte del mundo jurídico un acto que tenga la misma dirección de otro acto ya realizado y en el cual, por tanto, se encuentra expresada, de manera ejemplar, la idea de que el acto de ejercicio de un poder representa siempre un obstáculo al reiterado ejercicio del poder mismo. Como es verdad, en definitiva, que la emanación de una decisión sobre una cuestión preliminar de fondo por parte del juez agota su oficio y le impide pronunciarse nuevamente sobre la cuestión decidida, es

⁵⁵ El segundo párrafo del art. 1200 de nuestro CC es idéntico al italiano: «El acreedor que otorga recibo a uno de los deudores o que acciona judicialmente contra él, por su parte y sin reserva, renuncia a la solidaridad».

también cierto tanto que el poder de separarse [*recedere*] de un contrato no sobrevive tras que, por efecto de su ejercicio, se haya producido su disolución como que, una vez realizado el acto de separación y verificada la disolución del contrato, no hay ya más lugar para la realización de un sucesivo acto de separación»⁵⁶.

A la luz de estas consideraciones, reitera Attardi su conclusión de que, «el concepto de preclusión debe ser rechazado y los particulares casos de extinción de un poder procesal deben ser considerados singular y separadamente; eventualmente utilizando, con la finalidad de encuadrarlos, los conceptos y los principios que la ciencia jurídica ha desde hace tiempo formulado con carácter general»⁵⁷.

Sin embargo, agrega Attardi, «la conclusión a la cual hemos llegado no debe significar que deba expulsarse la expresión “preclusión”. Si no fuera por más que porque es la ley misma la que la usa con una cierta frecuencia y por tanto legitima su uso. Solo que no se podrá asignar a la expresión “preclusión” un específico significado jurídico; y se la deberá usar solo en su significado propio, que es aquél de obstáculo o impedimento y hablar por tanto, en general, de preclusión u obstáculo o impedimento de una actividad jurídica cualquiera»⁵⁸⁻⁵⁹.

A la negación attardiana, se contrapuso la voz autorizada de Virgilio Andrioli, para quien, la preclusión, «representa el ingrediente del cual no se

⁵⁶ ATTARDI, Aldo. «Per una critica del concetto di preclusione». Cit., p. 5-7.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 12.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 12.

⁵⁹ La escéptica conclusión viene reiterada años más tarde por ATTARDI en la voz «Preclusione (principio di)». En: *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano: Giuffrè, 1985, p. 893-911, en donde agrega que así como no puede haber un concepto de preclusión «la construcción de un principio de preclusión, está privada, en realidad, de fundamento».

puede prescindir para construir la noción del proceso, entendido como serie de actos de las partes y del juez (en general, de los órganos judiciales) cronológicamente ordenados en vista de la resolución final»⁶⁰. «Puesto que — señala Andrioli— los componentes de la noción de procedimiento (y, por tanto, del proceso entendido como procedimiento) son, por un lado, la secuencia temporal de un número más o menos conspicuo de hechos y actos y, por el otro, la unicidad del efecto, que se pone como propósito [*scopo*] final del procedimiento, la preclusión representa la expresión formal del proceso, así como la emanación de la resolución final constituye el aspecto funcional, pero mientras el estudio de la correlación funcional entre actos procesales y resolución final y de los momentos, de los que consta cada procedimiento, no puede ser conducido, en razón del carácter relativo de las nociones de supuesto de hecho [*fattispecie*] y de procedimiento, en un plano general, el examen de la ordenación temporal de los actos singulares es susceptible de una consideración unitaria: a la finalidad de hacer posible tal ordenación está dirigido el principio de preclusión»⁶¹.

Bajo esta visión «procedimental» de la preclusión⁶², Andrioli, reitera, en parte, la concepción chiovendiana: «variadas son las causas de la preclusión, consecuencia de la cual es la pérdida de facultades procesales: junto con el

⁶⁰ ANDRIOLI, Virgilio. «Preclusione» (1966). Cit., p. 305-312 . El trabajo es la voz del *Novissimo digesto italiano*, Vol. XIII, Torino: UTET, 1966, p. 567 y ss.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² En la misma línea, recientemente, MARELLI, Fabio. *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*. Padova: Cedam, 1996, p. 6, para quien el concepto de preclusión «puede ser correctamente entendido solo si considerado en el cuadro del desarrollo de un procedimiento, que se prospecta, es bastante conocido, como un conjunto de actos y de hechos concatenados en secuencia ordenada en vista del logro de determinados efectos que son producidos únicamente por el acto final del procedimiento. Los actos y los hechos de los que el procedimiento se compone asumen pues importancia en su aspecto de “momentos” de una serie ordenada, en donde cada uno es de vez en vez consecuencia del acto precedente y presupuesto del siguiente y todos juntos son instrumentales a la emanación del acto final».

transcurso de plazos perentorios o, si no prorrogados, dilatorios (...), el ejercicio de otras facultades o, en general, de comportamientos incompatibles» (con lo cual queda fuera del «concepto» el agotamiento de la «facultad» por haberse ya ejercitado «válidamente»⁶³) y reagrupa los casos «más conocidos de preclusión» en cinco categorías «en lo posible, homogéneas»: a) preclusiones derivadas del trascurso infructuoso de plazos bajo pena de caducidad; b) preclusiones derivadas del agotamiento de un estado del proceso; c) preclusiones derivadas de no haber realizado de una cierta manera un acto, aunque aún no se haya perfeccionado el estado del proceso, en el cual debería insertarse; d) preclusiones provocadas por el agotamiento de un grado del juicio; y e) preclusiones provocadas por la realización de un acto incompatible con aquél que forma su objeto⁶⁴.

Una posición aparte es la asumida por Giovanni Giannozzi en su trabajo sobre la rebeldía⁶⁵. Giannozzi, entiende la preclusión «no en el sentido tradicional, sino en el significado menos empeñoso y más genérico de “obstáculo o impedimento”» (tal como había sido aconsejado por Attardi)⁶⁶. Para el autor la preclusión debe distinguirse de la caducidad [*decadenza*]⁶⁷. La caducidad afecta a los *derechos*, mientras que la preclusión implica la imposibilidad de ejercitar *poderes* procesales. «Entre la imposibilidad —señala Giannozzi— de ejercitar un poder en el proceso y la pérdida de un derecho, la diferencia no es solo terminológica», en cuanto «mientras la preclusión produce

⁶³ Que es, como se ha visto, en el pensamiento chiovendiano el hilo conductor entre la «su» preclusión y la cosa juzgada (formal).

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 308-312.

⁶⁵ GIANNOZZI, Giancarlo. *La contumacia del processo civile*. Milano: Giuffré, 1963.

⁶⁶ GIANNOZZI, Giancarlo. *La contumacia del processo civile*. Cit., p. 171.

⁶⁷ La distinción que opera Giannozzi se basa en la terminología utilizada por el CPC italiano, que el que rara vez aparece la palabra «preclusión» siendo más común el uso de la expresión caducidad [*decadenza*].

la mencionada imposibilidad, no tanto por el decurso inútil de un plazo, cuanto por el constante caminar, el movimiento del proceso, que exige siempre la realización de actividades nuevas y entre ellas ordenadas; la pérdida de un derecho se verifica siempre por su *no oportuno ejercicio de conformidad* con las normas que con tal finalidad están indicadas por la ley, dejando firme una situación jurídica preexistente. Mientras, pues, la preclusión de poderes procesales no hace perder, a las partes que no los ejercitan, el *derecho de obtener* una sentencia favorable, que es el entero fin de la acción, la caducidad, al contrario, produce siempre un perjuicio total o parcial de un derecho ya adquirido (del derecho menor: el de probar al derecho mayor: el de obtener una determinación [*accertamento*] jurisdiccional favorable)⁶⁸.

Para Giannozzi, «la pérdida de un poder procesal es solamente la pérdida de una *actividad no esencial* para el desarrollo del proceso y por tanto al logro de su propósito [*scopo*] final; la pérdida de un derecho toca al contenido (caducidad de la prueba) o al resultado (caducidad de la impugnación) del proceso. La caducidad —cominada por las normas procesales— se resuelve siempre en el hacer definitiva y teóricamente inmutable una resolución del juez de contenido instructorio o decisorio; la preclusión se resuelve casi siempre en una imposibilidad de incrementar, fuera de los tiempos específicamente establecidos, el material defensivo; lo que se precluye es un *demandar*, un *excepcionar* (es decir: una actividad); lo que caduca es en cambio un derecho ya adquirido»⁶⁹.

En conclusión, para Giannozzi la preclusión es el «instituto procesal que concurre a identificar no ya la consumación, sino más bien el *ámbito temporal-formal* de un poder de parte en el sector de aplicación en el cual opera también

⁶⁸ GIANNOZZI, Giancarlo. *La contumacia del proceso civile*. Cit., p. 172-173, en nota (cursivas del autor).

⁶⁹ *Ibid.*, 173, en nota (cursivas del autor).

el principio dispositivo. Si la *carga* identifica el costo, la preclusión determina el *límite* del poder: el uno y el otro valen para definir aquella concreta fisonomía que debe transformar la actividad en acto, es decir el ejercicio del poder en *válida forma procesal*⁷⁰.

La tesis de Giannozzi, en tanto y en cuanto tiende a distinguir entre caducidad y preclusión en razón de su incidencia sobre un *derecho* o sobre un *poder procesal de actuación* resulta bastante «sofisticada»⁷¹, pero tiene el mérito de poner el acento sobre la diversidad de situaciones subjetivas (derecho/poder) que, a su criterio, existen en el proceso⁷².

4. Interludio: la «eficacia preclusiva» de Angelo Falzea

En un plano completamente distinto al que estamos analizando, la palabra «preclusión» ha sido empleada por un autorizado estudioso italiano para denotar un tipo del todo particular de «eficacia jurídica»: la «preclusiva», que, por contraposición a la eficacia constitutiva y declarativa, se caracterizaría porque «la situación jurídica establecida por la norma surge

⁷⁰ *Ibid.*, p. 174, siempre en nota (cursivas del autor).

⁷¹ Esta es la expresión que utiliza, como se verá, COMOGLIO, Pier Paolo. «Preclusioni istruttorie e diritto alla prova». En: *Rivista di diritto processuale*, 1998, p. 976, respecto de las «meditadas» consideraciones de Taruffo en la voz «Preclusioni (diritto processuale civile)». En *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*, Vol. I, Milano: Giuffrè, 1997, pp.794-810.

⁷² Años más tarde, en su última obra, GIANNOZZI, Giancarlo. *Appunti per un corso di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 193, señaló que la caducidad es la consecuencia de la inobservancia de plazos perentorios, mientras que la preclusión es la consecuencia de plazos ordenatorios, en el sentido de que a su vencimiento surge la imposibilidad de realizar la actividad en virtud de la cual el plazo había sido fijado. «La distinción entre preclusión y caducidad puede ser vista bajo muchos perfiles: el más útil nos parece encontrarlo en que la caducidad marca la pérdida de un poder (y a veces de un «derecho», según la expresión legislativa; por ejemplo el art. 208 CPC, relativo a la caducidad «del derecho» de hacer practicar la prueba), sobre todo concerniente al planteamiento de demandas (...); mientras que la preclusión marca el vencimiento del poder de cumplir un acto del proceso (opera pues esencialmente en el campo de la *actividad interna* al proceso, vinculada a las exigencias de funcionamiento de su mecanismo)» [cursivas del autor].

independientemente de la (conformidad o disconformidad con la) situación jurídica preexistente»⁷³.

Tal es la «sugestiva»⁷⁴ (y de largo aliento) teoría ius-fenomenológica ideada por Angelo Falzea⁷⁵, con la que explica (*rectius*, pretende explicar) figuras jurídicas como la usucapión, la prescripción, la cosa juzgada y la transacción, todas —según el ilustre autor— caracterizadas porque «rompen con el pasado, creando una solución de continuidad en el devenir jurídico y fundando una situación originaria cuya validez no está condicionada a la existencia de una relación de derivación del estado jurídico anterior. [Los hechos preclusivos], a diferencia de los otros hechos, que obedecen a la exigencia fundamental de la continuidad, expresan la exigencia, igualmente fundamental, de la discontinuidad de las situaciones jurídicas: renovándose así en el mundo del derecho aquella tensión dialéctica entre continuo y discontinuo de la cual están entrelazadas la vicisitudes del hombre»⁷⁶.

22

Lo importante, a los fines del presente trabajo, es evidenciar que la «eficacia preclusiva» de Falzea, estando como está enderezada a explicar, en el plano de la teoría general del derecho, fenómenos sustanciales, nada, pero

⁷³ FALZEA, Angelo. «Accertamento (teoria generale)». En: *Enciclopedia del diritto*, Vol. I. Milano:Giuffrè, p. 1958, p. 209.

⁷⁴ Así la califica PUGLIESE, Giovanni. «Giudicato (diritto vigente)». En: *Enciclopedia del diritto*. Vol. XVIII. Milano: Giuffrè, 1969, p. 827, quien, por cierto, le cuestiona a Falzea la elección de los términos «preclusión» y «eficacia preclusiva» por cuanto estos indican solo un impedimento.

⁷⁵ La teoría de la eficacia preclusiva fue expuesta por Falzea en su obra *Teoria dell'efficacia giuridica*, que fue publicada en edición provisional en 1951, resumida en la voz «Accertamento (teoría generale)». Cit., pp. 205-219 y desarrollada en ese monumento que es la voz «Efficacia giuridica». En: *Enciclopedia del diritto*. Vol. XIV. Milano: Giuffrè, 1965, pp. 432-509. Los dos primeros capítulos del primigenio texto de Falzea se encuentran recogidos en el volumen: FALZEA, Angelo. *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1999, pp. 45-168.

⁷⁶ FALZEA, Angelo. «Efficacia giuridica». Cit., p. 499.

absolutamente nada, tiene que ver con nuestra (modesta) preclusión procesal⁷⁷, por lo que es conveniente no confundir los planos en los que vienen formuladas las respectivas nociones⁷⁸.

5. Las más recientes reformulaciones del concepto de preclusión

En la doctrina italiana de los últimos treinta años, ha habido algunos intentos de reformulación del concepto de preclusión que merecen ser evidenciados⁷⁹.

⁷⁷ En verdad, Falzea dedica algunas palabras a la preclusión procesal «tal como ha sido definida por Chioyenda» (*Ob. ult. cit.*, p. 506, nota 123). Según Falzea, la cosa juzgada produce un efecto preclusivo «sustancial» (que es la situación jurídica de «ruptura con el pasado» indicada en el texto) y ese efecto preclusivo «sustancial» es distinto del procesal. Es así que «precisa» que el papel de la preclusiones procesales es el de «preparar y sostener el efecto preclusivo sustancial. En el respeto del derecho de defensa, ellas delimitan progresivamente la materia del debate judicial haciendo inadmisibles el planteamiento o replanteamiento de determinadas cuestiones, tanto relativas al hecho como al derecho, y vinculando paso a paso al juez en su convencimiento. Ellas van restringiendo progresivamente el campo de la incertidumbre y acercan cada vez más la certeza. Tales son las preclusiones que se verifican con el madurar de fases o grados del proceso hasta la preclusión de cualquier cuestionamiento sobre el hecho jurídico y, finalmente, de cualquier cuestionamiento sobre el efecto jurídico» («Efficacia giuridica». *Cit.*, p. 507). Evidentemente Falzea, siguió, con otras palabras, a Chioyenda...

⁷⁸ Como lo hace SILGUERO ESTAÑAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2009, pp. 22-23, quien en base al concepto de «eficacia preclusiva» de Falzea señala que «la preclusión difícilmente puede reconducirse al ámbito declarativo ni al constitutivo (?), respectivamente, teniendo en cuenta que surge del *no ejercicio* de la facultad procesal. En la preclusión se produce una discontinuidad entre las situaciones jurídicas que se producen durante el proceso (?). Por ello, su justificación se encuentra en la necesidad práctica de fundar una situación jurídica nueva que no puede extraerse del estado jurídico anterior como consecuencia del *no ejercicio* del que hemos aludido (?». Los puntos interrogativos son nuestros.

⁷⁹ Los «intentos» no han sido muchos. De ello se lamenta, BIAVATI, Paolo. «Iniziativa delle parti e processo a preclusioni». En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996: «[c]onsiderada por una autorizada doctrina como una categoría inútil y variadamente definida por otros en los decenios sucesivos a la primera sistematización chioyendiana, la noción de preclusión ha sido objeto de recientes reflexiones, contextualmente a la emanación de las nuevas normas procesales, solamente en algunas de las numerosas contribuciones dedicadas al análisis de la fase de sustanciación del proceso de cognición en primer grado. El hecho puede sorprender porque el interés del legislador por estructurar el procedimiento alrededor de un sistema de preclusiones habría debido atraer en modo más macizo la atención de los

En primer lugar, el de Giovanni Tesoriere, que le dedicó toda una monografía⁸⁰. El autor sigue («oportunamente rectificado») el encuadramiento chiovendiano en lo que concierne «a la preclusión como expresión del orden impuesto por la ley para el desarrollo de la relación procesal»⁸¹.

Tesoriere concibe a la preclusión como «un típico efecto procesal, y precisamente la imposibilidad para la parte de ejecutar, sucesivamente a su verificarse, una facultad o un poder que debían haber sido desarrollados de una determinada manera o dentro de un determinado plazo»⁸². Las causas de preclusión pueden ser todas aquellas circunstancias «idóneas para turbar o subvertir el orden preestablecido del proceso»⁸³.

En el fenómeno preclusivo, concluye Tesoriere, se pueden distinguir «tres momentos»: «el de la *causa preclusiva* (caducidad, incompatibilidad, etc.); el del *efecto* o de la preclusión propiamente dicha (imposibilidad de realizar el acto precluido); y el (eventual) del planteamiento o replanteamiento del acto precluido»⁸⁴, al que le seguirá, según los casos, o su nulidad⁸⁵ o su

estudiosos. En verdad, los ensayos recientes sobre el tema están, por lo general, dirigidos (salvo algunas excepciones) al encuadramiento de los concretos mecanismos preclusivos escogidos por el legislador de 1990, sin un retorno —así al menos me parece— a los temas de fondo».

⁸⁰ TESORIERE, Giovanni. *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*. Padova: Cedam, 1983. En rigor, el autor le dedica al «concepto» los dos primeros capítulos.

⁸¹ TESORIERE, Giovanni. Ob. Cit., p. 72.

⁸² *Ibid.*, p. 88.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*, p. 89.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 84. A criterio de Tesoriere, la nulidad representa una de las posibles consecuencias, a las que puede «ir al encuentro» el acto realizado tras la preclusión del correspondiente poder. En cambio, MARELLI, Fabio. *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*. Cit., p.13, no duda de que el acto realizado *post* preclusión del respectivo poder es nulo, justamente, «por carencia de poder».

improponibilidad, inadmisibilidad o improcedibilidad⁸⁶. Tesoriere, pues, por decirlo con Attardi, sigue, en sustancia, la «teoría tradicional».

El aporte más innovativo, al menos en la doctrina italiana, en términos de entendimiento de la preclusión se debe a la Edoardo Grasso⁸⁷, pues es quien intenta finalmente distanciarse de la herencia chiovendiana.

En efecto, señala Grasso, que la vicisitud conceptual de la preclusión durante todos los años que siguieron a la introducción del concepto por parte de Chiovenda, ha estado marcada por un trazo constante, que se presenta tanto en quienes la siguen como en quienes la rechazan: que la preclusión se resuelve «en la pérdida de un derecho o de una facultad procesal, que no sean ejercitados en los plazos o según el orden asignado por la ley»⁸⁸.

Y frente a ello, muestra su perplejidad: «Es difícil de entender esta universal y duradera aceptación de la noción, prospectada en los orígenes, en los sucesivos cambiados ambientes doctrinales. En el sistema chiovendiano, en efecto, la preclusión cual pérdida de un derecho o de una facultad, encuentra una colocación prácticamente natural. Ha sido exactamente evidenciado que la preclusión “se conecta teóricamente a la teoría de la relación jurídica procesal”; y, debe agregarse, de necesidad en la concepción pseudo-sustancial de aquella relación que Chiovenda derivó de la dogmática alemana, cual fuente, entre otras, de derechos y deberes recíprocos de las partes. En la cual, aquellas que

⁸⁶ *Ibid.*, p. 86: «la improponibilidad, la inadmisibilidad y la improcedibilidad no se identifican con la preclusión, pero la presuponen; presuponen, más bien que se haya cumplido la actividad precluida, respecto a la cual se colocan como inevitables consecuencias en el plano del juicio. A diferencia de lo que ocurre con la nulidad prevalecientemente centrada sobre el no logro de la finalidad, la sanción de improponibilidad, inadmisibilidad e improcedibilidad esta en cada caso prevista por la ley».

⁸⁷ GRASSO, Edoardo. «Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado». En: *Rivista di diritto processuale*, 1993, p. 639-655.

⁸⁸ GRASSO, Edoardo. *Ob. Cit.*, p. 640.

luego han sido clasificadas como situaciones subjetivas activas o de ventaja prevalecen en gran medida sobre las situaciones pasivas (individualizadas en el solo deber de actuar según buena fe). Falta en ese sistema la noción general de *carga*, término que es usado solo para representar la posición de la parte frente a la prueba, y cual regla de juicio para el juez»⁸⁹.

En tal sentido, para Grasso, una vez superado el esquema de la relación jurídico procesal como instrumento lógico para exaltar la autonomía del fenómeno procesal, la preclusión no puede ser «interpretada» ya como la pérdida de un derecho o de una facultad por inactividad.

Lo que ha faltado, apunta Grasso, en toda la doctrina sobre la preclusión es precisar cuál situación jurídica de la parte es la más adecuada para expresar su función: «[n]o a la situación activa del derecho o de la facultad, sino más bien a la situación pasiva de la carga (de realizar el acto en un ámbito temporal determinado) era y es lógico hacer recurso para percibir la realidad normativa. 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»⁹⁰.

«Que la parte —afirma el autor— tenga además la facultad (el poder o el derecho) de cumplir aquella actividad es una superfluidad [*superfetazione*] lógica que carece de la autonomía conceptual suficiente para individualizar, simultáneamente a la carga, una situación de ventaja. La verdad es que en la carga está implícita la idea de una libertad de iniciativa que falta en la noción de

⁸⁹ *Ibid.*, p. 640 (la frase entrecomillada en el texto es de Satta, cursiva del autor).

⁹⁰ *Ibid.*, p. 641.

deber, pero ello no basta para transformar la situación fundamentalmente pasiva que el primer término expresa, en una situación activa, y sería por otro lado contradictorio pensar en la coexistencia en el sujeto de dos situaciones antitéticas»⁹¹.

En conclusión, la preclusión, para Grasso, no es otra cosa que «la imposibilidad de cumplir la carga impuesta y no cumplida oportunamente»⁹², y de esta conclusión Grasso hace descender los siguientes corolarios: *a*) la expresa previsión normativa del efecto negativo del incumplimiento de la carga debe considerarse meramente confirmativa del sistema; *b*) la no indicación de ese efecto no lo excluye; *c*) el interés del ordenamiento al preconstituido desarrollo del proceso debe considerarse prevaleciente sobre cualquier contrario interés de

⁹¹ *Ibid.*, 641. Grasso no precisa cuál es su noción de «carga», pero es más que probable que siga (parcialmente) a Goldschmidt, en cuanto a concebir a las cargas procesales como «situaciones de necesidad de realizar determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal. Con otras palabras, se trata de “imperativos del propio interés”. Las cargas procesales se hallan en una estrecha relación con las “posibilidades” procesales, puesto que toda “posibilidad” impone a las partes la carga de ser diligente para evitar su pérdida. El que puede, debe; la ocasión obliga (es decir, *grava*), y *la más grave culpa frente a sí mismo, es la de haber perdido la ocasión*» (así en GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Cit., p. 203). Hay que tener en cuenta que en el «mundo» goldschmidtiano la «carga» es la única situación subjetiva procesal pasiva: las cargas «ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones» (Ob. Cit., p. 8), mientras que las situaciones subjetivas de ventaja («los derechos procesales»), son «las expectativas, posibilidades y liberaciones de una carga procesal» (Ob. Cit., p. 191). «A diferencia de los derechos materiales, los derechos procesales no suponen nunca ni un “deber” de otros ni una “facultad” del titular» (Ob. Cit., p. 195). Es decir, Goldschmidt, como es ampliamente conocido, creó, para explicar el proceso (que era «su» proceso civil, es decir, el regulado por la Ordenanza Procesal Civil, ZPO), sus propias categorías de «situaciones jurídicas subjetivas» (activas y pasivas, de ventaja y de desventaja), tomando distancia de aquellas construidas (en su época) para el derecho sustancial («derechos facultativos, potestativos y permisivos»/ deberes y obligaciones). Pero, este concepto de carga debe ser tomado con prevención, pues bajo ese rótulo se pueden esconder verdaderos deberes.

⁹² *Ibid.*, p. 644.

las partes, y no permite que estas se acuerden para derogarlo; *d*) la preclusión es apreciable de oficio⁹³.

La «interpretación» de Grasso, en el sentido de que la preclusión es la consecuencia de la «carga incumplida» (tesis esta que, de acogerse, en buena cuenta, significaría que las partes en el proceso no sean titulares de ninguna situación de ventaja —es decir, de derechos— sino solo de *cargas*, es decir de situaciones de desventaja) ha sido considerada por Michele Taruffo, «perspicua»⁹⁴, pese a que, en su «noción restringida»⁹⁵, la preclusión viene

⁹³ *Ibid.*, p. 644. Los «corolarios» de Grasso pueden parecernos a nosotros de lo más obvios, pero en la doctrina italiana no lo son. De hecho, sobre la situación del acto de parte realizado *post* preclusión legal existe una gran polémica que va desde aquellos que asumen la posición extrema indicada en el texto hasta aquellos, más liberales, que consideran que si bien las preclusiones «están dirigidas a asegurar un más ordenado y racional desarrollo del proceso, ello no quita que tal objetivo —inmanente, se tenga en cuenta, a cualquier ordenamiento procesal (...)— sea perseguido en el prioritario interés de las partes (o al menos de la parte que le ha dado vida al proceso), y por tanto, lejos de elevarse a principio de orden público, deba entenderse, en ausencia de contrarias indicaciones positivas, tendencialmente disponible por las propias partes» (así BALENA, Giampiero. «Preclusioni di merito e preclusioni istruttorie nel processo civile riformato». En: *Quaderni del CSM*, N° 92, http://www.csm.it/quaderni/quad_92/qua_92_15.pdf), pasando, luego, por aquellos que tienen una posición intermedia, según la cual «la violación de las preclusiones a nivel de regla general es apreciable de oficio en cualquier estado y grado del proceso (...); el poder de apreciar de oficio del juez encuentra un límite infranqueable, cuando en el curso del proceso se forme un acuerdo explícito de las partes dirigido a permitir la superación de las preclusiones» (así, en síntesis, PROTO PISANI, Andrea-TOMBARI FABBRINI, Giovanna. «Preclusioni.I) Diritto processuale civile». En: *Enciclopedia giuridica*, XXIII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1995, p. 14 de la voz).

⁹⁴ Así en TARUFFO, Michele. «Preclusioni (diritto processuale civile)». En *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*. Cit., p. 795. BIAVATI, Paolo. «Iniziativa delle parti e processo a preclusioni». Cit., p. 480, nota 6, considera, en cambio, que el enfoque de Grasso «en clave excesivamente sancionatoria de la noción de preclusión constituye un límite de este enfoque (...) y arriesga conducir a posiciones a veces demasiado rígidas».

⁹⁵ Según TARUFFO, Michele. Ob. Ult. Cit., p. 794-795, se puede distinguir «entre preclusión en sentido lato y preclusión en sentido estricto». «Es preclusión en sentido lato todo fenómeno por el cual un derecho o una facultad devienen no ejercitables por el sujeto que era su titular». Y haciendo eco de la crítica de Attardi, señala que «Hay que observar que esta noción de preclusión no es típica ni mucho menos exclusiva del derecho procesal, por cuanto ejemplos de ella pueden encontrarse en varios lugares del derecho sustancial». *Ergo*, señala Taruffo, es oportuno llegar a una noción «más restringida de preclusión, limitando el análisis al contexto procesal» (que es la indicada en el texto). Igualmente, señala Taruffo, que no hay

concebida como «la consecuencia de la inactividad de una parte que, teniendo la posibilidad de ejercitar *un derecho o una facultad* pero pudiéndolo hacer solo dentro de límites y con modalidades previstas por la ley, no lo ha hecho, encontrándose en la imposibilidad de ejercitar *ese derecho o esa facultad* en tiempos sucesivos o en modalidades distintas»⁹⁶.

6. Conclusión preliminar: un concepto realmente «atormentado»

De la reseña que precede, se puede colegir que en el ambiente cultural en el que nació (el italiano⁹⁷), el «concepto» de preclusión no es precisamente

que confundir la caducidad [*decadenza*] con la preclusión (cuando Grasso consideró que «en la ley del proceso el término caducidad no expresa cosa distinta de la preclusión». Ob., ult. Cit., p. 644): «La distinción puede ser formulada en el sentido de que la caducidad hace referencia a la pérdida del derecho no ejercitado, mientras que la preclusión se refiere esencialmente a la imposibilidad de ejercitar sucesivamente ese derecho, en consecuencia del hecho que aquel no es ya más “accionable” más allá de un cierto momento del proceso». Estas son las consideraciones que han sido calificadas por COMOGLIO, Pier Paolo. «Preclusioni istruttorie e diritto alla prova». Cit., p. 976, como «sofisticadas» (tal como indicado en la nota 71).

⁹⁶ *Ibid.*, p. 795 (cursivas nuestras). Hay que notar (y a ello van nuestros evidenciados), que Taruffo si bien dice compartir la «interpretación» de Grasso, sigue haciendo referencia a los «derechos» y «facultades» de las partes. Lo cual tiene sentido si consideramos que Taruffo es ardoroso defensor del «derecho a la prueba» (TARUFFO, Michele. «Il diritto alla prova nel processo civile». En: *Rivista di diritto processuale*, 1984, p. 74-120, en donde señala «si se configura el derecho a la prueba como una garantía constitucional, lo que parece ya adquirido en la jurisprudencia de la Corte [Constitucional], no parece que se pueda admitir que su actuación sea una suerte de variable dependiente de exigencias técnicas relativas a la disciplina ordinaria del proceso, y que, por tanto, pueda ser impedida o limitada en función de tales exigencias. En donde efectivamente existan, las exigencias de técnica procesal deben ser tomadas en consideración, pero su conexión con el derecho a la prueba no puede ser puesta de manera tal que la actuación de tal derecho sea posible solo en vía residual. Al contrario, debería estar claro que el derecho a la prueba es un valor prioritario, y que otras exigencias pueden influir solamente sobre las modalidades procesales de su actuación»).

⁹⁷ Puede sorprender que en Italia, recién con la «interpretación» de Grasso (que se publica en 1993) se haya conectado a la preclusión con la «carga», cuando en Latinoamérica tal «vínculo» fue hecho de inmediato. Baste, por ahora, la cita de EISNER, Isidoro. «Preclusión». Cit., p. 783: «advertimos la vinculación del concepto de carga procesal con el de preclusión. Esta última actúa limitando el uso de las facultades y la liberación de las cargas, en razón del tiempo puesto como medida de los actos permitidos. Los distintos estadios o etapas del proceso, a mérito del impulso (...), se desarrollan, clausuran y suceden unos a otros con el alcance de extinguir por preclusión las facultades que las partes dejaron de usar en su debido momento».

pacífico, más bien, podemos considerar (y esa es la razón del epígrafe de este Capítulo) que es un concepto por demás «atormentado».

En efecto, todo está en discusión: desde la bondad misma de la palabra «preclusión», hasta si ella encierra un concepto «científicamente» útil; y los que no se ponen en cuestión ni la palabra ni su utilidad conceptual, no están de acuerdo sobre cuál situación subjetiva opera: la preclusión es ¿pérdida de derechos (o de facultades o de poderes...) por haber superado los *límites* legales para su ejercicio?, o más bien, ¿la preclusión es la consecuencia «natural» de una «carga incumplida»?

Sin embargo, hay algo que es bastante pacífico: su *función*. De ello nos ocuparemos en el siguiente capítulo, advirtiendo que a los efectos del presente trabajo, el sustantivo «preclusión» (con la debida licencia «técnico-lingüística»), el verbo «precluir» y el adjetivo «preclusivo», serán empleados para denotar la pérdida para las partes de la posibilidad de poder realizar sus actuaciones procesales por no haberlas realizado (o haberlas realizado parcialmente) en la oportunidad establecida por la ley.

CAPITULO II

LA PRECLUSIÓN COMO EJE DE UN PROCESO PUBLICÍSTICAMENTE CONCEBIDO

SUMARIO: 1. Premisa: la errónea (necesaria) asociación de la preclusión con la división del proceso en «fases».— 2. Los procesos «ultra-preclusivos» y los procesos «libres».— El proceso declarativos peruano construido bajo el signo de las preces y rígidas preclusiones.— 4. Las «publicísticas razones de la construcción de un proceso con rígidas preclusiones. De regreso a Chiovenda.— 5. *Sigue*. Reflexiones.— 6. *Sigue*. Las razones «éticas» de las preclusiones en el CPC de 1992.— 7. Preclusiones y poder de impulso del juez.

1. Premisa: la errónea (necesaria) asociación de la preclusión con la división del proceso en «fases»

En Latinoamérica es una suerte de lugar común en la doctrina procesalista la identificación de la *preclusión* con la división del proceso en «fases». Así, nuestro maestro Mario Alzamora Valdez señalaba que «[l]a división del proceso en fases o etapas cerradas y sucesivas se denomina preclusión»¹.

Tanto ha penetrado esta «idea» de la preclusión que el propio DRAE, como lo hemos visto al inicio del precedente capítulo, la define «técnicamente» como el «[c]arácter del proceso, según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales clausura la anterior sin posibilidad de replantear lo ya decidido en ella».

Pero, ¿por qué llamar «preclusión» a la división del proceso en «fases»? La explicación nos viene de otro personaje que —junto con Chiovenda— entró en

¹ ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso*, 7ª ed. Lima, 1981, p. 286.

los años cuarenta del Siglo pasado, en la escena latinoamericana: Robert Wyness Millar.

En efecto, en 1945 se publicó en la Argentina uno «de los documentos fundamentales para el estudio del derecho procesal comparado»²: la traducción de un trabajo del profesor de la Universidad de Northwestern (Illinois) intitulado *Los principios formativos del procedimiento civil*.

En él Millar señala que:

«Un sistema procesal puede, a su discreción, establecer o no una división vertical de la causa en fases, en cada una de las cuales corresponde adoptar medidas procesales (...).

Cuando existen tales fases, puede regir o no la regla de que una medida particular ha de realizarse dentro del término que le corresponde, o no puede ejecutarse en absoluto. Si gobierna este principio, se habla de la existencia de “fases de preclusión” (*Praeklusivstadien*). Obra entonces el *principio de preclusión* (*Praeklusivprinzip*) que es simplemente la expresión de la idea ineludible y que evidentemente existe, en mayor o menor proporción, en todos los sistemas —tanto si tienen procedimientos articulados como no articulados—, de que la parte que deje de actuar en el tiempo prescrito, queda impedida o precluída de hacerlo después. La literatura alemana no ha dado un nombre particular a la preclusión motivada por la existencia de fases procesales; sin embargo, nosotros la llamaremos aquí, en beneficio de la brevedad, *preclusión por fases*»³.

² Así, COUTURE, Eduardo, *Prólogo* a MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del proceso civil*. Traducción de Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, 1945 (el texto original es de 1927).

³ MILLAR, Robert Wyness. Ob. Cit., p. 95-96. No hemos podido hallar el texto original de Millar, pero hay que tener en cuenta que, como se indicó en la nota 3 del Capítulo precedente, en inglés existe el verbo «preclude» y el correspondiente sustantivo «preclusion» como sinónimos, respectivamente, de «impedir» e «impedimento».

De allí que, desde el momento que casi todos los ordenamientos latinoamericanos del siglo XIX (y buena parte del siglo XX) se derivaron del *solemnis ordo iudiciarius* medieval en su vertiente ibérica, un proceso que presentaba como nota esencial, justamente, el de su división en fases separadas y consecutivas⁴, la conexión «preclusión» = «división del proceso en fases» estaba hecha⁵: nuestros procesos estaban gobernados por el «principio de preclusión», por cuanto estaban divididos en «fases».

⁴ 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. 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» castellano: «Todos los pleytos pueden partir en nueve tiempos. El primero tiempo es cuando el home faz chamar a otro quele 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 cuando se comienza 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 tenpo es quando las partes cierran el pleyto e pieden sentencia. El nono tiempo es el tiempo de la sentencia». Sobre los «momentos» en que se dividían los «pleitos» en el proceso hispánico medieval: MONTERO AROCA, Juan. «La Ley de Enjuiciamiento civil española de 1855: la consolidación del proceso común». En GIULIANI-PICARDI (al cuidado de). *L'educazione giuridica. VI. Modelli storici della procedura continentale*. Napoli: ESI, 1994, p. 356 y ss. Según se lee en GANDASEGUI APARICIO, María José. *Los pleitos civiles en Castilla. 1700-1835: estudio del funcionamiento de la administración de justicia en el marco de los pleitos privados* (Tesis Doctoral). Tomo II, Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Geografía e Historia, 1998, p. 1, las fases del proceso castellano se cerraban también físicamente con un «nudo»: «El proceso estaba estructurado en fases cada una de las cuales se iniciaba y finalizaba con un nudo procesal que suponía el paso de una fase a otra» (subrayado de la autora. Consultada en: <http://eprints.ucm.es/tesis/19972000/H/0/H0042101.pdf>, el 18/01/11). No sabemos si ese «nudo procesal» tenía unas características especiales (como las tienen los nudos náuticos, de rescate, de alpinismo, etc.).

⁵ De allí que COUTURE, Eduardo. *Vocabulario jurídico* (1960). 3ª reimp. Buenos Aires: De Palma, 1988, p. 466, nos haya dado dos significados de la palabra «preclusión»: «I. Extinción, clausura, caducidad; acción y efecto de extinguirse el derecho a realizar un acto procesal, ya sea por prohibición de la ley, por haberse dejado pasar la oportunidad de verificarlo, o por haberse realizado otro incompatible con aquél. II. Principio procesal así designado por oposición al denominado de secuencia discrecional, según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales supone la clausura de la anterior sin posibilidad de renovarla». Evidentemente, el primer significado es el chiovendiano; el segundo es el de Millar.

Bajo esa óptica, el «juicio ordinario» del Código de Procedimientos Civiles de 1912 (*latu senso* heredero del proceso solemne medieval⁶) parecía ser un claro ejemplo de proceso por «fases». Es así que Alzamora Valdez, justamente, encontraba como notas «formales» del proceso ordinario del CPC de 1912 el que fuera: «escrito, mediato, disperso y dominado por la preclusión»⁷, siendo sus «fases» la *postulatoria*, la *probatoria* y la *decisoria*⁸.

Sin embargo, de lo expresado por Millar mismo, no es del todo correcto asociar la mera existencia de fases del procedimiento con el fenómeno preclusivo⁹ y ello porque la mera existencia de «fases» para que tal o cual acto sea realizado, no implica necesariamente que el «cierre» formal de la fase precluya (o sea, impida) definitivamente la realización de una determinada actuación, pues ello depende de cuán *rígidas* o *elásticas* vengan diseñadas esas fases.

Justamente el proceso común medieval¹⁰ y su (cuasi)heredero local, el «juicio ordinario» del CPC de 1912¹¹ eran claras muestras de procesos que si

⁶ Digo, *latu senso*, porque si se compara el proceso medieval español con el «juicio ordinario» del CPC de 1912, será fácil advertir que el derogado código había notablemente simplificado la estructura del proceso. Se tendrá ocasión de evidenciarlo a lo largo del trabajo.

⁷ ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Procesal Civil. Teoría del proceso ordinario*. 2ª ed. Lima, 1968, p. 5.

⁸ Tal es la sistematización de ALZAMORA VALDEZ en la *Op. Ult. Cit.*, en cuya p. 11 agrega la etapa «ejecutiva», aclarando inmediatamente que «esta última etapa, constituye en sí misma un proceso autónomo».

⁹ En ese sentido, VALLINES GARCÍA, Enrique. *La preclusión en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2004, p. 35, señala que: «Lo verdaderamente característico de la preclusión no es el cierre de fases o etapas procesales, sino *la imposibilidad de hacer algo en el proceso que antes sí se podía hacer*» (cursivas del autor).

¹⁰ MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del proceso civil*. Cit., p. 96 y ss., expresamente indica que si bien el proceso romano canónico constituye el ejemplo más detalladamente organizado de una división vertical de la causa en fases (p. 96), la omisión de actuar en el plazo señalado no traía como consecuencia una preclusión absoluta (p. 101).

¹¹ Si bien a lo largo del presente trabajo se hará referencia al «sistema» del CPC de 1912, por ahora, y a modo de ejemplo, traigo a colación una frase de la Exposición de Motivos del Comité de Reforma Procesal que nos permite apreciar que no solo en el CPC de 1912 sino

bien estaban divididos en fases, el cierre formal de una de ellas (salvo excepciones¹²) no determinaba la absoluta imposibilidad de realizar, en momentos ulteriores, determinadas actuaciones que hubiera correspondido hacer, según su diseño, en una fase (solo formalmente) ya cerrada.

Como tendremos ocasión de evidenciar, esta «cierta-elasticidad» de las «fases» previstas en CPC de 1912, es la que se quiso combatir con el Código Procesal Civil de 1993, que, inspirado en razones estrictamente «publicísticas» (*rectius*, «moralizantes») modeló un proceso declarativo absolutamente rígido, en el sentido de que cada actuación de parte tiene «su» momento, tras el cual sobreviene definitiva y fatal su «preclusión».

2. Los procesos «ultra-preclusivos» y los procesos «libres»

Hay que tener presente, además, que el organizar los procesos en fases, más o menos elásticas (o más o menos rígidas, que es lo mismo), es, como justamente apuntaba Millar, una opción «discrecional».

también en el precedente Código de 1852 la clausura de las «fases» no era tan rígida como se suele señalar: «Toda petición ó artículo propuesto en el cuerpo del alegato es inadmisibles», dice el Código de Enjuiciamientos. Esta disposición se ha suprimido. Desde luego, ella se refiere á la mera forma ó redacción del escrito, porque si no se propone el artículo en el cuerpo del alegato sino en *otro sí*, queda salvada la prohibición. En este sentido, la regla de que tratamos carece de importancia. Además no sería aceptable rechazar un artículo fundado, que se hubiese propuesto en el cuerpo del alegato, por ejemplo una excepción de prescripción ó de transacción, sacrificando el derecho ante una consideración de puro formalismo.// La declaración de que la causa queda concluida para las partes no es expresión de la verdad, ni aún en el sistema del Código anterior; porque otras disposiciones autorizan para presentar prueba escrita y formar peticiones después de pronunciada esa declaración, la que tiene en la práctica un valor casi nulo. Por esta razón este capítulo la suprime» (así en CALLE, Juan José. *Código de Procedimientos Civiles*. Lima: El Lucero, 1912, p. 239). *Ergo*, durante la vigencia del Código de 1852 ni la (solemne) declaración de estar la causa «concluida para las partes» (art. 971), precluía (o sea impedía) el que ellas pudieran presentar «pruebas escritas» (o sea documentos), ni plantear excepciones (como la de prescripción o de transacción). Con el CPC de 1912 (la solemne) declaración de «conclusión» simplemente se suprime.

¹² Una de las excepciones estaba dada por la «excepciones dilatorias». De ello nos ocuparemos en el Capítulo III.

Históricamente, la dosis máxima de «preclusión» estuvo representada por el proceso común germánico, netamente inspirado en el principio que los propios alemanes llamaron *Eventualmaxime* (principio de eventualidad), cuya caracterización viene dada así por Millar:

«supone que las partes, en las respectivas fases, deben presentar simultánea y no consecutivamente todas las alegaciones y elementos de prueba que pertenezcan a estos períodos, sean compatibles o no con otros, y aún cuando el pronunciamiento en base a uno de estos puntos hiciese innecesaria la consideración de los demás»¹³.

Pero hay un tercer «modelo» histórico de proceso: el proceso «sin fases», fundado en el principio de *libertad procesal* (*Prozessfreiheit*), propia del proceso francés, en donde son las partes mismas las que «determinan el orden del procedimiento, y las alegaciones y pruebas referentes al fondo de la causa tan solo resultan inadmisibles cuando se pronuncia el fallo»¹⁴. Es el modelo de proceso que suele denominarse (despectivamente) «liberal-individualista» (o de «cosa de partes»), que es, por cierto, el que estaba vigente en Italia cuando

¹³ MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del proceso civil*. Cit., p. 96-97, que prefiere llamarlo «principio de acumulación eventual». En similar sentido, GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Cit., p. 85, quien nos grafica la degeneración a la que condujo este «principio» con el siguiente ejemplo de contestación de la demanda: «*En primer término, no me has dado dinero alguno, eso no es verdad. En segundo término, te ha sido devuelto hace ya un año. En tercer término, tú me aseguraste que me lo regalabas. Y, por último, ha prescrito ya, y está pendiente el juramento*». Por su parte, CHIOVENDA, José. *Principios de derecho procesal civil*. Cit., Tomo II, p. 144, nos caracterizó así el proceso fundado en el principio de eventualidad: «Cuando el principio de preclusión se entendió en el sentido de que en un estadio posterior no pudiese deducirse *nuevas* circunstancias y pruebas, sino para combatir las deducciones hechas en el estadio precedente por el adversario, ocurrió que cada uno de los litigantes encontrarse obligado a producir en el primer estadio todas las deducciones y las excepciones que le pudiesen asegurar la victoria, aunque fuesen contradictorias entre sí, y esto “*in omnem eventum*”, es decir, para el caso en que una u otra de las deducciones no fuese acogida (principio *eventual*)» (cursivas del autor).

¹⁴ MILLAR, Robert Wyness. Ob. Cit., p. 104-105.

Chioyenda «introdujo» su «concepto» de preclusión¹⁵ y que ni por asomo besó tierras latinoamericanas¹⁶.

3. El proceso declarativo peruano construido bajo el signo de las precoces y rígidas preclusiones

Suele decirse que «todo el régimen de las preclusiones es funcional a las exigencias publicísticas del ordenado y rápido desenvolvimiento del proceso»¹⁷ y que ellas «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

¹⁵ Tal como lo evidenciamos en las notas 26 y 48 del Capítulo anterior.

¹⁶ Sin embargo, MONROY GÁLVEZ, Juan. «Proceso civil en el Perú: origen y destino», (1988). En: *La formación del proceso civil*. Lima: Comunidad, 2003, p. 38, repitiendo lo que se decía (y se sigue diciendo) de los Códigos europeos del S. XIX inspirados en el principio de libertad, indicaba, en 1988, que el «ordenamiento procesal civil no es ajeno a una respuesta ideológica, al contrario, se encuentra sólidamente sustentado en los fundamentos de la llamada Filosofía Individualista, es decir, es expresión de la concepción liberal emanada de los postulados de la Revolución Francesa (...). Esta base ideológica significa que los conceptos de Libertad e Igualdad (...) están presentes en el actual Código de Procedimientos Civiles, sin que tal hecho constituya un mérito». Años más tarde, el mismo autor llega a decir que el proceso francés, ni más ni menos, es el «modelo que constituye el antecedente directo de los códigos sudamericanos de comienzos de siglo XX, entre ellos el peruano de 1912» (MONROY GÁLVEZ, Juan. «La reforma del proceso civil peruano - quince años después». En: *Código Procesal Civil*. Lima: Communitas, 2009, p. 17). Tal aseveración carece por completo de fundamento histórico, pues nosotros los latinoamericanos, en materia procesal, *no tenemos* (hasta hoy) *nada francés*. Lo dice con todas sus letras LIEBMAN, Enrico Tullio. «Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano» (1953). En: *Problemi del processo civile*. Cit., p. 500: los países latinoamericanos quedamos del todo «inmunes» frente a la oleada innovadora francesa y lo que hicimos en las codificaciones procesales del S. XIX fue simplemente mantener la tradición del proceso común español «en sus aspectos menos buenos»: «proceso escrito y secreto, rigurosamente articulado en etapas separadas con términos preclusivos, instrucción basada en las *positiones*, con medios de prueba cuya eficacia legal está fijada en fracciones aritméticas destinadas a ser sumadas, etc.» (Ob. Cit., p. 502).

¹⁷ Así PROTO PISANI, Andrea-TOMBARI FABBRINI, Giovanna. «Preclusioni.I) Diritto processuale civile». Cit., p. 13 de la voz.

deban decir, bajo pena de no poder hacerlo ya más en momentos sucesivos, lo que pretenden decir en el proceso»¹⁸.

Dando por bueno, por ahora, esta «función» de las preclusiones, veamos a grandes rasgos cómo el Código Procesal Civil peruano de 1993 las ha «organizado», teniendo presente las siguientes «prescripciones» del CPC:

- a) «Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario» (art. IX del Título Preliminar del CPC);
- b) El *impulso* del proceso le corresponde, como regla, al Juez («El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo»: segundo párrafo del art. II del Título Preliminar del CPC);
- c) Las actividades procesales deber realizarse «diligentemente y dentro de los plazos establecidos» (último párrafo del art. V del Título Preliminar del CPC); y
- d) Los *plazos* son todos «perentorios» («Los plazos previstos en este Código son perentorios. No pueden ser prorrogados por las partes con relación a determinados actos procesales. La misma regla se aplica al plazo judicial. A falta de plazo legal, lo fija el Juez»)¹⁹.

¹⁸ TARUFFO, Michele. «Le preclusioni nella riforma del processo civile». En *Rivista di diritto processuale*, 1992, p. 301.

¹⁹ Sin embargo, hay que tener presente que la Vigésimo Tercera Disposición Final del CPC establece que «Forman parte integrante de este Código los cinco gráficos signados con las letras A, B, C, D y E que se publican como anexos. Los plazos indicados en ellos *son los máximos y pueden ser reducidos por el Juez, atendiendo a la naturaleza del proceso y a su disponibilidad de tiempo*. Ergo, si conforme al art. 146 CPC los plazos son «perentorios», entendidos como «improrrogables», sí podrían (en potencia) ser discrecionalmente «reducidos» por el juez.

A) Preclusiones de alegación (es decir, en relación a la fijación del thema disputandum):

- a) El demandante en su demanda (rigurosamente) escrita (art. 424 CPC), tiene que formular su «petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide» (inc. 5 del art. 424 CPC) y alegar *todos* los hechos «en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad» (art. 424 inc. 6 CPC). Hecho no alegado (pudiendo serlo) es un hecho que nunca más podrá ser introducido al proceso;
- b) El demandante *solo* puede *modificar* su demanda antes que ésta sea notificada al demandado (art. 428 CPC). Ello no posible en el procedimiento sumarísimo (inc. 4 del 559 CPC);
- c) El demandado, si es que contesta la demanda dentro del plazo correspondiente, *tiene que* pronunciarse expresamente «respecto de cada uno de los hechos» y exponer (todos) los hechos en que fundamenta su defensa «en forma precisa y ordenada» (art. 442 inc. 4 CPC). Si el demandado no se «pronuncia» sobre cada uno de los hechos o realiza una negativa «genérica», el juez *puede tener* por reconocidos los hechos (art. 442, inc. 2 CPC). En cuanto al hecho no alegado (pudiendo serlo) rige la misma preclusión que para el demandante;
- d) el demandado, si no contesta la demanda en el plazo correspondiente, cae automáticamente en «rebeldía» (art. 458 CPC), con la consecuencia de que no solo ya no puede tomar posición sobre la demanda y aportar sus hechos, sino que—como regla— se «presume» la verdad de los hechos afirmados por el demandante (art. 461 CPC). No existe previsión alguna que admita las defensas «tardías»;
- e) La reconvención sólo puede ser planteada «en el mismo escrito en que se contesta la demanda» (art. 445 CPC), estando, en cuanto a las

alegaciones, sujeta al mismo régimen de la demanda. En el proceso sumarísimo no es posible reconvenir (inc. 1 del art. 559 CPC);

- f) Las «pretensiones accesorias» pueden acumularse hasta antes del «saneamiento procesal» (art. 87 CPC);
- g) No se prevé posibilidad alguna de una «reconvención de la reconvención» (no está ni prohibida ni permitida).

B) Preclusiones en cuanto al material probatorio:

- a) Las partes *solo* pueden ofrecer, como regla, medios probatorios en sus «actos postulatorios» (arts. 189 CPC), es decir, en la demanda (art. 424 inc. 10 CPC) y en la contestación (442 inc. 5 CPC);
- b) El demandante *solo* puede ofrecer *otros* medios probatorios, es decir, distintos a los ya ofrecidos en la demanda (los mal-llamados «extemporáneos»), respecto de los hechos alegados por el demandado en su contestación, dentro de un plazo que nunca es mayor de diez días (art. 429 y 440 CPC). Ello no es posible en el proceso (llamado) sumarísimo (inc. 4 del 559 CPC);
- c) Las partes (ambas) *solo* pueden ofrecer *otras* pruebas relativas a *hechos nuevos* hasta antes de «concluida la etapa de postulación del proceso» (art. 374 CPC), es decir, antes de que el juez «fije», en resolución, los (denominados) puntos controvertidos (art. 468 CPC). Ello tampoco es posible en el proceso (llamado) sumarísimo (inc. 4 del 559 CPC);
- d) La parte *solo* puede cuestionar los medios probatorios «ofrecidos» por su contraparte en plazos «ultra-pequeños» (art. 301 CPC) y ultra-precoces (por cuanto, su vencimiento antecede, en mucho, a la admisión de los medios probatorios);
- e) En segunda instancia, las partes pueden ofrecerse *nuevos* medios probatorios, ya sea en el escrito de interposición de apelación contra la

sentencia de primera instancia o en su absolución, pero *solo* en cuanto a hechos «acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso» o, también, respecto a documentos expedidos «con fecha posterior al inicio del proceso, o que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad» (art. 374 CPC). Ello no es posible en el proceso sumarísimo (inc. 3 del art. 559 CPC).

C) Preclusiones atinentes a cuestiones procesales:

- a) La recusación del juez *solo* puede plantearse antes hasta antes del saneamiento procesal (art. 308 CPC), es decir, hasta antes que se emita el «auto de saneamiento» (art. 465 CPC). Después sólo será posible recusar al juez fundándose en causal «sobreviniente» (art. 308 CPC);
- b) El demandado *solo* puede cuestionar la competencia territorial del juez a través de la promoción de la (llamada) «contienda de competencia», en el plazo de cinco días de notificado con la demanda (art. 38 CPC);
- c) El demandado *solo* puede plantear sus «excepciones» (art. 446 CPC, incluso la prescripción), todas juntas «en el mismo escrito», dentro de los plazos señalados por la ley (art. 447 CPC), pues de lo contrario no podrán deducirse nunca más (art. 454 CPC);
- d) Una vez firme el (llamado) «auto de saneamiento» (art. 465 CPC) las partes *no pueden ya* cuestionar la «validez de la relación jurídica procesal» (art. 466 CPC);
- e) Las «peticiones de nulidad» (de actos procesales) deben ser formuladas «en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo» (art. 176 CPC). La consecuencia del no planteamiento oportuno es la «convalidación tácita» del acto viciado (tercer párrafo del art. 172 CPC).

Siendo que conforme a nuestro CPC, todas las normas procesales son «imperativas», salvo que la ley diga lo contrario (lo que vale, en sustancia, solo para las normas atinentes a la competencia territorial: arts. 25 y 26 CPC), las disposiciones antes indicadas constituyen previsiones normativas indisponibles e inderogables, es decir que conforman el «orden público procesal»²⁰, a aplicarse, como consecuencia, de oficio por el juez.

4. Las «publicísticas» razones de la construcción de un proceso con rígidas preclusiones. De regreso a Chiovenda

Como decíamos en el apartado anterior, suele decirse (en otros lares) que la existencia de un «régimen» de preclusiones es funcional a las exigencias «publicísticas» de un ordenado y rápido desenvolvimiento del proceso.

Esta explicación de la función de las preclusiones viene desde Chiovenda²¹ y ha sido asumida, en el ambiente italiano, por muchos²². Pero, ¿qué hay de «publicístico» en el que el proceso sea ordenado y rápido? Pues hay que darle la palabra nuevamente a Chiovenda y se va a entender. Y para ello nada mejor que el ensayo en el que sintetiza (en 1907) su nuevo «sistema» en el estudio del proceso civil²³:

²⁰ Así lo llama COMOGLIO, Pier Paolo. «Preclusioni istruttorie e diritto alla prova». Cit., p. 973.

²¹ Lo hemos visto en el Capítulo anterior, apartado 2, cuando Chiovenda (en el § 69 de los *Principii* y § 66 de las *Istituzioni*), establecía que la preclusión tiene por finalidad dar «orden» al proceso.

²² Así GRASSO, Edoardo. «Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado». Cit., p. 640, «función de la preclusión es aquella de consentir el ordenado, racional e expedito desarrollo del proceso». Lo repiten TARUFFO. «Preclusioni (diritto processuale civile)». Cit., p. 795 y COMOGLIO, Pier Paolo. Ob. Ult. Cit., p. 973. En contra de esta extrema posición BALENA, Giampiero. «Preclusioni di merito e preclusioni istruttorie nel processo civile riformato». Cit.

²³ CHIOVENDA, Giuseppe. «Del sistema negli studi del processo civile» (1908). En *Saggi di diritto processuale civile*, Vol. I. Cit., pp. 227-238. El ensayo constituye la versión para la imprenta de la *prolusione* pronunciada el 21 de enero de 1907 al asumir la cátedra de *Procedura civile e ordinamento giudiziario* en la Universidad de Roma.

«En el curso del litigio veremos frecuentemente que la ley atribuye consecuencias rigurosas e irrevocables a un hecho, a una omisión de la parte, al decurso de un plazo: precluye el campo a un acto, a una excepción, y también a cualquier defensa ulterior. Así en la contumacia, en la confesión y en la *ficta confessio*, en el juramento, en la omisión de determinadas excepciones, en el rechazo de la apelación sin examen, en la perención, y en cientos de otros casos. Algunos de estos casos han fatigado la mente de los escritores, que pusieron a dura prueba su ingenio para construirlos, como suele decirse jurídicamente: y alguno recurrió a la idea de la pena, otro se rodeó en un dédalo de presunciones, de ficciones, de tácitas renunciaciones, de tácitas declaraciones de voluntad, de implícitas disposiciones sobre el litigio. Allá donde se ven tantas cosas difíciles, a nosotros nos parece ver, en todos estos casos acercados y agrupados una cosa muy simple, **un principio bastante claro de carácter eminentemente público**, el cual puede ciertamente ser discutido en su racionalidad y en su correspondencia con las exigencias del proceso moderno, pero no cesa por esto de informar nuestro derecho positivo. El Estado tiende a la definición del litigio por la vía más rápida y con el mínimo posible de empleo de actividad procesal: el Estado tiene prisa de liberar a sus órganos del peso y de la responsabilidad del proceso. Aún garantizando a las partes la mayor libertad de defensa, la ley procede por vía de *preclusiones*, en todos los casos en los cuales de consideraciones generales, y más o menos exactas, de equidad aproximativa, de probabilidad, de normalidad, se siente autorizada a hacerlo. Este instituto de la preclusión encuentra confirmación siempre, aunque en distinta medida, en los procesos de cualquier época»²⁴.

Ergo, las preclusiones (o sea, el establecer los momentos en que los que se produce la pérdida, extinción o consumación de «facultades procesales») serían un instrumento para que el Estado «libere», lo más pronto posible, a sus órganos jurisdiccionales «del peso y de la responsabilidad del proceso». No sé cuán válida pueda ser hoy esta razón «publicística», cuando está más que asentado

²⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. «Del sistema negli studi del processo civile». Cit., p. 236-237 (cursivas del autor, negritas nuestras).

que son las partes las que tienen el derecho de obtener una respuesta (final) del juez en un «plazo razonable»²⁵, pero lo cierto es que así se sostuvo (y, como se ha visto, aún se sostiene).

5. Sigue. Reflexiones

Ahora, por más que la función de las preclusiones sea que el proceso avance y llegue a su conclusión lo más rápido posible, lo relevante es tener en cuenta que depende del legislador el cómo organizar la secuencia del proceso y determinar en *cuál* momento-límite se activa la respectiva preclusión.

En tal sentido, no existen soluciones «naturales» u obligadas, pues bien podría optarse por una solución (como la del legislador peruano) de preclusiones «rígidas» (y «precoces») o más bien optarse por «flexibilizar» el régimen preclusivo²⁶.

²⁵ En el sentido de que las preclusiones (al menos las introducidas en Italia con la reforma de 1990) están enderezadas a ofrecer una tutela procesal más eficiente y racional a la parte que quiera aprovecharse de ellas, BALENA, Giampiero. Ob. Ult. Cit. BIAVATI, Paolo. «Iniziativa delle parti e processo a preclusioni». Cit., p. 485 y ss., considera que no necesariamente hay un nexo entre preclusiones y carácter publicístico del proceso y pone como ejemplo el arbitraje en donde las preclusiones están también presentes, lo que impone a establecer «un nexo entre preclusiones e interés de las partes».

²⁶ Señala TARUFFO, en relación a la reforma italiana de 1990 que reintrodujo un sistema de preclusiones bastante rígido (no tanto como el del original Código de 1940, que había sido prácticamente dejado en la nada 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 hipotetizado 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

En otras palabras, un legislador puede ser *rígido* o *elástico* al establecer los *límites* para el ejercicio de las (llamémoslas también nosotros así) «facultades procesales» de las partes²⁷. Será rígido si es que establece que «si o si» todas las actuaciones de las partes deben de realizarse hasta (o en) un determinado *momento-límite*, caso contrario ya no se podrán realizar nunca más, haciéndole asumir a las partes las consecuencias (más o menos negativas) de su inactividad, o, más bien, puede, efectivamente, establecer momentos «normales» para la realización de las actividades procesales de las partes, sin que ello implique que ellas queden absolutamente *precluidas* (o sea impedidas) de realizar ulteriormente algunas (o todas) las actividades dejadas de hacer en el momento —llamémoslo— «ordinario»²⁸.

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»: «Le preclusioni nella riforma del processo civile». Cit., pp. 296-297.

²⁷ VALLINES GARCÍA, Enrique. *La preclusión en el proceso civil*. Cit., p. 105 y ss., hace la distinción entre un «régimen generoso» y un «régimen riguroso» de preclusión, concluyendo que la LEC española del 2000 «se inclina, como regla general, por un régimen riguroso de preclusión respecto de los poderes que no constituyen acciones».

²⁸ Los procesos que se celebran ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de La Haya son el prototipo de procesos con preclusiones «elásticas». Tal como lo comenta, no sin cierta sorpresa, ACOSTA ESTEVEZ, José B. *El proceso ante el Tribunal Internacional de Justicia*. Barcelona: J. M^a Bosch, 1995, p. 96-97, «en el ámbito del proceso ante el Tribunal de Justicia, el principio de preclusión está, en cierta medida debilitado, por el hecho de que “la Corte podrá, a petición de la parte interesada, considerar como válido un acto de procedimiento realizado después de la expiración del plazo fijado, si estima que la petición está suficientemente justificada”. En todo caso, añade el precepto, “se ofrecerá a la otra parte la posibilidad de dar a conocer su opinión”. Por tanto, a la luz de esta posibilidad, si el Tribunal estima como válido un acto realizado fuera de tiempo hábil se estará quebrando el principio de preclusión». Hay que tener presente, además, que en el procedimiento ante la CIJ, el *thema disputandum* y el consiguiente *thema decidendum* se va progresivamente delimitando y precisando en base a las recíprocas alegaciones y argumentaciones de las partes hasta la

Pero no sólo, un legislador puede ser *rigido* respecto de algunas actuaciones de las partes y *flexible* respecto de otras.

Así, por ejemplo, puede ser razonable que el legislador establezca una rígida preclusión respecto del cuestionamiento de la competencia territorial por parte del demandado, pues de la no deducción oportuna de la incompetencia se produce un efecto benéfico para el proceso: la fijación de la competencia del juez, por lo que el proceso podrá, sin contratiempo alguno, marchar ante el juez al cual se han sometido las partes. Pero, deja de ser razonable establecer una rígida preclusión para que la parte pueda oponer, por ejemplo, la existencia de cosa juzgada, pues aquella, de resultar de los autos, podrá ser apreciada de oficio por el juez en cualquier momento del proceso, por lo que carece de sentido que la parte esté impedida, a un cierto punto, de promover, en el contradictorio, con la contraparte, la relativa cuestión.

Pero es tratándose de los actos de alegación y (ofrecimiento) de prueba que la disciplina debería ser lo más *elástica* posible pues, en este sector una excesiva *rigidez* en la determinación del *thema disputandum* y del *thema probandum* así como de cuáles medios de prueba se van a admitir y (de ser el caso) actuar, puede sí comprometer la corrección de la decisión final.

formulación de las conclusiones finales. En ese sentido señala ACOSTA ESTEVEZ . Ob. Cit., p. 200, que «el Tribunal tiene el deber de contestar a las peticiones de las partes tal y como ellas se enuncian en las conclusiones finales». Lo propio se aprecia en la praxis del proceso comunitario europeo. Tal como lo señala BIAVATI, Paolo. «Il processo a struttura elastica nell'esperienza comunitaria». En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, p. 131-132, «el proceso comunitario no conoce, por disposición normativa, preclusiones probatorias. La estructura de los reglamentos impone, en cambio, precisos tiempos para el desarrollo de las defensas escritas, con la consecuencia de que una lectura no ilusoria de las normas lleva a considerar que las partes, que no se hayan oportunamente activado, no puedan hacerlo luego y que se produzca, por tanto, efecto preclusivo». Y agrega, «hay que precisar que, obviamente, las hipótesis en las cuales la Corte ha inaplicado las normas en este ámbito son episódicas. Sin embargo, es posible encontrar una actitud de favor por las exigencias de la sustanciación del proceso concreto más que por la rigurosa aplicación de la normativa».

Es que cada preclusión tiene su propia (y distinta) función en la dinámica del proceso y el legislador debería ser consecuente con ella. Esa consecuencia, es, a nuestro entender, lo que no se ha tenido, en la generalidad de los casos, al elaborar el CPC de 1993.

6. Sigue. *Las razones «éticas» de las preclusiones en el CPC de 1993*

Ahora, con todo, lo que hay que tener muy en claro es que todo sistema de preclusiones implica no sólo una opción legislativa de tipo «técnico», sino también una opción ideológica²⁹, o sea de concepción del proceso y sus supremos principios, pues al establecer el momento en que opera —para las partes—, en particular en lo atinente a la posibilidad de alegar y ofrecer pruebas, se podría estar afectando la posibilidad de que el juez pueda llegar a una plena cognición de la controversia y, como consecuencia, comprometer la posibilidad de llegar a una decisión justa.

47

Tenemos la certeza de que las razones por las cuales el CPC de 1993 ha establecido rígidas preclusiones no es técnica, sino ideológica. Y más que ideológica, es «moralizante».

Ello queda evidenciado en las consideraciones de Juan Monroy Gálvez, principal autor del CPC de 1993, cuando, al explicarnos los «principios» que inspiran un procedimiento en un sistema procesal «publicístico», nos señaló:

²⁹ En efecto, señala VITALE, Antonino. «Decadenza. III) Diritto processuale civile». En: *Enciclopedia giuridica*, Vol. X. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, que «es evidente que un uso intensivo de la preclusión y del plazo perentorio no es un hecho destinado a quedar en el mero plano técnico; que ese procedimiento de ordenación de los datos no es neutral o indiferente respecto al modelo de proceso querido: es evidente que los procesos respectivamente regulados por el principio de preclusión y de la libertad son procesos también políticamente distintos entre ellos. El amplio empleo de la preclusión querido por el legislador italiano de 1942, junto con el consiguiente aumento de los poderes de dirección del juez instructor, fue considerado expresivo de un proceso autoritario, o más autoritario, respecto del proceso precedente».

«Dentro de un proceso afincado en un sistema privatístico, es perfectamente factible que una 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»³⁰,

De allí su pregunta: «¿Estrategia o chicana?»³¹. Y para contestarla 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”»³².

Como consecuencia, señala Monroy Gálvez, para evitar las «conductas abiertamente maliciosas», el «principio de [la] preclusión ha sido incorporado al Código Procesal Civil», y ello se manifiesta:

«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»³³.

Ergo, la «preclusión» ha sido «incorporada»³⁴ en el proceso regulado por el CPC de 1993 con evidentes fines «moralizadores»³⁵, lo que significa que no

³⁰ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*, Bogotá: Temis, 1996, p. 107.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*, p.108.

³⁴ Habría que precisar: lo que el CPC de 1993 ha «incorporado» es un régimen de preclusiones «rígidas», pues preclusiones siempre tuvimos.

estamos ante meras opciones técnicas³⁶, sino fundamental y esencialmente «éticas».

Esta «explicación» de la razón de las preclusiones (rígidas) del CPC peruano, tiene todo el sabor de la muy ilustrativa *Relazione al re* al CPC italiano de 1940, que en su § 24 señaló 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

³⁵ TAIPE CHAVEZ, Sara. «La relevancia de la preclusión en el proceso». En *Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional*, Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 2003, p.147, señala «el principio de preclusión apunta, a que el proceso sea expeditivo, que avance, que no se estanque, que se establezca un orden. Exige a las partes que sean diligentes respecto de los actos procesales que realizan. Protege al proceso (?) de las conductas negligentes, maliciosas, temerarias, no idóneas (de esperar el último momento cuando la causa ya está para sentenciar, por ejemplo, para recién ofrecer un medio de probatorio, determinante que el litigante malicioso tenía guardado bajo la manga). El principio de preclusión no permite tal retroceso, sino por el contrario permite que el proceso avance hasta su culminación en la sentencia, donde se produce la clausura definitiva de toda discusión y toda actividad referente al asunto controvertido».

³⁶ Cabe anotar que un régimen de preclusiones como las consagradas en el Código peruano de 1993 no son la esencia «técnica» del proceso oral (o «por audiencias»), tanto es así que CHIOVENDA (el «apóstol» de la oralidad) nunca postuló preclusiones como las nuestras, pues en su proyecto de 1919 estableció que hasta el cierre de la discusión de la causa era posible que ambas partes alegaran otros hechos («razones y excepciones»: art. 55), que en apelación se podían proponer sin limitaciones nuevos hechos y nuevos medios de prueba (art. 175 n. 3 y art. 177) e inclusive ya ante el juez de apelación se podían deducir nuevos motivos de apelación, nuevos hechos y nuevos medios probatorios (art. 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» (así CHIOVENDA, Giuseppe. «Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra». En: *Saggi di diritto processuale civile*. Vol. II. Cit., p. 29.

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 predispuesto un sistema de estadios 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 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*)³⁷.

³⁷ En CIPRIANI, Franco, et ALT. (al cuidado de). *Codice di procedura civile con la Relazione al Re*. Caccucci: Bari, 1997, p. 231.

Ahora, el Código italiano de 1940 en su versión original, si bien introdujo un sistema de «preclusiones» de alegación y de pruebas bastante temprano³⁸, las plasmo «elásticas»³⁹, 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

³⁸ Tal como lo reseña BALENA, Giampiero. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Vol. II. Bari: Cacucci, 2010, p. 8-9, el CPC italiano de 1940, «[p]artiendo de la idea de que las partes debieran poner desde el inicio las cartas sobre la mesa —o, si se prefiere, “vaciar el saco”, según una expresión que había sido acuñada en el entretanto por la doctrina— el legislador introdujo, en línea de tendencia, un riguroso sistema de preclusiones, estableciendo que nuevas excepciones, nuevos pedidos probatorios y nuevos documentos solo se permitieran, como regla, hasta la primera audiencia ante el juez instructor, y siempre con la condición de que él hubiera considerado “que respondían a los fines de la justicia”. En la prosecución del juicio (y después en apelación), en cambio, los *nova* (fórmula con la cual resumidamente se hace referencia, justamente, a las nuevas excepciones, al ofrecimiento de nuevos medios de prueba y a la presentación de nuevos documentos) podían admitirse sólo en presencia de “graves motivos”. Nuestro «paquete» de preclusiones no se parece, pues, al establecido en el CPC italiano original, se parece más al feroz del Proyecto Preliminar Solmi de 1937, que quería que las partes «delimiten exacta y completamente los términos de la contienda: formule el actor en el acto de citación sus demandas concretas, exponga el demandado en su escrito de contestación sus excepciones; produzcan ambos inmediatamente las pruebas de las que disponen y sometan de inmediato al juez las peticiones de los medios de prueba que consideran necesarios (art. 131-143-145). El cuadro de la causa está así fijado en sus líneas maestras; el juez está en grado, incluso antes de que las partes comparezcan, de darse cuenta de la naturaleza de la controversia, de la verdad sustancial que hay que determinar, del camino que hay que seguir (...). Otro y no menos importante resultado deriva del principio de la delimitación inicial de la controversia: la moralización del proceso. En el clima austero del tiempo fascista el proceso civil no debe ser guerra de insidias y de golpes de mano (...). Las partes tienen que desde el inicio fijar y aclarar su posición; así la justa judicial será realmente una lucha leal y abierta; serán rápidamente individualizados los puntos centrales de debate y el proceso ganará en rapidez y sencillez» (así en MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA. *Codice di procedura civile. Progetto preliminare e relazione*. Roma: Istituto Poligrafico dello Stato, 1937, pp. XIV-XV, cursivas mías). La «moralizadora» idea de «constreñir a las partes a explicarse y a poner, por así decirlo, sus cartas sobre la mesa, desde los primeros actos de la causa» (así REDENTI, Enrico. «Sulla riforma del processo civile». En: *Giurisprudenza italiana*. Parte Quarta, c. 262) se remonta al Proyecto elaborado por Redenti en 1933, una idea que, como señala CIPRIANI, Franco. «Pietro de Francisci e la Procedura civile». En: *Il processo civile nello Stato democratico. Saggi*. Napoli: ESI, 2006, p. 262, «comporta la previsión de preclusiones opresivas para las partes y que puede llevar, como ocurrió en los años Cuarenta y como actualmente ocurre en el proceso laboral, a la fijación de la primera audiencia a años de distancia de la demanda».

³⁹ CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*. Cit., Vol. I, § 56, p. 202 y ss, especialmente p. 206.

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»⁴⁰.

Como consecuencia, ¡ni el Código «mussoliniano por excelencia» introdujo preclusiones tan rígidas e infranqueables como las nuestras! Naturalmente, se dejó a la «sabia discreción del juez» (cuando ello respondiera a «los fines de justicia»...), el que ellas operaran o no⁴¹.

⁴⁰ CIPRIANI, Franco, et ALT. (al cuidado de). *Codice di procedura civile con la Relazione al Re. Cit.*, p. 232.

⁴¹ El sistema de preclusiones original del CPC italiano de 1940 fue prácticamente eliminado por la Ley N° 541 del 14 de julio de 1950. Por la Ley N° 353, del 26 de noviembre de 1990, se reintrodujo un sistema de preclusiones, no igual al original pero casi. Luego, frente a las protestas forenses, el régimen de 1990 se mitigó en algo con la Ley 534, del 2 de diciembre de 1995. Por Ley N° 69, del 18 de julio de 2009, se introdujo una «nueva» preclusión (en realidad se aclaró una ya existente): la de aportar nuevos documentos en apelación cuando estos hubieran podido aportarse en primera instancia.

Pero, y esto es importante, el fundamento de las preclusiones del legislador fascista (parcialmente) es el mismo que da nuestro *conditor legis*: reprimir la mala fe de los litigantes⁴² (*rectius*, de sus abogados), sin siquiera plantarse la cuestión de si con sus barreras preclusivas se podían afectar los derechos de defensa de las partes y, como consecuencia, promover decisiones injustas en cuanto contrastantes con la realidad de los hechos.

Hay que notar, sin embargo, que la *Relazione al Re*, puso muy en claro los términos de la cuestión: un proceso *libre* de rígidas preclusiones se inspira en la búsqueda de la mejor decisión de la controversia; un proceso con preclusiones rígidas se inspira en la búsqueda de la rapidez, con la alta posibilidad de «sacrificar» la justicia de la decisión final.

«Rapidez vs. justicia», son pues los valores en juego. Bien lo decía Andrioli: «En el principio de preclusión debe verse la prioridad de la aspiración a la certeza sobre la aspiración a la justicia y esta razón justificativa explica las críticas, que le han sido movidas en todos los tiempos por parte de quien ha visto en ellas un atentado a la justicia»⁴³.

⁴² Así CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*. Cit., Vol. I, p. 205-206, para quien el sistema de preclusiones de *su* Código «tiene la ventaja de debelar 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 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*: CIPRIANI. Franco. «Piero Calamandrei, la relazione al Re e l'apostolato di Chioventa». En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, pp. 749-765; ID. *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti. Riflessioni e documenti nel cincuantenario dell'entrata in vigore*, Napoli: ESI, 1992, pp. 45 y ss., en donde dicha intervención queda «documentalmente» confirmada.

⁴³ ANDRIOLI, Virgilio. «Preclusione». Cit., p. 307.

De este dilema, pareció no haberse dado cuenta nuestro legislador procesal⁴⁴.

7. Preclusiones y poder de impulso del juez

Pero, lo peor de todo, es que nuestro legislador no se dio cuenta que un régimen de preclusiones «precoces» y «rígidas» como las que terminó plasmando en el CPC de 1993, no es garantía de que el proceso sea «rápido y sencillo».

En efecto, el legislador, partiendo del (erróneo) «postulado» publicístico⁴⁵ de que para acelerar la marcha del proceso se tenía que quebrar «el monopolio cerrado de las partes respecto del avance del proceso»⁴⁶⁻⁴⁷, le terminó

⁴⁴ TAIPE CHAVEZ, Sara. «La relevancia de la preclusión en el proceso». Cit., p. 147, señala, por el contrario, que el principio de preclusión (*rectius*, las preclusiones rígidas establecidas en el CPC de 1993) coadyuva «a que se resuelva el conflicto de intereses haciendo efectivo el fin más trascendente del derecho procesal, la paz social en justicia». «Paz social» quizá; «justicia», está por verse.

⁴⁵ Sobre las concepciones «privatística» y «publicística» del proceso, resultan siempre esclarecedoras las páginas de CIPRIANI, Franco. «En el centenario del Reglamento de Klein (el proceso civil entre libertad y autoridad)». En: *Batallas por la justicia civil*. Cit., p. 59 y ss., en particular cuando señala que «desde el momento en que la jurisdicción devino, con el Estado moderno, una prerrogativa exclusiva e inalienable del Estado, nadie ha tenido jamás una concepción privatística del proceso civil y todos han coincidido en advertir que el Estado siempre se ha preocupado de la administración de la justicia y quiere que los procesos se desarrollen en la mejor y más racional de las formas (...). Se agregue que nunca nadie ha pensado, ni piensa, que las partes deban dirigir el proceso, tanto es así que, con nuestro viejo código, la dirección correspondía al juez y no ciertamente a las partes. Pero, parece evidente que, una cosa es dar al juez los poderes estrictamente necesarios, y no por ello poco vastos, para dirigir el proceso y otra muy distinta es establecer que el juez pueda hacer todo aquello que considere oportuno o, peor aún, que en el proceso civil no se pueda mover un dedo sin el permiso del juez».

⁴⁶ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Cit., p. 93.

⁴⁷ No es realmente cierto que el proceso civil peruano (según el propio texto original del CPC de 1912) se moviera sólo si las partes así lo querían. Así del texto del art. 335 CPC de 1912 no se infiere que para abrir la causa a prueba en el juicio ordinario se requiriera un acto específico de parte. Aquél sólo era expresamente requerido cuando el demandado no hubiera contestado la demanda (art. 325). En cambio, se requería de expreso pedido de parte a fin de que el escribano certificara que se había vencido el término probatorio (art. 505), tras lo cual los autos se ponían a disposición de las partes por 10 días para que aleguen (art. 506). Vencido dicho término «el juez, sin necesidad de petición de parte, pedirá autos para dictar sentencia, lo

dando ese «monopolio» al juez, sustituyendo así «el motor natural del proceso civil, que era y está representando por el ansia de justicia de las partes, con un motor artificial, que está representado por el juez y por sus ritmos burocráticos»⁴⁸, con la consecuencia de que nuestros procesos civiles, cuando para las partes todas las preclusiones están ya más que maduras, en lugar de ir a marcha acelerada, van al ritmo que todos conocemos⁴⁹.

Lo dijo acertadamente Cipriani: «un proceso que dura muchísimo, pero con preclusiones que se activan de inmediato, es un proceso irracional y no interesado en la justicia sustancial»⁵⁰.

En los Capítulos que siguen se analizará con más detalle el aparato preclusivo previsto en el CPC de 1993, a comenzar por aquellas preclusiones que más se relacionan con la marcha del proceso: las atinentes a las cuestiones procesales.

que se hará saber a los interesados» (art. 507). La sentencia debía expedirse en el término de 40 días. Tal régimen fue modificado por el D.L. 21773 de 1977, primero, y por el D.L. 127 de 1981, en virtud de los cuales ya no se requería pedido de parte alguno *post* vencimiento del término alguno pues «vencido el término, el juez ordenará pasar a la etapa siguiente del proceso, sin necesidad de petición de parte» (art. 173). *Ergo*, en teoría (como hoy) al momento de la derogación del CPC de 1912, los procesos debían ser impulsados de oficio.

⁴⁸ CIPRIANI, Franco. «Il processo civile nello Stato democratico». En: *Il processo civile nello Stato democratico*. Cit., p. 11.

⁴⁹ El propio autor del CPC reconoce que la duración promedio de un proceso civil en el Perú bordea los cinco años y «que va en progresivo aumento»: así, MONROY GÁLVEZ, Juan-MONROY PALACIOS, Juan José. «Las relaciones entre los jueces, partes y abogados en el proceso civil peruano». En: *Revista peruana de derecho procesal*, VII, dic. 2003, p. 296.

⁵⁰ CIPRIANI, Franco. «Prefazione». En: CIPRIANI, Franco-MONTELEONE, Girolamo (al cuidado de). *La riforma del processo civile*. Padova: Cedam, 2007, p. VI.

CAPÍTULO III

CUESTIONES PROCESALES, PRECLUSIÓN Y PODERES INAGOTABLES DEL JUEZ

SUMARIO: 1. Premisa: la necesidad de preclusiones «tempranas» en materia de cuestiones procesales.— 2. Las preclusiones «benéficas» acogidas en el CPC de 1993.— 3. Las preclusiones del planteamiento de las (llamadas) «excepciones» del art. 446 CPC. Una mirada al pasado.— 4. *Sigue.* Las «excepciones» del CPC de 1993.— 5. El poder (¿inagotable?) del juez de controlar de oficio la subsistencia de los presupuestos de validez del proceso.— 6. Los poderes del juez sí se consuman.— 7. Las ilusiones del CPC de 1993 y las lecciones de la realidad cotidiana.

1. Premisa: la necesidad de preclusiones «tempranas» en materia de cuestiones procesales

Si hay un sector en el que las preclusiones «tempranas» son no solo oportunas sino necesarias, es en el relativo a la promoción de cuestiones estrictamente procesales. Y ello porque mientras cuanto antes vengán planteadas y resueltas, el proceso ganará en salud, ya sea encarrilándose a pie firme hacia el tratamiento del tema de fondo (la *res in iudicium deducta*) hasta llegar a la decisión final, o, eventualmente, hacia su conclusión con una decisión de simple absolución de instancia.

Ello ha sido una exigencia sentida en todo tiempo y lugar, tanto en aquellos sistemas procesales que tenían (y tienen) procesos civiles articulados en fases (más o menos preclusivas) como en aquellos fundados en la libertad.

Significa esto, que el «paquete preclusivo» en materia de cuestiones procesales establecido en el CPC de 1993, ¿es el correcto? La respuesta tiene que ser articulada, pues en algunos aspectos sí es la correcta, mientras que en otros definitivamente no.

2. Las preclusiones «benéficas» acogidas en el CPC de 1993

In primis, decididamente correcto es que se haya establecido un momento preclusivo para el planteamiento de la recusación del juez (art. 308 CPC), en particular porque tal momento no excluye el que si *ex post* se toma conocimiento de una causal de recusación, se reabre la posibilidad de plantearla¹. Si la recusación no viene planteada oportunamente, los actos procesales realizados (en particular, la sentencia) estabilizan sus efectos, con lo cual, estamos preservando la validez y la eficacia de la resolución final del proceso.

Igualmente correcto es que se haya establecido que el no cuestionamiento oportuno de la competencia territorial del juez, determina la «prorroga tácita de la competencia» (art. 26 CPC). El efecto benéfico es más que evidente: no siendo ya cuestionable la competencia territorial del juez instado, el proceso se podrá llevar adelante ya sin los contratiempos (al menos en cuanto a este «aspecto»).

Finalmente, el añoso tema de las nulidades procesales: el que las «peticiones de nulidad» de actos procesales deban ser formuladas «en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo» (art. 176 CPC), es oportunísima por cuanto el no planteamiento oportuno trae el efecto más benéfico posible: la «convalidación tácita» del acto viciado (tercer párrafo del art. 172 CPC), que justamente deja de serlo.

3. Las preclusiones del planteamiento de las (llamadas) «excepciones» del art. 446 CPC. Una mirada al pasado

¹ Ello, por cierto, no significa que estemos de acuerdo con el tratamiento de la recusación en el CPC. En particular, en lo atinente a la inimpugnabilidad de la resolución que se pronuncia sobre la recusación (art. 310 CPC), pero esa es ya otra cuestión.

En cambio, no puede compartirse integralmente la solución dada por nuestro CPC en cuanto a las preclusiones de planteamiento de las (llamadas) «excepciones» del art. 446 CPC.

Pero antes de dar nuestras razones, nos parece pertinente dar una rápida mirada al pasado, siendo imprescindible retrotraernos hasta nuestra primera codificación procesal: el *Código de Enjuiciamientos en materia civil* de 1852.

Pues bien, nuestro primer código republicano, siguiendo la línea marcada por el derecho común, distinguía las excepciones en *declinatorias*, *dilatorias* y *perentorias* (art. 616).

Según el art. 617 las primeras tenían por objeto «remitir el conocimiento de la causa a distinto juez del que empezó a intervenir en ella»² (que eran las de «incompetencia de fuero», «pleito pendiente» y la de «impedimento del juez»: art. 618); las segundas tendían a «suspender o dilatar el curso del litigio» (art. 619)³; las terceras perseguían «extinguir el juicio o acción» (art. 620)⁴.

Ahora, una nota característica del Código de 1852 era que mientras las declinatorias eran a número cerrado, las dilatorias y las perentorias eran a número abierto (de allí que se indicaran solo «las más comunes»).

² Que, conforme al art. 618 eran: las de incompetencia de fuero, pleito pendiente y la de impedimento del juez.

³ Señalándose en el art. 619 que «las más comunes» eran: las de falta de personería, excusión u orden y la de tiempo para deliberar, petición antes de tiempo o de modo indebido, demanda oscura o inoficiosa, contradicción, acumulación, petición antes de tiempo o de modo indebido, citación de evicción, condición no cumplida, demandado legítimamente impedido, pedir al actor fianza a resultas, comprobar la identidad o estado de las personas.

⁴ Señalándose en el art. 620 que «las más comunes» eran: el pago, pacto de no pedir, compensación, novación, dolo, prescripción, fuerza o miedo, ignorancia o error, dinero no entregado, lesión enorme o enormísima, nulidad o falsedad, transacción y cosa juzgada.

En plano del procedimiento, tanto las declinatorias como las dilatorias daban lugar a un incidente de previo y especial pronunciamiento; mientras que las perentorias, como regla, se hacían valer al contestar la demanda y se «resolvían» en la sentencia⁵.

Sin embargo, mientras que las declinatorias debían «sí o sí» plantearse como incidente de previo y especial pronunciamiento, nada impedía que las «dilatorias» fueran planteadas como «perentorias», es decir, para ser resueltas en la sentencia.

De allí que desde el punto de vista práctico la calificación de una excepción como «dilatoria» o como «perentoria» estaba todo en el momento para su planteamiento: las dilatorias antes de la contestación de la demanda, dando lugar a una cuestión impeditiva para entrar al fondo (*litis ingressum impeditiva*); las perentorias en la propia contestación, e incluso más allá (por lo general, sin preclusiones), a tratarse junto con el fondo (en rigor, eran parte del fondo).

Ahora, en dicho Código era «clara» —si es que en materia de excepciones se puede hablar de «claridad»⁶— la contraposición entre excepciones «dilatorias» y las «perentorias», en cuanto las primeras tenían por objeto sólo «suspender o dilatar el curso del litigio» mientras en las que las segundas lo era «extinguir el juicio o acción» (temporal o definitivamente)⁷. Lo cierto es que solo el

⁵ Sobre las excepciones en el Código de 1852, ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho procesal civil. Teoría del proceso ordinario*. Cit., p. 47.

⁶ No por nada a fines del Siglo XIX, SCHWALBACH observó que «la historia de la teoría de la excepción muestra una serie ininterrumpida de malentendidos» (Cit. por COLESANTI, Vittorio. «Eccezione (dir. proc. civ.)». En: *Enciclopedia del diritto*, XIV. Milano: Giuffrè, 1965, p. 174).

⁷ La distinción entre excepciones dilatorias y perentorias ha desaparecido en los derechos (realmente) modernos. En realidad la presencia de las excepciones «dilatorias» era una

planteamiento de las declinatorias, como ya dicho, precluía, mientras que todas las demás no estaban sujetas a preclusión alguna.

El Código de 1912 simplificó el tratamiento de las excepciones haciendo mención sólo a las *dilatorias*, las que quedaron reducidas a la alegación de la incompetencia, pleito pendiente, falta de personería, inoficiosidad de la demanda, naturaleza de juicio, transacción y cosa juzgada⁸.

Lo que parecía claro en el texto original del CPC de 1912 es que la referencia al carácter «dilatorio» de las mismas, era meramente procesal (o mejor procedimental): una vez propuestas, se suspendía el proceso, y el demandado no tenía que contestar la demanda (en ese sentido, «dilataban» el momento para contestar la demanda).

de las notas características del proceso común medieval y sobre las cuales la doctrina elaboró complicadísimas distinciones y clasificaciones. Tal como lo señala COLESANTI en el proceso común «las excepciones procesales debían ser propuestas por el demandado antes de la *litis contestatio*, mientras que las excepciones sustanciales tenían, en cambio, como presupuesto una contestación de la litis en cuanto al fondo ya ocurrida. Y dicha distinción se armonizaba bien con la misma estructura del proceso común, empernado (como es conocido) justamente sobre la necesidad de una formal contestación de la litis, relevante también para otros efectos (...). no parece difícil encontrar en las excepciones procesales lo que en realidad ellas terminaban representando: el medio permitido al demandado para eximirse de una formal contestación de la litis, sin incurrir por ello sólo en las consecuencias desfavorables ya conexas a la falta de presentación en juicio»: «Eccezione». Cit., p. 176-177. La distinción entre excepciones dilatorias y perentorias se conserva aún en el derecho canónico.

⁸ Como se expresa en la Exposición de Motivos del Comité de Reforma Procesal, el art. 312 «sólo reconoce expresamente la existencia de siete excepciones dilatorias», aquellas que «ha sido imposible prescindir, atendiendo á la necesidad de evitar que se actúe un proceso nulo», agregando que «Este capítulo omite las otras excepciones dilatorias que consigna el Código de Enjuiciamientos (...). Trata de impedir así que se postergue con excepciones dilatorias la discusión del punto principal planteado en la demanda, acabando para siempre con el pernicioso sistema que hoy existe» (cfr. en CALLE, Juan José. *Código de Procedimientos Civiles*. Cit. p. 160 y ss.). Ergo, el CPC de 1912 optó por la taxatividad de las «excepciones dilatorias» para hacer frente a los «ardides» de los demandados que aprovechando la apertura del Código de 1852 hacían valer las más disparatadas cuestiones como excepciones dilatorias. Esa también ha sido la línea del CPC de 1993, que además (y a diferencia del CPC de 1912), sometió sus taxativas excepciones a rígidas preclusiones.

Este sistema se mantuvo hasta 1977 en que sobrevino la primera «gran revolución» en el tratamiento procesal de las «excepciones»: en efecto, mediante D.L. 21773 (que incluyó a la prescripción en la lista de sus «excepciones» del art. 312), las «excepciones» perdieron el calificativo de «dilatorias» (que quedó sólo en el epígrafe) y se le dio a todas las excepciones un tratamiento incidental autónomo: se podían interponer en escrito aparte, dentro de los cinco días de notificada la demanda, sustanciándose como los incidentes, sin interrumpir la tramitación del principal. *Ergo*, las tradicionales «dilatorias» dejaron, desde 1977, de ser «dilatorias», pues su interposición no «interrumpía» ya el «principal» (o sea que debía de todas maneras contestarse la demanda). Todo ello en aras de la celeridad procesal a fin de evitar el uso «dilatorio» de las «dilatorias».

Sin embargo, igualmente, se estableció que una vez vencido el plazo de cinco días podían ser propuestas dentro del principal, sin dar lugar a incidente y debían resolverse en la sentencia (así el art. 318, redacción D.L. 21773).

61

Ello significaba que si no se planteaban separadamente (dentro del plazo de cinco días de notificada la demanda) no había *preclusión* alguna: lo único que no se lograba era un pronunciamiento previo a la sentencia sobre las excepciones planteadas, por lo cual el demandado tenía que padecer todo el proceso para esperar la respuesta.

Además hay que tener en cuenta que conforme al art. 1103 del viejo Código (que quedó invariado) en segunda instancia podían «las partes deducir excepciones no alegadas en primera instancia». *Ergo*, absolutamente ninguna preclusión ni en primera ni en segunda instancia. De lo que se tenía duda era de la posibilidad de su planteamiento ante la Corte Suprema.

Le siguió el D. Leg. 127 de 1981 que confirmó la tramitación «autónoma» (no «interruptiva» del principal) y agregó que «en ningún caso se podrá deducir excepciones ante la Corte Suprema» (art. 318, nuevo texto).

El D. Leg. 127 le dedicó unas palabras particulares a la excepción de prescripción. Es así que en consonancia con el art. 1153 del Código Civil en ese momento vigente (el de 1936), los legisladores sintieron la necesidad de establecer que «la excepción de prescripción [podía] ser deducida en cualquier estado de la causa» (art. 318). Además se estableció que en el supuesto en que se hubiera planteado (incidentalmente) la excepción de prescripción el juez podía «reservar su resolución para la sentencia». Ese tratamiento diferenciado de excepción de prescripción ponía en evidencia que algo había en ella que la diferenciaba de las demás.

Poco después sobrevino el Código Civil de 1984 el que —si bien confirmando la no apreciación de oficio de la prescripción (art. 1992) — suprimió la regla contenida en el art. 1153 del código que derogaba, o sea el que la prescripción pudiera oponerse en «cualquier estado de la causa».

4. Sigue. *Las «excepciones» del CPC de 1993*

Y así llegamos al CPC de 1993 que, en apariencia (solo en apariencia) parecía seguir la línea inaugurada en 1977. Las notas características de su tratamiento son las siguientes:

- a) La lista de «excepciones», al igual que en el CPC de 1912 es taxativa (art. 446 CPC);
- b) Todas deben ser planteadas juntas (expresión «local» del principio de eventualidad) y dentro de los plazos establecidos en cada «vía procedimental» (art. 447 CPC);

- c) Su planteamiento no suspende «la tramitación del principal» (art. 447 CPC), formándose el «cuaderno de excepciones»;
- d) Todas se resuelven juntas «en un solo auto» (art. 450 CPC).
- e) Si no se alegan a tiempo «los hechos que configuran excepciones», «no podrán ser alegadas como causal de nulidad por el demandado que pudo proponerlas como excepciones» (art. 454 CPC).

En esto último está la verdadera diferencia entre el CPC de 1912 (tal como resultó tras la reforma de 1977): mientras que antes si las «excepciones» no se planteaban como artículo de previo y especial pronunciamiento, no se producía preclusión alguna para su deducción más adelante (a fin de que fueran resueltas en la sentencia) el CPC de 1993, zanjó sí una preclusión: o se plantean a tiempo o nunca más se podrán plantear. Lo cual si puede tener sentido para algunas «excepciones» (como lo tenía en el contexto del Código de 1852 para las declinatorias), es un auténtico absurdo en relación a otras.

63

En efecto, las preclusiones de la deducción de cuestiones procesales solo tiene sentido si de ellas se deduce una consecuencia jurídica para el proceso. Así, como lo indicamos arriba tiene sentido que se establezca que preclusivamente el demandado haga valer la incompetencia territorial, pues caso contrario se le considera sometido a la competencia de ese juez. No es así tratándose de la competencia objetiva (por materia, cuantía, territorio improrrogable), por cuanto el no planteamiento oportuno de la excepción de incompetencia no «sana» la (posible) incompetencia del juez, el cual, conforme lo dispone el art. 35 CPC podrá declarar su incompetencia «en cualquier estado del proceso», con la ulterior consecuencia de que sí así lo hace, se declarará, ni más ni menos, la «nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso» (art. 36 CPC).

Lo propio ocurre con todas las excepciones de la lista (repito cerrada) del art. 446 CPC: si el demandado no plantea las excepciones a tiempo, nada impide que el juez, de oficio, aprecie la existencia de esas circunstancias (que invalidan el proceso), de oficio. Hace excepción, la prescripción que no puede «fundar» los fallos del juez si es que no ha sido alegada (art. 1992 del Código Civil) y la existencia de un convenio arbitral, que tal cual la incompetencia territorial, requiere ser expresamente invocado por la parte, caso contrario la Ley de Arbitraje considera que se ha «renunciado» al arbitraje (art. 18 Ley de Arbitraje, D. Leg. 1071).

Ergo, surge la pregunta: ¿por qué le precluye a la parte deducir lo que el juez sí puede apreciar de oficio?

5. El poder (¿inagotable?) del juez de controlar de oficio la subsistencia de los presupuestos de validez del proceso

Para dar una respuesta, es bueno tener presente que los redactores del CPC de 1993, decidieron que en el nuevo ordenamiento procesal debía dársele al juez el «poder-deber» de controlar *in limine litis* (o sea, antes de que entre en escena el demandado) los «requisitos» de admisibilidad y procedencia de la demanda (o sea un control sobre la existencia de los llamados «presupuestos procesales»), y ello con la (loable) finalidad última de evitar que «tras un penoso y largo» proceso recién en la sentencia se terminara emitiendo una resolución de improcedencia de la demanda⁹, o sea, evitar la emisión de sentencias de *mera absolucón de la instancia*¹⁰. A la par, siempre con la misma finalidad, se le impuso al juez el *deber* de, antes de entrar a la «fase» de conciliación (hoy

⁹ Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan. «Postulación del proceso en el Código Procesal Civil». En: *La formación del proceso civil peruano*. Cit., p. 226.

¹⁰ Lo que, durante la vigencia del CPC de 1912, por perversa praxis, podía ocurrir tanto con la sentencia de primera instancia como con la sentencia de segunda, o, peor aún, recién en tercera, o sea con la sentencia de la Corte Suprema. O sea, igual que hoy.

suprimida, por el D. Leg. 1070) y/o de admisión y actuación probatoria, pronunciarse sobre la (llamada) «validez de la relación procesal» (entiéndase, de validez del «proceso») en una resolución a la que se le dio el nombre (lusobrasileño) de «auto de saneamiento» (art. 465 CPC).

Ergo, lo que el CPC de 1993 quiso es que el juez se pronunciara *expresamente*, primero, sobre la aptitud de la demanda para abrir el proceso y, luego, sobre la validez (hasta ese momento) del proceso, y todo ello a fin de que no saltaran recién en la sentencia, o sea al final del proceso. A estar a la intención, la consecuencia lógica de tales previsiones debería haber sido que una y otra resolución, de ser positivas (la demanda *es* admisible, la «relación procesal» *es* válida), fueran *vinculantes* para el juez, en sentido de que al momento del (llamado) saneamiento el juez ya no tuviera que analizar lo que ya había analizado al controlar la demanda, y al momento de la sentencia ya no tuviera que analizar lo que ya había analizado al momento de pronunciarse sobre la validez del proceso.

En otras palabras: las cuestiones sobre la validez o no de la demanda y del proceso todo, al momento de la sentencia, debían ya estar superadas y cerradas, vale decir, por decirlo con Chiovenda, «precluidas».

Sin embargo, al legislador, por un lado, se le escapó el «detalle» de que lo que el juez debía controlar *in limine litis*, podía (en su gran mayoría) ser opuesto por el demandado a través de las (llamadas) excepciones del art. 446 CPC, con la no rara posibilidad de que el juez se encontrara en el *impasse* de deber pronunciarse dos veces sobre lo mismo (p. ej., sobre la caducidad o sobre la legitimación del actor, etc.); y, por el otro, fue en extremo incoherente al establecer los efectos del «auto de saneamiento» puesto que si en el art. 466 CPC escribió que «consentida o ejecutoriada la resolución que declara la

existencia de una relación jurídica procesal válida, precluye toda petición referida, directa o indirectamente, a la validez de la relación citada», en el párrafo final del art. 121 CPC le permitió al juez que en la sentencia, «excepcionalmente», pudiera pronunciarse sobre «la validez de la relación procesal».

Además, en el art. 396 CPC (texto original), al regular los efectos de la estimación del recurso de casación por errores *in procedendo*, estableció que se podía declarar no solo la «insubsistencia» de la sentencia apelada y la nulidad de todo lo actuado, sino inclusive «la inadmisibilidad o improcedencia de la demanda» (inc. 2.5).

A estar a estas disposiciones, desde que el CPC de 1993 entró en vigencia, se interpretó que, pese al auto de saneamiento (el que declara la «existencia de una relación jurídico procesal válida»), el juez (el *a quo*, el *ad quem* o, incluso, el Supremo) podría, en la sentencia, volverse a «pronunciar» sobre la «validez de la relación procesal» o sea, en buena cuenta, podría *siempre* declarar improcedente la demanda.

Pero, seguir esta interpretación (que es ya *communis opinio* entre los operadores judiciales¹¹), en sustancia, implica considerar que los autos

¹¹ En la Cas. N° 423-95, de fecha 12 de agosto de 1996, ya se decía que «el Juez está facultado mediante la sentencia a revisar la construcción procesal del proceso conforme lo establece el último párrafo del [art. 121 CPC], en consecuencia no puede argumentarse que se han contravenido las normas que garantizan el derecho al debido proceso por el hecho de haberse declarado improcedente la demanda». En la Cas. N° 1534-03, del 15 de octubre del 2003, se llega (incluso) a decir que «la facultad de rechazar la demanda en nuestro ordenamiento procesal civil, no se limita al inicio del proceso, sino que incluso puede realizarse al momento de emitirse la decisión final, inhibiéndose el juzgador de emitir un pronunciamiento respecto del fondo de la controversia. Esta facultad es coherente con las nuevas tendencias de la Teoría General del Proceso que conciben al juez como director del mismo y no como mero espectador, mostrándose como una manifestación contralora de la actividad judicial, razón por la cual puede el juzgador examinar —en cualquier estado del proceso— que la demanda puesta en su consideración sea adecuada para obtener un

«admisorios» y «de saneamiento», por más que impliquen un juicio sobre la ausencia de todo impedimento para sustanciar el proceso y pronunciarse, en su momento, sobre el fondo, no serían *para nada vinculantes* para el juez que está conociendo del proceso, en cuanto lo allí decidido (la demanda «es» admisible; el proceso «es» válido) no excluiría su «re-enjuiciamiento» en la sentencia, siendo, en consecuencia, meramente «provisorios».

De ser esto así, resultaría burlada la propia *ratio* de los poderes contenidos en los arts. 426-427 y 465 CPC, por cuanto se estaría legitimando que, con toda tranquilidad, se pudiera seguir un proceso sobre unas bases tan poco firmes que, al final del mismo, en la sentencia, termine derrumbándose todo lo andado con una declaración de improcedencia, dejando, como consecuencia, la situación planteada en la demanda sin pronunciamiento de fondo, que es, nunca se olvide, lo que se trataba de evitar con esas disposiciones.

6. Los poderes del juez sí se consuman

Sin embargo, considerar que el «auto admisorio» y el «auto de saneamiento» sean «provisorios» (o sea no vinculantes) resulta tan aberrante, como lo sería si se considerara que la decisión (firme) desestimatoria de alguna excepción (procesal y no tanto) del art. 446 CPC fuera también «provisoria» en el sentido de que, *ex post*, en la sentencia, el juez pudiera volver a pronunciarse (en sentido contrario) sobre la cuestión planteada con la excepción. Cosa que, felizmente, nadie ha pensado.

Ahora bien, para llegar a la conclusión de la legitimidad, en todos los casos, de las sentencias meramente absolutorias de instancia, los operadores judiciales olvidaron (y olvidan) que si bien efectivamente el último párrafo del

pronunciamiento final». Definitivamente, aquello de «juez-director» sirve para justificarlo todo (hasta lo injustificable...).

art. 121 CPC permite la emisión de una sentencia que se pronuncia «sobre la validez de la relación procesal» (en lugar de una de fondo), lo permite solo «excepcionalmente», lo que (si no erramos en darle un sentido al demasiado claro significado del adverbio) implica que ello podría hacerse solo «por excepción», o sea «no siempre». *Ergo*, la tarea del intérprete consistía (y consiste) en ubicar la «excepción» que hiciera (y haga) legítima una sentencia meramente absolutoria y no ciertamente transformar lo que legalmente es una excepción en regla.

Y antes de (tratar) de ubicar los supuestos en los que «excepcionalmente» el juez, pese al auto admisorio y, sobre todo, al de saneamiento, podría dictar una sentencia de mera absolución de la instancia, hay que primeramente tomar en cuenta una norma que por lo general se olvida: la del art. 406 CPC, que es aquella que establece que «el juez no puede alterar las resoluciones después de notificadas».

68

La norma, ubicada dentro del título relativo a la aclaración y correcciones de resoluciones, está visiblemente enderezada a establecer los límites del poder de decisión de los jueces¹². En tal sentido, una vez emitida y notificada la resolución (cualquier resolución, vale decir, un decreto, un auto o una sentencia), el juez solo podría *aclararla*, pero sin «alterar el contenido sustancial de la decisión» (primer párrafo *in fine* del art. 406 CPC), *corregirla* en

¹² La disposición del art. 406 CPC es tan sensata porque es de antigua data. En efecto, ya se le encuentra en el art. 1624 del Código de 1852, que, en soledad, disponía: «El juez no puede alterar la sentencia después de publicada, ni los autos consentidos ó confirmados» y, más adelante (art. 1628) regulaba la *declaratoria* (equivalente a la aclaración, art. 1629), la *ampliación* (equivalente a la integración, art. 1630) y la *modificación*, para errores en el fallo relativos al exceso en la «cantidad o cosa pedida», al exceso en el modo o tiempo para cumplir lo resuelto o a la indebida condena al pago de frutos o costas (art. 1631). El CPC de 1912 repitió la fórmula, ampliándola en relación a los decretos, en el primer párrafo de su art. 1078 («El juez no puede alterar los decretos consentidos. Tampoco puede alterar los autos y sentencias después de notificados á cualquiera de las partes») y en el segundo estableció que el juez podía sí (a pedido de parte) corregir, aclarar o suplir alguna omisión en sus resoluciones.

«cualquier error material evidente» (primer párrafo del art. 407 CPC) o *completarla* (a pedido de parte) «respecto de puntos controvertidos pero no resueltos» (segundo párrafo del art. 407 CPC).

Ergo, fuera de la posibilidad de aclaración, corrección e integración de la resolución emitida (y notificada), el juez no puede «alterar» el contenido de *ninguna* resolución suya. Lo que significa que:

- a) la resolución es vinculante para él, siendo *inalterable ex officio*;
- b) la posibilidad de «alteración» (sustitución o eliminación) de la resolución solo podría lograrse a través de los recursos pertinentes (segundo párrafo del art. 356 CPC), o sea con la reposición en el caso de decretos (art. 362 CPC), con la apelación en el caso de autos y sentencias (art. 365 CPC), con el recurso de casación en el caso de los autos y sentencias indicados en el art. 385 CPC y de la queja en el caso de los autos indicados en el art. 401 CPC, es decir, solo por parte del juez competente para conocer del recurso (que solo en el caso de la reposición es el mismo juez autor de la resolución);
- c) de no plantearse el recurso respectivo, la resolución (repito, cualquier resolución), errada o correcta que sea, deviene firme y como tal *inalterable*.

Si esto es así, si los jueces (a diferencia de las autoridades administrativas que, como parte de su autotutela, sí gozan del poder de «enmendar» y «retirar» sus actos en cuanto «agravien el interés público»¹³) no pueden «alterar» *ninguna* de sus resoluciones, debería ser obvio, que el contenido de lo establecido en ellas sea *vinculante* tanto para las partes como para el juez, en el sentido de que, las primeras no podrían replantear la cuestión ya previamente decidida, a fin de

¹³ Art. 202 de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

obtener una nueva decisión¹⁴ y el segundo no podría, de su propia iniciativa, en una resolución ulterior, ir en contra de lo ya decidido.

Ahora, el cómo llamamos a esa *inalterabilidad* (del contenido) de las resoluciones poco importa, pues lo trascendente es que el art. 406 CPC fija el límite de los poderes de decisorios del juez al interior de un proceso.

Luego, a la luz de lo dispuesto en el art. 406 CPC, no creo que se pueda válidamente sostener, como tan tranquilamente se sostiene, que el juez pueda en la sentencia *siempre* pronunciarse «sobre la validez de la relación procesal», o sea, pueda, a esas alturas del proceso, declarar improcedente la demanda, porque un pronunciamiento así, inevitablemente, implica «alterar» tanto el «auto admisorio» como el «auto de saneamiento», en cuanto el uno y, sobre todo, el otro, implican un juicio sobre la inexistencia de impedimentos para sustanciar el proceso y para emitir, en su momento, una sentencia de fondo.

70

De allí que sería bueno tomar adecuada nota de que cuando el juez emite la resolución «de saneamiento» *ex inc.* 1° del art. 465 CPC, *agota su poder de pronunciarse (nuevamente) sobre lo mismo*, por lo que, una vez llegado «el momento» de la sentencia, no le queda, *como regla*, sino emitir un pronunciamiento de fondo, estimatorio o desestimatorio de la demanda.

¹⁴ El que las partes no puedan replantear ninguna cuestión ya previamente decidida (o precluida) está muy claro en el CPC. Así: *a)* el inc. 1° del art. 51 CPC establece que el juez puede «rechazar liminarmente el pedido que reitere otro propuesto por cualquier litigante y por la misma razón, o cuando a pesar de fundarse en razón distinta, éste pudo ser alegado al proponerse el anterior»; *b)* el inc. 3 del art. 175 CPC establece que «El pedido de nulidad será declarado inadmisibles o improcedentes (...) cuando: se trate de cuestión anteriormente resuelta»; *c)* el art. 454 CPC que establece que «Los hechos que configuran excepciones no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandado que pudo proponerlas como excepciones»; *d)* el (ya recordado) art. 466 CPC que establece que «Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la existencia de una relación jurídica procesal válida, precluye toda petición referida, directa o indirectamente, a la validez de la relación citada».

Sostener lo contrario es palmariamente contrario a lo dispuesto en el art. 406 CPC.

Pero si esta es la «regla», ¿cuál será la «excepción»? Vale decir, ¿cuáles serán los supuestos de excepción que hacen legítima una sentencia de absolución de instancia?

Si se tiene presente que el juez (de compartirse los alcances dados al art. 406 CPC), está impedido de pronunciarse, en sentido incompatible, dos (o más) veces sobre lo mismo, la respuesta debería sobrevenir sola: cuando no se haya previamente pronunciado, que es como decir que el supuesto para emitir la sentencia meramente absolutoria de instancia debe ser «nuevo», entendiéndose por «nuevo» no necesariamente un hecho sobrevenido a la emisión del auto de saneamiento *ex inc.* 1° del art. 465 CPC, sino también que lo sobrevenido sea su conocimiento.

71

¿Y cuándo podría verificarse ello? Si bien las hipótesis son más teóricas que reales, podría pensarse, p.e., en el conocimiento sobrevenido (del juez) de la existencia de una proceso idéntico ante otro (que haya prevenido) o del conocimiento posterior de la existencia de un proceso idéntico terminado con una sentencia firme, y situaciones similares, siempre que sean apreciables de oficio por el juez.

Si esto es así, en rigor, no estamos ante una «excepción» a la regla de que el juez no puede pronunciarse dos veces sobre lo mismo, por el simple motivo de que el juez se estaría pronunciando en base a una situación nueva frente a la que tuvo presente al momento de la emisión de la resolución *ex art.* 465 CPC.

Pero dentro del propio CPC sí existe un supuesto de auténtica excepción a nuestra regla, en el sentido de que el juez podría pronunciarse más de una vez

(en sentido disconforme) sobre lo mismo: la cuestión relativa a la competencia por materia y cuantía, que según el art. 35 CPC (en su versión original y en la «nueva» de la Ley N° 28544, que ha agregado el «turno», que no es criterio legal de distribución de competencia...) puede ser apreciada de oficio por el juez «en cualquier estado y grado del proceso».

Ergo, solo para el supuesto de la competencia por materia y cuantía el juez (el *a quo*, el *ad quem* o el supremo) *siempre* conservará su poder de pronunciarse sobre la (in)competencia. Lo cual, sea dicho entre paréntesis, nos parece realmente excesivo.

En suma, lo que definitivamente debe excluirse es que el juez, como regla, una vez que se haya dictado la resolución del art. 465 CPC (con el contenido del inc. 1°) pueda, sin que se haya producido una variación de las circunstancias, *ex post* (tal cual las partes *ex art.* 466 CPC) volver plantearse las mismas cuestiones que la ley le impone analizar al emitirla, por el simple motivo que con su emisión agotó su poder para ello.

7. Las ilusiones del CPC de 1993 y las lecciones de la realidad cotidiana

Con los poderes atribuidos (e impuestos) al juez por el CPC de controlar *in limine* la demanda, se pensó que el juez iba a «madrugar» (en el sentido de anticipar) al demandado en la apreciación de sus «defectos», obteniéndose así el benéfico efecto de que o simplemente nunca se activara el proceso (por la existencia de un defecto insubsanable) o que la demanda llegara a conocimiento del demandado ya depurada de aquellos «defectos» (apreciables de oficio) que de no haberse subsanado le hubieran permitido deducir las siempre molestas excepciones procesales.

Sin embargo, la realidad cotidiana nos ha demostrado con crudeza que con el «filtraje» inicial de la demanda, a la sazón realizado sin el «método procesal», ni hemos evitado que, a demanda «admitida», el demandado deduzca excepciones procesales ni mucho menos que el juez, al final, dicte una sentencia que no se pronuncia sobre el fondo. *Ergo*, no logramos lo que queríamos lograr y más bien hemos terminado, sin beneficio para nadie, embrollando el momento inicial del proceso.

De allí que nuestros esfuerzos deberían estar dirigidos a lograr una mejor organización de nuestros procesos declarativos y, por lo que atañe a nuestro tema, hallar el momento más idóneo para que el juez se pronuncie (con efectos vinculantes para ambas partes y, sobre todo, para el propio juez) sobre la existencia de los (llamados) «presupuestos procesales», teniendo, por cierto, muy presente que, como dice el sabio refrán, «no por mucho madrugar, amanece más temprano».

CAPÍTULO IV

LAS PRECLUSIONES DE ALEGACIÓN

SUMARIO: 1. La aparente semejanza entre el CPC de 1912 y el vigente en cuanto a las alegaciones de las partes.— 2. La alegación de hechos «nuevos» (y la preclusión de los «viejos»).— 3. El limitadísimo *jus variandi* y la paradoja de la posibilidad de acumulación de pretensiones «accesorias».— 4. La «carga» de cuestionamiento del hecho alegado *ex adverso* y la (solo presunta) «pacificidad» del hecho no contradicho.— 5. La enmascarada «*ficta confessio*» derivada de la rebeldía del demandado.— 6. Una preclusión «neutra» respecto de la reconvencción.— 7. El paradójico tratamiento de la intervención de terceros. La llamada en garantía.— 8. *Sigue*. Las intervenciones voluntarias.— 9. Las paradojas «publicísticas»: La Sentencia de Casación N° 4464-2010-Puno (Tercer Pleno Casatorio).

1. La aparente semejanza entre el CPC de 1912 y el vigente en cuanto a las alegaciones de las partes

Prima facie, el CPC de 1993, respecto al derogado CPC de 1912, no es que haya innovado mucho respecto a la estructura de la «fase» destinada a la determinación del objeto del proceso.

En efecto, el objeto del proceso (la *res in iudicium deducta*) se determina en base a las alegaciones que las partes formulen en dos actos (rigurosamente) escritos ya previstos en la normativa anterior: demanda (art. 424 CPC) y contestación de la demanda (art. 442 CPC). Siguiendo la «opción» del CPC de 1912, el CPC vigente no ha previsto ni la réplica ni la dúplica¹.

¹ El CPC de 1912 suprimió la «réplica» y la «dúplica» previstas en el Código de 1852. La mantuvo solo para los procesos de puro derecho. Pero es importante evidenciar la razón. Así se dice en la Exposición de Motivos: «Importantes modificación se ha operado, suprimiendo los trámites de réplica y dúplica, en los juicios ordinarios sobre hechos, *en los cuales puede hacerse libremente cualquiera rectificación en el curso del juicio y sobre todo en el alegato de buena prueba*. La experiencia demuestra, por otra parte, que esos trámites, casi siempre ociosos, porque se reducen á una simple reproducción de lo expuesto en la demanda y contestación, sólo pueden ser útiles en los juicios que tienen por objeto la resolución de puntos de doctrina, porque fuera de esos, no habría oportunidad de ampliar ó rectificar las razones ya

En tal sentido, todas las alegaciones de hecho deben ser formuladas por las partes en los momentos previstos por la ley: el demandante en su demanda y el demandado en la contestación. Si por ventura o distracción un hecho (principal o secundario que sea) que bien pudo ser alegado en «su» momento no lo fue, simplemente nunca más podrá introducirlo al proceso.

Más adelante, una vez emitido el (llamado) «auto de saneamiento», conforme al (nuevo) art. 468 CPC², «las partes dentro del tercero día de notificadas propondrán al Juez por escrito los puntos controvertidos». Vencido ese plazo con o sin «la propuesta de las partes», el Juez procederá a fijar los puntos controvertidos». Tal «fijación» no puede sino hacerse en base a lo expresado en la demanda y, en su caso, en la contestación.

Ergo, el Código impone a las partes una «carga» (*rectius*, un deber³) de *completitud* de sus alegaciones.

2. La alegación de hechos «nuevos» (y la preclusión de los «viejos»)

Ahora, si luego de estos momentos se produce un «hecho nuevo», podrá ser alegado por la parte interesada antes de «concluida la etapa de postulación del proceso» (momento preclusivo que se desprende del inc. 1 del art. 374 CPC).

aducidas cuando hubiese necesidad de hacerlo» (CALLE, Juan José. *Código de procedimientos civiles*. Cit., pp. 170-171, cursivas nuestras).

² Tal es «sistema» resultante de las modificaciones aportadas al CPC de 1993 por el D. Leg. 1070, publicado en *El Peruano*, el 28 junio 2008. Antes de tales modificaciones los «puntos controvertidos», venían «fijados», en el caso del (llamado) «proceso de conocimiento» en la «audiencia conciliatoria, o de fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio» (art. 471 CPC, hoy derogado: «el Juez, con lo expuesto por las partes, procederá a enumerar los puntos controvertidos y, en especial, los que van a ser materia de prueba»); en el caso del abreviado en la «audiencia saneamiento procesal y conciliación» (art.493 CPC). Solo en el proceso (llamado) sumarísimo el juez «fija» los «puntos controvertidos» en la «audiencia única» (art. 555 CPC, texto original y nuevo).

³ Sobre la razón de la precisión se dirá en las conclusiones.

Por «hecho nuevo», cabe precisar, debe entenderse no el que es «nuevo» para el proceso por no haber sido alegado por las partes oportunamente, sino el hecho *cronológicamente* nuevo, es decir, verificado con posterioridad al momento en el que demandante interpuso su demanda o que el demandado contestó. Siendo «blandos» podríamos considerar que el hecho «nuevo» también es el que es *conocido* por la parte con posterioridad al planteamiento de la demanda o la contestación.

Naturalmente, en CPC de 1993 es un tanto difícil establecer cuando queda concluida la «etapa de postulación del proceso», por cuanto lo que el Código parece entender por «postulación» va no solo desde la demanda (art. 424 CPC) hasta la fijación de puntos controvertidos (art. 468 CPC) sino que además comprende la llamada «conclusión anticipada del proceso» (art. 474 CPC). Una razonable interpretación de lo que debe entender por «conclusión de la etapa de postulación» es que ésta sea el de la «fijación de los puntos controvertidos» (art. 468 CPC), ya mencionada en el apartado anterior, y ello porque el *thema disputandum* queda allí en definitiva fijado y se pasa luego a la admisión de las pruebas.

76

Ergo, los «hechos nuevos» podrán ser alegados por la parte interesada hasta antes de que el juez fije «los puntos controvertidos», por lo que una alegación *ex post* estará precluida, al menos en la primera instancia del proceso.

En tal sentido, si el hecho es sobrevenido al momento de la «fijación de puntos controvertidos», de darse el supuesto, podrá ser alegado por la parte interesado en introducir el hecho al plantear apelación de la sentencia o al absolver los agravios (inc. 1° del art. 374 CPC).

Si el «hecho nuevo», se verifica después de esos momentos o estando inclusive el proceso en casación, está *absolutamente precluida su mera introducción al proceso*.

Lo dicho vale solo en relación al proceso (llamado) de conocimiento y abreviado, por cuanto, en el sumarísimo conforme a lo establecido en el art. 559 CPC está expresamente prohibido introducir hechos nuevos (incluso en apelación). Un absurdo, pero así es, pese a que el llamado «proceso sumarísimo» no viene concebido como un proceso de cognición sumaria, sino un proceso «plenario» (es decir, su sentencia, al devenir firme, produce la autoridad de la cosa juzgada *ex art. 123 CPC*)⁴.

No está de más decir que el problema que plantea el sistema de barreras preclusivas a las alegaciones de hecho, no está tanto en la introducción de hechos «nuevos», sino en aquellos hechos «viejos» que, por cualquier razón, no fueron alegados ni en la demanda ni en la contestación, que es el real problema.

Con todo, resulta evidente que el CPC ha querido que los hechos no vengan introducidos al proceso «a cuenta gotas»: los quiere todos de un solo golpe, «bajo sanción de preclusión». En ello se ve claramente la concepción moralizante que el CPC tiene de las preclusiones. Es decir, el legislador quería que las partes «echaran sus cartas» desde sus primeros (y únicos) actos de alegación. Tras lo cual cualquier hecho omitido por la parte (repetimos, por cualquier razón que no sea su desconocimiento), por más relevante que sea no puede ser introducido al proceso.

⁴ Sobre lo que debe entenderse por «sumariedad»: GUTIERREZ BERLINCHES, Alvaro. «Algunas reflexiones sobre el concepto de sumariedad». En: *Revista de derecho procesal*, N° 1-3, 2003, pp. 289-342.

3. *El limitadísimo jus variandi y la paradoja de la posibilidad de acumulación de pretensiones «accesorias»*

Ahora bien, el CPC, en su art. 428 CPC, permite al actor «modificar» su demanda. Pero lo puede hacer hasta antes de que ella sea notificada al demandado. Modificar la demanda es cambiar los elementos identificadores de la pretensión, es decir, el demandado, el petitorio o la causa de pedir.

Con ello, parece que el CPC de 1993 hubiera seguido al de 1912, simplemente adelantando el momento: de la contestación de la demanda prevista en el art. 611 del viejo CPC, al momento de la notificación previsto en el art. 428 CPC de 1993.

Sin embargo, esta es una mera apariencia pues el viejo Código (que en ello seguía la tradición del derecho común), en su art. 311, lo que impedía tras la contestación de la demanda era su cambio (la *mutatio libelli*), es decir, el cambio total de la «acción» ejercitada, más no impedía la simple variación «en lo accidental o accesorio» (es decir, permitía siempre una *enmendatio libelli*)⁵.

Y he aquí una paradoja, que es el producto de esas inconsistencias técnicas que abundan en el CPC de 1993: el CPC de 1912 permitía una variación de la demanda tal como planteada inicialmente solo «en lo accidental o accesorio». El CPC no permite variación de la demanda tras la notificación al demandado, pero sí permite que se «acumulen» pretensiones accesorias hasta

⁵ Los confines entre la *mutatio* (prohibida) y la *enmendatio libelli* (admitida) siempre han sido objeto de viva discusión. Sobre ello, vale todavía la monografía de GIANNOZZI, Giancarlo. *La modificazione della domanda nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1958. Para el derecho español, con referencias comparatísticas PICO I JUNOY, Joan. *La modificación de la demanda en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. Específicamente respecto al derecho alemán, aparte de la apenas citada obra de Pico i Junoy, cfr. FONS RODRÍGUEZ, Carolina. «La modificación de la demanda (*Klageänderung*) en el derecho alemán». En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, N° 34, 2005, pp. 179-201.

antes que se fijen los «puntos controvertidos» (art. 87 CPC), es decir, permite *ampliar* el objeto del proceso con pretensiones derivadas de la planteada en la demanda, pero no permite siquiera que la demanda inicial sea «ajustada» (por ejemplo, cambiando el título de responsabilidad: de contractual a extracontractual, y viceversa). Evidentemente el legislador peruano confundió aquello de «accidental o accesorio» del CPC de 1912⁶ con las «pretensiones accesorias», que es discurso del todo distinto.

Con todo, lo cierto es que el legislador, en línea de principio, quiere que la demanda, tal como fue planteada, no cambie ni en una coma.

4. La «carga» de cuestionamiento del hecho alegado ex adverso y la (solo presunta) «pacificidad» del hecho no contradicho

El inc. 2 del art. 442 CPC contiene una de las disposiciones que marcan un viraje fundamental del Código frente al tratamiento de los hechos alegados *ex adverso* tal como contenida en el CPC de 1912.

En efecto, para el CPC de 1912 (conforme a la tradición española) para que los hechos alegados por el demandante se consideraran «pacíficos» (y como tales exentos de prueba) se requería que «expresamente» el demandado hubiera «convenido en ellos» (art. 336 CPC⁷).

⁶ Como lo reconstruye GANDASEGUI APARICIO, María José. *Los pleitos civiles en Castilla. 1700-1835*. Cit., p. 41-43, citando a Tapia, en los procesos civiles castellanos «una vez contestado el pleito, no puede el actor sin consentimiento del demandado apartarse de él añadir o enmendar la demanda en cosa sustancial, de tal modo que cambie la acción a otra distinta, pues para ello se necesita una nueva demanda (...). En este plano del acto procesal de iniciación, vuelve a emerger el problema de la supresión de formalidades, y la distinción entre partes esenciales (inmodificables) y no esenciales (modificables) de la demanda y el enfrentamiento de los autores para fijar las no esenciales en las formalidades del Derecho Romano, o también en el Derecho Real».

⁷ Señala la Exposición de Motivos del CPC de 1912 que: «Es obvio que solamente los hechos son materia de prueba, no el derecho, y que la prueba es innecesaria si las partes se hallan conformes en los hechos. Esta conformidad no se presume, es necesario que la parte á

En cambio, conforme lo dispone el inc. 2 del art. 442 CPC de 1993, el demandado, al contestar la demanda, debe «pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda», agregando que «el silencio, la respuesta evasiva o la negativa genérica pueden ser apreciados por el Juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados»⁸.

Es decir, mientras que para el CPC de 1912 un demandante podía saber a ciencia cierta cuáles eran los extremos de su *onus probandi* (todos los hechos por él alegados que no hubieran sido *expresamente* convenidos por el demandado), con el CPC de 1993 se pasa a un sistema en el que el demandado tiene la «carga» (*rectius*, el deber) de cuestionar *expresamente* los hechos, caso contrario el juez «puede» tenerlos *fictamente* por admitidos⁹.

Ello trae una serie de consecuencias, pues, por un lado, el demandado viene gravado con una «carga» de cuestionamiento *expreso* de los hechos y, por el otro, la parte demandante no sabe a ciencia cierta si ha sido o no relevada de la carga de la prueba, pues ello queda en la discrecionalidad del juez que «puede» (no debe) extraer de la conducta omisiva (o elusiva) del demandado la consecuencia de considerar «admitido» el hecho.

quien perjudican los hechos aducidos, convenga expresamente en ellos» (Cfr. en CALLE, Juan José. *Código de Procedimientos Civiles*. Cit., p. 172).

⁸ La disposición, más que probablemente fue tomada del art. 356 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentino, que señala en su inc. 1 que el demandado, en la contestación, «deberá» «reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda (...). Su silencio, sus respuestas evasivas, o la negativa meramente general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran».

⁹ En los últimos años, el tema de si el demandado tiene o no una carga de cuestionamiento («onere di contestazione»), ha dado lugar a una vivísima polémica en el derecho italiano. Sobre las diversas posiciones: CEA, Costanzo. «La tecnica della non contestazione nel processo civile». En: *Il giusto processo civile*, 2006/2, pp. 173-221, así como REALI, Giovanna. «La non contestazione nel giusto processo civile», en la misma revista, pp. 227-253.

Con todo, la disposición del art. 442 CPC muestra toda la severidad de ese Código para con las partes: o el demandado aprovecha esa única oportunidad que tiene para cuestionar expresamente los hechos alegados por el demandante o ya no tendrá nunca más la oportunidad de hacerlo. Luego será el juez quien extraerá (en la sentencia) las consecuencias del comportamiento del demandado (si quiere...).

Es evidente que con esta «carga» puesta sobre las espaldas del demandado se está privilegiando la simplificación procesal, sacrificando no solo el derecho de defensa (que la Constitución asegura «a todos», sea cual fuere el estado del proceso), sino también la *certeza* que es la base de la garantía constitucional del debido proceso.

5. La enmascarada «ficta confessio» derivada de la rebeldía del demandado

Pero sin duda, la severidad hacia con las partes encuentra su máxima expresión en el tratamiento dado a la rebeldía del demandado por el art. 461 CPC de 1993¹⁰.

Para entender el viraje producido en materia por el Código de 1993, hay que recordar que conforme al CPC anterior, si el demandado no contestaba la demanda, se daba por absuelto el trámite, y solo a los efectos de pasar a la

¹⁰ En efecto, según GIANNOZZI, Giancarlo. *La contumacia nel processo civile*. Cit., pp. 35-36, todos los institutos procesales que son consecuencias de la inactividad de las partes (como la perención, la contumacia, la caducidad, la extinción) «postulan necesariamente el contraste entre poderes de las partes y poderes del juez. Allí donde estos últimos prevalecen tendremos un proceso de tipo inquisitorio en el cual la inactividad de las partes será tratada con rígida sanción; allí donde sean los primeros en prevalecer, la inactividad de las partes será anchamente tolerada en el proceso y sus efectos no podrán precisamente encuadrarse en el concepto de sanción. La inactividad —nacida como reacción a la imposición de una actividad— asume en la historia de los institutos procesales proporciones y contornos, actitudes y consecuencias, que están en relación directa con el impulso de *actividad* desatado por la mayor o menor potestad del juez, del más o menos marcado carácter autoritario, asumido en una época determinada por un determinado ordenamiento procesal».

siguiente etapa (la probatoria), se tenía por contestada la demanda en «rebeldía», sin ello provocara efecto alguno sobre las situaciones sustanciales de las partes.

Ello significa que el CPC de 1912, siguiendo la tradición hispánica, hacía equivaler la rebeldía del demandado *a la negación (implícita) de la demanda*, con el consecuente mantenimiento de la carga probatoria del demandante respecto de sus afirmaciones de hecho.

En tal sentido, la declaración de rebeldía servía simplemente para *seguir adelante* con el *juicio* (fuera éste el ordinario o el de menor cuantía)¹¹.

Este tratamiento tan «tolerante» para con el demandado «rebelde» cambia por completo con el CPC de 1993.

In primis, porque como consecuencia del rígido sistema de «plazos perentorios/preclusiones», si el demandado no contesta la demanda en el plazo establecido, será inevitablemente declarado «rebelde», lo que le trae la pérdida inexorable de:

- a) pronunciarse sobre los hechos alegados por el demandante, que quedarán ya (fictamente) como «no controvertidos»;
- b) agregar sus propios hechos impeditivos, modificativos, extintivos (las llamadas «excepciones sustanciales»);
- c) ofrecer sus pruebas.

¹¹ En el único proceso en el que la «no comparecencia» del demandado sí producía un efecto favorable para el demandante era en el juicio de desahucio (que se seguía bajo las reglas del juicio de menor cuantía), pues si el demandado no asistía al comparendo (según los casos, en la segunda o en la primera citación), el juez debía «*dictar sentencia dentro de tres días, según el mérito de los hechos expuestos por el demandante, los que se tendrán por verdaderos*» (art. 957 CPC 1912)

A esto, que ya es de por sí en extremo gravoso para el demandado (y que nos coloca ya en las antípodas del CPC de 1912), se agrega que el art. 461 CPC haya establecido (tomándolo de los art. 319 del CPC del Brasil de 1973¹²) que el efecto «general» de la declaración de rebeldía provoque «*presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda*», es decir, haya consagrado, a nivel general, una *ficta confessio* («edulcorada» en cuanto enmascarada bajo una mera «presunción relativa»).

Ergo, lo que en CPC de 1912 era una *excepción* aplicable solo al juicio de desahucio, se volvió la *regla* en el CPC de 1993.

Con ello, el CPC de 1993 abandonó la tradición española¹³ y se afilió a aquellos ordenamientos (como el alemán austriaco, portugués y brasilero) de signo opuesto: la no contestación equivale a admisión de los hechos (*ficta confessio*). Naturalmente, el legislador peruano no tuvo en cuenta que aquellos otros ordenamientos pese a ser muy «publicísticos» no solo no tienen un régimen preclusivo tan severo como el que se instaló en 1993 sino que, además, contemplan los correspondientes remedios a favor del rebelde.

Ahora, el CPC de 1993, como ya dicho, «edulcoró» la *confesión ficta* bajo la máscara de la «presunción legal relativa». Pero una presunción relativa es la que admite «prueba en contrario», por lo que surge la pregunta: ¿de dónde va a emanar la «prueba en contrario» si el demandado ya perdió la oportunidad para ofrecerla?; ¿es razonable pensar que la «prueba en contrario» se encuentre entre las —meramente— ofrecidas por el actor en su demanda? Puede ser, pero es un tanto improbable que el actor ofrezca pruebas que le perjudican.

¹² Señala el art. 319 del CPC brasilero: «*Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor*».

¹³ Mantenido en la LEC 2000, cuyo art. 496.2 expresamente señala que «*la declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda*».

Quizá lo que el legislador peruano no tenía consciencia es que la «técnica» de la «*rebeldía/ficta confessio*» es propia de aquellos sistemas procesales que ven el proceso un simple medio para resolver las controversias «como sea», también en base a ficciones (son las paradojas de los sistemas «publicísticos»...). Ello queda evidenciado con los efectos procesales que le siguen a la declaración de rebeldía: «Declarada la rebeldía —señala el art. 460 CPC— el juez se pronunciará sobre el saneamiento del proceso. Si lo declara saneado, procederá a expedir sentencia»¹⁴.

Es así que en estos casos *el procedimiento se simplifica notablemente*: tras la declaración de la «existencia de una relación jurídica procesal válida» (art. 465 CPC) el juez no deberá ya «fijar puntos controvertidos» (pues fictamente se considera que no lo hay), ni proceder a admitir las pruebas (pues no hay afirmaciones de hecho que necesiten ser confirmadas), solo deberá comunicar a las partes (incluso a la «rebelde») que está listo para expedir sentencia (inc. 2 del art. 473 CPC), y luego expedirla.

En términos de la «publicística» rapidez sin duda esta simplificación podría justificarse. Pero no nos parece que lo sea en términos de justicia sustancial.

¹⁴ En verdad, el art. 460 CPC de 1993 nació con una redacción algo distinta, pues establecía: «La declaración de rebeldía no altera el curso del proceso y la sentencia acogerá el mérito de lo actuado con sujeción a lo dispuesto en el artículo 461». Es con el D. Ley 25940, del 10 de diciembre de 1992 que se le da al art. 460 el tenor textual que está vigente. Hay que evidenciar que una cosa es establecer que si el demandado no contesta la demanda, se «presumen verdaderos los hechos» y, como consecuencia, de inmediato debe dictarse sentencia y otra muy distinta que esa presunción recién opere al momento de sentenciar, tras haberse seguido todo el «curso del proceso», pues en este último caso, la «presunción» entrará en escena si es que de las pruebas admitidas y (de ser el caso) actuadas no resultan probados los hechos alegados por el actor, en cuyo caso la presunción de «verdad» sirve para relevar de la carga de la prueba al demandante (es decir, para ser más claros, de liberarlo de las consecuencias negativas que se derivarían de la «no prueba» de sus hechos).

Ahora, hay que tener presente que el inc. 4 del art. 461 CPC le ha conferido al juez el poder de no tener por ciertos los hechos en cuanto «no le producen convicción». Para ello se prescribe que el juez tiene que expresamente «declararlo» (debería ser al declarar la rebeldía) y dar sus razones para ello.

La ley no le da pauta alguna al juez a los efectos no hacer efectiva la *facta confessio*¹⁵, por lo que queda en su total discrecionalidad. Ello implica que, incluso en aquellos casos en los están en juego derechos disponibles, el juez discrecionalmente puede decidir entrar a la prueba de los hechos constitutivos del derecho del actor¹⁶.

Empero, hay que notar que el demandado rebelde ya no tiene ningún derecho de aportar elementos fácticos y probatorios a su favor, por lo que su «suerte» queda librada a la «buena voluntad» (o como diría la *Relazione al re* en la «sabia discreción») del juez.

¹⁵ El motivo para no aplicar la regla general del art. 461 CPC debería ser el indicado en el inc. 7 del art. 332 del Código respecto del allanamiento: «Presume la existencia de fraude o dolo procesal».

¹⁶ De este «poder» los jueces han hecho (y hacen) extenso uso (por lo general, sin siquiera motivar), mostrando así su renuencia a aplicar la regla plasmada en el art. 461 del CPC de 1993. Lo curioso es la justificación que suelen dar: «...si bien por imperio del artículo cuatrocientos sesentiuono del Código Procesal Civil la declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda; tal presunción no es absoluta, (*iure et iure*) sino la rebeldía del demandado per se, no puede servir de sustento para amparar sin más trámite la demanda; por el contrario, precisamente por tratarse de una presunción relativa, para que ésta cause convicción en el Juzgador acerca de la verdad de los hechos expuestos en la demanda, *necesariamente lo expuesto deberá estar corroborado con otros medios de prueba*, de tal modo que el Juez tenga convicción acerca de los hechos que son materia de la demanda; pues de lo contrario resultaría extremadamente grave para el emplazado y hasta constituiría un atentado al debido proceso, imponer semejante sanción por el simple hecho de que el demandado, en ejercicio de su derecho, haya resuelto no contestar la demanda» (así la Cas. N° 570-2006 LIMA, del 15 de noviembre de 2006). Como es fácil ver en esta sentencia (por cierto emitida en un proceso de divorcio por separación de hecho, en el que el fundamento para no tener por ciertos podía encontrarse en la indisponibilidad del vínculo matrimonial) se trasluce la no aceptación de la consecuencia general del art. 461 CPC, bajo una errónea concepción de la presunción legal relativa (que resultaría aquella que requiere ser “corroborada” con pruebas, y no al revés, es decir, desvirtuada por pruebas en contrario).

6. Una preclusión «neutra» respecto de la reconvencción

También respecto de ese acto de demandado que es la reconvencción el CPC ha zanjado una preclusión. Es así que el art. 445 CPC establece que «La reconvencción se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda, en la forma y con los requisitos previstos para ésta, en lo que corresponda».

Ello significa que o se reconviene al contestar la demanda o ya no se podrá reconvenir (en ese proceso) nunca más. La existencia de un momento preclusivo se entiende: no se quiere que el proceso se complique en demasía. A fin de cuentas la reconvencción agrega al inicial objeto del proceso otro más, por lo cual el proceso se duplica, también en su estructura. *Ergo*, para evitar esta «complicación» y en aras de la «publicística» simplificación de la estructura del procedimiento, se zanja una barrera preclusiva.

Pero esta preclusión, a diferencia de las que se han estado viendo es «neutra» respecto a los derechos sustanciales que podría tener el demandado frente al demandante, por cuanto ésta funciona solo «internamente» al proceso en cuestión, más no impide que el demandado plantee lo que podría haber reconvenido en una demanda «autónoma».

86

En tal sentido, el reconvenir oportunamente es una auténtica «carga procesal», pues si el demandado no aprovecha la oportunidad legal, lo único que pierde es la ocasión de que en ese mismo proceso se sustancie y resuelva la/s pretensión/nes que tuviera contra el demandante¹⁷.

¹⁷ La paradoja, en términos de simplificación, es que una vez planteada esa demanda (respecto de lo que se pudo reconvenir), es posible que *ex art.* 90 CPC se pueda pedir la acumulación de procesos. Y eso mismo vale en aquellos casos en los cuales la propia ley prohíbe la reconvencción (art. 490 CPC y 559 CPC). Lo cual, sea dicho, revela cuán insensato es establecer preclusiones e impedimentos que luego se pueden fácilmente superar.

7. *El paradójico tratamiento de la intervención de terceros. La llamada en garantía*

Así como existe una preclusión para la promoción de la reconvencción, parecería que también debiera haberla para esa *pretensión de garantía* que pueden plantear las partes contra un tercero regulada en el art. 104 del CPC bajo el extraño nombre de «aseguramiento de pretensión futura».

Tal disposición señala que señala: «La parte que considera tener derecho para exigir de un tercero una indemnización por el daño o perjuicio que pudiera causarle el resultado de un proceso, o derecho de repetir contra dicho tercero lo que debiera pagar en ejecución de sentencia, puede solicitar el emplazamiento del tercero con el objeto de que en el mismo proceso se resuelva además la pretensión que tuviera contra él»¹⁸.

Pero la ley no establece hasta cuál momento puede ser planteada la pretensión de garantía, es decir, si existe un momento preclusivo o no. Quien sí lo establece es el Código Civil, al regular la cita de evicción (art. 1498 CC) la cual debe ser pedida por el demandado al contestar la demanda, caso contrario se pierde el derecho al saneamiento (art. 1500 CC). Con lo cual el «severo», en este caso resulta ser el Código Civil y no el Código Procesal Civil.

¹⁸ Casos típicos de «llamada en garantía» son: a) aquella en el que el demandado lo ha sido en reivindicación respecto de un bien que ha adquirido de otro (el tercero «garante» de la estabilidad de la adquisición) y frente a al riesgo de evicción (o sea de la pérdida el bien) plantea contra el tercero enajenante una pretensión —*en sentido lato*— «indemnizatoria» (que el CC denomina «saneamiento por evicción» 1491 y ss.); b) aquella del fiador que se ve demandado en vez del deudor principal. En tales casos lo que hace plantear contra el deudor principal la correspondiente pretensión «indemnizatoria» (con todos los conceptos indicados en el art. 1890 CC); c) aquella de un co-deudor solidario que plantea contra su co-deudor (o co-deudores), no demandado por el actor, la correspondiente pretensión de repetición.

Con todo, resulta una paradoja que siendo el CPC tan severo para con las partes, no haya establecido un momento preclusivo para que la parte pida el llamamiento de su garante¹⁹.

8. Sigue. *Las intervenciones «voluntarias»*

El CPC que es tan severo para con las partes muestra, sin embargo, una extraña «laxitud» hacia los «terceros».

Baste pensar que tratándose de la intervención principal (art. 99 CPC), es decir, aquella en la que un tercero se inserta en el proceso *inter alios* pretendiendo «ser declarado titular del derecho discutido», puede ser planteada, ni más ni menos, hasta «antes de la expedición de sentencia en primera instancia» (!). Es decir, mientras que la reconvencción del demandado solo puede ser planteada en la contestación de la demanda, el tercero ajeno puede insertarse en el proceso *inter alios*, hasta antes de que se sentencie en primera instancia, con la consecuencia que si ello ocurre, tal cual como cuando el demandado reconviene, tendrá que darse la oportunidad a las partes (a ambas) de contestar la demanda de intervención principal (en los plazos que correspondan según el procedimiento que se está siguiendo) y seguirse el proceso tal cual como se hace cuando hay una reconvencción. Una paradoja.

Lo propio ocurre con las otras intervenciones «voluntarias» de terceros: la «coadyuvante» (art. 97 CPC) y la «litisconsorcial» (art. 98 CPC), las cuales pueden ocurrir incluso «durante el trámite de la segunda instancia». Ahora, si bien el art. 101 CPC señala que «los intervinientes se incorporan al proceso en el estado en que éste se halle al momento de su intervención», es indudable, al menos en el caso de la intervención litisconsorcial que el interviniente está

¹⁹ La explicación es una sola: el CPC más que probablemente tomó esta parte del Código colombiano, que es un cuerpo normativo bastante más elástico que el nuestro.

planteado una nueva pretensión contra una de las partes (se piense en la intervención de un co-acreedor solidario), por lo que resulta inevitable dar la oportunidad a las partes de decir la suya y, de ser el caso, de aportar pruebas, que quizá tengan que actuarse.

Este tratamiento «privilegiado» reservado a los terceros resulta de lo más paradójico para un proceso construido bajo el signo de las preclusiones para las partes²⁰.

9. Las paradojas «publicísticas»: La Sentencia de Casación N° 4664-2010-Puno (Tercer Pleno Casatorio)

Un sistema preclusivo de alegaciones como el diseñado por el CPC de 1993 no es precisamente el más idóneo para el logro de la efectiva tutela de las situaciones sustanciales.

A esta misma conclusión parecen haber llegado los miembros de las dos Salas Civiles de nuestra Corte Suprema de Justicia, que reunidas en el así llamado «pleno casatorio» *ex* (nuevo) art. 400 CPC²¹, «declararon», en la Sentencia de Casación N° 4464-2010-Puno, del 18 de marzo de 2011, como «precedente judicial vinculante» (?), ni más ni menos:

«En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia,

²⁰ La explicación es siempre la misma: el haber tomado disposiciones que pertenecen a ordenamientos mucho más «laxos» para con las partes (y, como consecuencia, también con los terceros que pretendan intervenir en un proceso).

²¹ «La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. //La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente» (texto conforme a la Ley N° 29364, publicada en *El Peruano* el 28 mayo 2009).

formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial al niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho».

¿Y qué en concreto significa aquello? Pues para el específico supuesto de las demandas de divorcio por causal de separación de hecho, el que la indemnización *ex art. 345-A* del Código Civil a favor del cónyuge «más perjudicado» pueda:

«formularse (...) en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesoria o en la reconvenición, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado. El pedido es procedente después de los actos postulatorios».

90

Es decir, para estos supuestos, según la Sentencia, hay que derrumbar todas las barreras preclusivas. La pregunta obvia sería: ¿por qué solo en los procesos de familia? ¿No será más bien que el proceso declarativo del CPC de 1993 no es idóneo para sustanciar ninguna pretensión?

CAPÍTULO V

PRECLUSIONES PROBATORIAS, PODERES DEL JUEZ Y DERECHO A LA PRUEBA

SUMARIO: 1.Premisa: los poderes probatorios del juez con el CPC de 1912.— 2. Las preclusiones probatorias entre el CPC de 1912 y el CPC de 1993. La primera instancia.— 3. *Sigue.* Las pruebas en segunda instancia.— 4. Los poderes probatorios del juez en un contexto de preclusiones.— 5. Derecho de defensa, derecho a la prueba y preclusiones.

1. Premisa: los poderes probatorios del juez con el CPC de 1912

Suele decirse que el proceso civil regulado por nuestro CPC de 1912 era una clara muestra de un sistema «privatístico» en cuanto «el inicio, prosecución, determinación de los medios probatorios y otros aspectos del ritmo del proceso, constitu[ía]n decisiones tomadas por las partes»¹.

De allí que el CPC de 1993, como tantas veces se ha dicho ya en este trabajo, en el entendido que de que «sólo concediéndole al juez autoridad y medios procesales idóneos, se puede provocar o coadyuvar a la obtención de decisiones justas»², cual mágica receta «publicística», habría optado por «quitarle» el proceso a las partes y «entregárselo al juez»³.

¹ Así, MONROY GÁLVEZ. «La ideología en el Código Procesal Civil peruano». En: *La formación del proceso civil peruano*. Cit., p. 415.

² *Ibid.*, p. 418.

³ Así recientemente el principal autor del CPC de 1993, Juan Monroy Gálvez, según lo refiere DEL SOLAR, Francisco José. «Juan F. Monroy Gálvez». En *Jurídica*, N° 90, martes 18 de abril de 2006, p. 10.

Como este es una suerte de lugar común, quizá convenga gastar unas palabras sobre los poderes que en materia de prueba tenía el juez en el «sistema» procesal que tuvimos vigente hasta el año 1993.

In primis, que no es absolutamente cierto que en con el CPC de 1912 la «determinación de los medios probatorios» constituyeran decisiones *tomadas* por las partes, pues hasta donde se puede leer en su texto las partes (al igual que ahora) ofrecían sus pruebas y el juez (al igual que ahora) era quien las admitía.

Es más, el CPC de 1912 se cuidó muy bien de darle directivas al juez respecto de cuáles pruebas admitir y cuáles no.

Es así que el art. 339 CPC 1912 (en su redacción original) señalaba que:

«Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y á los hechos aducidos en el juicio y que no se haya convenido expresamente la parte á quien perjudican: las que manifiestamente no tenga este objeto, *serán repelidas por el juez*»⁴.

Ergo, el juez no es que fuera una marioneta de las partes que se movía según sus designios sino que (como era natural que fuera) tenía el poder de control de cuáles medios probatorios admitía en función tanto del *thema decidendum* («el asunto que se litiga») como del *thema probandum* («los hechos

⁴ Cursivas nuestras. El art. 339 del CPC de 1912 fue modificado, primero, en 1977 mediante el D. L. 21773 y, luego, en 1981 mediante el D. Leg. 127. La redacción al momento de la entrada en vigencia del CPC de 1993 era: «Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos aducidos en el juicio y en que no se ha convenido expresamente la parte a quien perjudica; las que manifiestamente no tengan este objeto serán rechazadas de plano por el juez./ Los jueces podrán citar a las partes para precisar los hechos materia de probanza a fin de evitar innecesarias actuaciones probatorias, ya sea por estar de acuerdo las partes en los referidos hechos o por no tener trascendencia para la resolución del juicio. El resultado se hará constar en acta y el Juzgado, en su caso, ordenará la actuación de las pruebas./ Los jueces podrán prescindir de la actuación de una prueba si la estiman manifiestamente innecesaria para resolver la controversia. Contra este auto procede el recurso impugnatorio de apelación en un solo efecto».

aducidos en el juicio y que no se haya convenido expresamente»), que es palabras más palabras menos el «juicio de pertinencia» que establece el art. 190 CPC vigente.

Pero allí no quedaba todo, pues el «juez» del CPC de 1912 estaba dotado de amplios poderes para, en las pruebas de declaración (confesión y testimonial), de su propia iniciativa, «rechazar las preguntas impertinentes» (art. 476) y hacer «las preguntas que crea convenientes para que aclare su exposición o dé razón de su dicho» (art. 477).

Además nuestro juez era (en teoría) bastante «temible» pues estaba dotado de poderes coercitivos («apremios») bastante penetrantes, tanto que si un testigo no comparecía a prestar declaración en el término que el juez (no ciertamente la parte) le señalaba, era requerido «para que lo verifique en el nuevo día y hora que se designe» (repetimos, por el juez, no por la parte). Si el testigo no cumplía se le podía conducir al juzgado «por la fuerza pública» (art. 191). Y qué decir del supuesto de exhibición de documentos por parte de un tercero: ¡si no exhibía se exponía a ir preso! (art. 448). Naturalmente, en consuno con el interés implícito en el proceso civil los llamados «apremios» solo se dictaban a solicitud de parte (art. 197⁵), o sea la interesada en la declaración o en la exhibición, pero esta petición —hay que evidenciar— podía hacerse verbalmente ante el escribano (art. 198), que era el «médium» entre partes y juez.

Que un juez con estos poderes en materia probatoria pudiera ser *objetivamente* tachado de ser un «espectador» o, mucho peor, un «elemento decorativo y simplemente protocolizador de lo que las partes hac[ía]n en el

⁵ Por modificación operada con el D.L. 21773 los «apremios» podían ya ser dictados de oficio.

proceso»⁶, es por demás injusto y contrario a lo que se desprende del propio texto (original) del Código de Procedimientos Civiles.

Y si a ello se agrega que nuestro supuesto «elemento decorativo» podía disponer las pruebas de oficio (o sea de propia iniciativa) que le parecieran, la acusación se vuelve absolutamente arbitraria.

En efecto, y tal como era característico en todos los códigos de nuestra área, el art. 340 del Código de Procedimientos Civiles le daba al juez el poder —tal cual el art. 194 del CPC vigente— de disponer a través de auto inapelable y «en cualquier estado de la causa» las pruebas «que juzgue necesarias, excepto las de testigos y el juramento decisorio»⁷. Lo curioso es que tal disposición ¡no hacía sino reproducir el art. 670 del Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852! Con lo cual, salvo que se considere fundamental el que el juez de hoy pueda disponer de oficio la declaración testimonial, nada hay de nuevo.

94

Los que señalan que es recién con el CPC de 1993 que se pasó de «la “inactividad” en la que se encontraban sumidos los jueces civiles» a la

⁶Así MONROY GÁLVEZ, Juan, «La ideología en el Código Procesal Civil peruano». Cit., p. 415, quien pone como ejemplo de la «situación» el art. 470 del CPC de 1912 que establecía que «El juez puede encargar al escribano que tome la declaración en el juzgado, si ambas partes están presentes y consienten en ello», en base a la cual concluye que «el dominio de las partes fue tal que podían decidir en qué audiencias judiciales debería estar el juez y, por cierto ¡en cuáles no!». En realidad allí hay un error de lectura: era el juez quien tenía el poder de descargarse del trabajo de tomar la declaración, un poder que encontraba su límite en las partes a las que les bastaba no «consentir» para que la declaración fuera (necesariamente) tomada por el juez.

⁷ Señala CALLE, Juan José. *Código de Procedimientos Civiles*. Cit., p. 177, que: «La razón y la justicia aconsejan que el juez pueda y deba decretar la práctica de diligencias que estime oportunas cuando las pruebas actuadas no hayan esclarecido los hechos y abrigue su ánimo alguna duda, o cuando considere que hay alguna manera de *catar* la verdad que no aparece tan clara como fuera de desear para fallar con acierto. Esto se hará ahora como se hacía según la antigua jurisprudencia por medio de providencias *para mejor proveer*, que son las que dictan jueces y tribunales antes de la sentencia, acordando que se practique alguna diligencia que consideren conveniente para resolver la cuestión con mejor acierto» (cursivos en el original).

revolucionaria transformación del juez en «protagonista» del proceso⁸ deberían, antes de repetir conocidos lugares comunes, hacer un pequeño esfuerzo de memoria o, por lo menos, de revisión de los efectivos poderes del juez no sólo del olvidado CPC de 1912 sino también de su (más olvidado aún) antecesor de 1852.

Ergo, también en materia de poderes probatorios cuando se compara el CPC de 1912 con el de 1993 se juega a construir leyendas, pues no es absolutamente cierto que el juez del primero fuera «inactivo» espectador de las actuaciones de las partes. Que luego, el juez, en el concreto, admitiera todas las pruebas ofrecidas por las partes (las pertinentes y las no) o que no sintiera la «necesidad» de disponer pruebas de oficio es otro cantar.

Lo que no se puede seguir diciendo es que aquel juez era (en el propio diseño de la ley) una suerte de «títere» de las partes. Y todo ello lo decimos sin expresar aún juicios de valor sobre los poderes (de ayer y de hoy) en materia de prueba y, en particular, si la presencia del poder oficioso de iniciativa probatoria

⁸ Así, TAIPE CHAVEZ, Sara. «La relevancia de la preclusión en el proceso». Cit., p. 146. En igual sentido, LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. «La prueba de oficio en el sistema dispositivo». En: *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 11, agosto 1999, p. 19, quien señala que el art. 194 CPC responde a una «nueva concepción del [principio] dispositivo». A lo largo de tal trabajo ni el art. 340 del CPC de 1912, ni mucho menos el art. 670 del Código de 1852, son mencionados, pues si así fuera habría que justificar cómo así el proceso (supuestamente) «privatístico» de tales códigos, contenían esa «nueva» y modernísima concepción del principio dispositivo que sería consecuencia de la ciencia alemana del proceso y del «descubrimiento» de los elevadísimos fines públicos del proceso civil. Quizá sea bueno señalar que Ledesma Narvárez alude, muy de pasada, a lo que los alemanes llaman *Verhandlungsmaxime* (que los italianos traducen como «*principio di trattazione*» y los españoles como de «*aportación*»). Quizá sea bueno recordar que la «superación» del principio de aportación gustó mucho a los juristas teóricos del nacionalsocialismo alemán, en particular a Hans Otto De Boor quien (en 1938) consideraba que el verdadero defecto del proceso civil estaba representado por aquel (liberal) principio que implicaba «el señorío de las partes, respecto al cual el juez, estrechamente vinculado, asumía una posición pasiva»: «que a nosotros, en el tercer *Reich*, no nos sirva para nada un proceso de inspiración y caracteres liberales, es cosa talmente descontada, que de ello no se debe dar siquiera una justificación» (lo refiere BÖHM, Peter. «Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista». En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, p. 632.

pueda o no provocar una confusión de papeles entre partes y juez, que incline la balanza de la justicia hacia una de las partes.

Lo que nos parece obvio es que, en sustancia, el juez del CPC de 1993 tiene prácticamente los mismos poderes en materia de prueba que tenía aquél del CPC de 1912. Allí están esculpidos, para eterna memoria, los arts. 339 y 340 del CPC derogado⁹.

⁹ Cabe también recordar que el CPC de 1912 consideró tan «natural» que el juez pudiera disponer de oficio inspecciones y pericias que se ocupó (incluso) de quien tenía que solventarlas. Así, por lo que respecta a la inspección, el art. 397 disponía que «En los casos en que la inspección ocular *es decretada de oficio*, los gastos para practicarla se sufragarán por iguales partes entre demandante y demandado». En cuanto a la pericia, por un lado, el art. 493 indicaba que «sea que la prueba pericial *se decreta de oficio* o a solicitud de parte, *el juez resolverá* si la operación debe practicarse por uno o más peritos y nombrará a éstos. En el mismo auto determinará con precisión el objeto del peritaje y fijará el término para que los peritos presenten su dictamen», por el otro, disponía en su art. 502 que si el peritaje «*se ha decretado de oficio*, todos los gastos serán satisfechos por los interesados por partes iguales». El problema de los «gastos» ciertamente estaba resuelto (solo) en el papel. ¿*Quid*, si ninguna de las partes pagaba? No está de más recordar que el CPC vigente ha omitido por completo regular (salvo respecto de la pericia, art. 271), quien «solventa» los gastos de la prueba oficiosa. Si, por ejemplo, el juez dispone una «inspección judicial» *ex arts.* 272 y ss. ¿quién la paga?; si según el art. 231 «los gastos que ocasiona la comparecencia del testigo son de cargo de la parte que lo propone», ¿quién paga los gastos de la «comparecencia» de un testigo dispuesta de oficio? En un proceso que se precie de ser «publicístico» (*rectius*, «publicizado»), parecería obvio, los gastos que genere la actuación probatoria oficiosa deberían ser directamente solventados por el Erario, con cargo a su reembolso (al Estado) por la parte perdedora conforme a la regla del reembolso de las costas del art. 412 CPC. Tema sobre el que, por lo que nos consta, nadie habla. Respecto de la pericia Monroy Gálvez ha propuesto una modificación del art. 271 CPC en el sentido de que: «El juez fijará de antemano el honorario de los peritos. Está obligada al pago la parte que ofrece el medio probatorio. Si no lo hiciera dentro del plazo que el Juez le señale, éste puede ordenar que se prescinda del medio probatorio, salvo que la otra parte ofrezca efectuar el pago./ Cuando el medio probatorio es ordenado de oficio, el honorario será pagado proporcionalmente por las partes. El incumplimiento de una facultad a la otra parte a efectuar el pago con cargo a repetición, si así se dispusiera en el pronunciamiento sobre costas, y a solicitar medida cautelar para garantizar el cobro». La modificación propuesta tendería a evitar «artificios dilatorios» tales como ofrecer una pericia y luego demorar el pago al perito o en no pagar la parte correspondiente cuando la pericia ha sido dispuesta de oficio solo para provocar dilaciones, supuestos en los que el proceso entraría en una «suerte de hibernación que puede demorar muchos meses» (MONROY GÁLVEZ, Juan. «Algunas reformas al Código Procesal Civil». En *Derecho Procesal. III Congreso Internacional*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 2005, p. 278). La solución propuesta tiene muy poco de «publicístico» pues no se concilia con el «alto interés social» que habría en el hallazgo de la

2. Las preclusiones probatorias entre el CPC de 1912 y el CPC de 1993. La primera instancia

La gran diferencia entre el CPC de 1993 y el de 1912, no está pues en los poderes probatorios del juez, sino en el severo régimen preclusivo al que se han sometido las iniciativas probatorias de las partes.

En efecto, el CPC de 1993 pese a confirmar, en sus arts. 196-200, la tradicional regla de la «carga de la prueba», en el sentido de quien afirma un hecho corre con las consecuencias negativas de que tal hecho no resulte probado, ha sometido a las partes a un irracional sistema respecto a los modos en los que aquellas pueden —digámoslo así— liberarse de esa consecuencia negativa, demostrando así una sustancial insensibilidad tanto por el derecho de defensa (que la Constitución vigente asegura que pueda ejercitarse en cualquier «estado del proceso», inc. 14 del art. 139) como de la función de la prueba a los efectos de lograr (en definitiva) una sentencia «justa».

97

Y ello en cabal antítesis frente al «sistema» del CPC de 1912 que podrá ser tachado de cualquier cosa menos de no tener sensibilidad por lo que — hoy— llamaríamos el «derecho a la prueba» como concretísima manifestación del derecho de acción y defensa en juicio¹⁰.

«verdad real» por parte del juez, en cuanto permitiría que una prueba que se admitió en su momento pueda terminar no actuándose porque no se pagaron previamente los honorarios a los peritos o que del marasmo procesal se salga, no por iniciativa oficial, sino por obra de la parte que decidiera pagar el íntegro de tales honorarios. Cuando para justificar la existencia del poder de iniciativa probatoria en el proceso civil se ve invocado el que hoy el Perú es un «Estado democrático y social de Derecho», no encontramos la «contrapartida»: el que se proponga la existencia de una «partida» en el Presupuesto General de la República para solventar los gastos de las pruebas «oficiosas».

¹⁰ El CPC de 1912 establecía en su art. 1085 que eran nulas las resoluciones que se pronunciaban en materia de hechos omitiendo la recepción a prueba (inc. 5) o aquellas que se pronunciaban «sin que se haya hecho saber la recepción a prueba o en virtud de pruebas actuadas sin notificación de parte o sin observar las formas esenciales establecidas en este Código» (inc. 6°). El derecho de las partes a probar estaba tan tutelado que contra los autos (y

Para entender la diferencia quizá sea bueno tomar en cuenta que el CPC de 1912 pese a ser un cuerpo normativo perteneciente (como no podía ser de otra forma) a la familia y tradición hispánica, cuyo modelo de proceso civil, como ya hemos visto en el Capítulo II, estaba caracterizado por estar dividido en «fases» bastante rígidas y consecutivas, fue, frente a su modelo, notablemente «elástico» en cuanto a los «momentos y períodos» para que las partes pudieran ofrecer y actuar *sus* pruebas.

En efecto, si bien la regla en la primera instancia del «juicio ordinario» era que las pruebas debieran ser ofrecidas una vez «abierta» formalmente por el juez «la causa a prueba» (o sea en un «momento» ulterior a la contestación efectiva de la demanda o a la declaración de rebeldía del demandado) y dentro de los primeros veinte días del «término probatorio» (que *in primis* era de «diez días» (?), pero «prorrogable a cincuenta», art. 348), existían notables excepciones para determinados y específicos medios de prueba (llamados por la praxis «privilegiados») que podían ofrecerse en «cualquier estado del juicio»: la confesión (art. 364); el juramento decisorio (art. 382); los instrumentos (art. 409) y su exhibición (art. 441)¹¹.

decretos) que negaban la recepción a prueba, o alguna prueba durante el término de ofrecimiento o la de instrumentos en cualquier estado de la causa, se daba no solo apelación «en ambos efectos» (art. 1097), sino, incluso, recurso de nulidad (art. 1127).

¹¹ Con ello el CPC de 1912 se colocó en las antípodas de la codificación española (que dicen fue la que nos inspiró...). En efecto, tanto en la LEC de 1855 (art. 225-253) como en la de 1881 (art. 504), el legislador procesal español estableció que la demanda (y la contestación) debía ir acompañada de «los documentos en que funde su derecho», con la consecuencia de que «después de la demanda y de la contestación no se admitirán al actor ni al demandado, respectivamente, otros documentos» (art. 506 LEC 1881, salvo algunas excepciones allí indicadas). Según lo señala MONTERO AROCA, Juan. «Presentación de documentos materiales con la demanda y la contestación» (1990). En *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona: J.M. Bosch, 1996, p. 323, la prescripción del art. 504 LEC 1881 «es relativamente reciente, tanto que no puede rastrearse su antigüedad más allá del inicio del siglo XIX». Según lo refiere Montero, la regla de que con la demanda se acompañaran todas las pruebas documentales fue una generalización, operada por la LEC de 1855, de lo que estaba previsto (desde las

Frente a tanta «libertad», el CPC de 1993, partiendo de la (errónea) premisa de que *esa* elasticidad era la principal fuente de «maliciosas» demoras procesales, reaccionó estableciendo un sistema diametralmente opuesto, en el que el *único momento* que disponen las partes para ofrecer (todos) sus medios probatorios es el del planteamiento de sus «actos postulatorios» (art. 189), o sea en la propia demanda (escrita) y en su contestación (también escrita), con la consecuencia de que la prueba omitida de ofrecer en esos momentos, pudiéndose haber ofrecido, *nunca más* podrá ingresar al proceso (al menos, como veremos, por la puerta principal).

En tal línea, tan «ordinario» ha querido el CPC de 1993 que sea ese momento, que la prueba que puede ofrecerse después de la presentación de la demanda o de la contestación, tanto en relación a los hechos afirmados por el contrario como aquella relativa a hechos ocurridos con posterioridad al planteamiento de la demanda y de la contestación (arts. 429 y 440 CPC), viene rotulada como «extraordinaria», cuando de suyo no tiene absolutamente nada de «extraordinaria», pues la pertinencia de su ofrecimiento se da o por la alegación del adversario o por el advenimiento de un hecho «nuevo», por lo que, ni uno ni otro caso, representan un quiebre de la férrea regla de que las pruebas se ofrecen, «sí o sí», en los «actos postulatorios».

Naturalmente, ambos supuestos de ofrecimiento «extraordinario» tienen también su «momento» preclusivo: para el caso de la prueba referida a los

Ordenanzas de Madrid de 1502) para los llamados «casos de Corte» («pleytos de viudas y huérfanos, y de personas miserables», o contra el Corregidor o Alcalde ordinario u otro Oficial del lugar») de competencia de las Audiencias y Chancillerías en primera instancia. Nuestro Código de 1852 establecía en su art. 582 que «*La demanda puede entablarse con documentos ó sin ellos. En el primer caso deben relacionarse estos: En el segundo se ofrecerá la prueba de los hechos en que se funde*». El CPC de 1912 expresamente señaló que la demanda podía interponerse «con documentos o sin ellos» (art. 308), pero suprimió la segunda parte, a fin de, como se dice en la Exposición de Motivos, dar «más amplitud y facilidad al litigante» (CALLE, Juan José. *Código de Procedimientos Civiles*. Cit. p. 158).

hechos alegados por el contrario, se tiene un plazo fijo (no mayor de 10 días desde que se dieron por ofrecidas: art. 429 CPC); para los hechos nuevos hasta antes que se fijen los puntos los puntos controvertidos (art. 379 CPC).

3. Sigue. *Las pruebas en segunda instancia*

Pero el feroz régimen de preclusiones, marcando diferencias con el CPC de 1912, ha alcanzado también a la segunda instancia.

En efecto, hay también que recordar que el CPC de 1912, apartándose de sus modelos hispánicos (ya codificados) y en cabal consagración del principio de que «*en segunda instancia se puede lo no alegado alegar, y lo no probado probar*» (*non deducta deducendi et non probata probandi*), «antes que se [pidiera] autos para sentencia» (o sea antes de sentenciar), las partes podían alegar cualquier hecho nuevo así como deducir excepciones no alegadas en primera instancia¹², ofrecer sus pruebas y pedir «que sobre ellas se reciba la causa á prueba» (art. 1103). Ello significaba que ni siquiera la sentencia de primera instancia marcaba preclusión alguna a las partes para la aportación de nuevo material probatorio al proceso, pues ante el juez de la «segunda instancia» no solo era posible ofrecer las ya indicadas pruebas «privilegiadas» (o sea, confesión, instrumentos y su exhibición), sino cualquier otra relativa a las nuevas excepciones planteadas o a los nuevos hechos alegados.

La sentencia de «segunda instancia» (*rectius*, el «pedido de autos para resolver»), en cambio, sí marcaba la preclusión «final» en materia probatoria, pues de interponerse contra ella el llamado «recurso de nulidad» (que era el

¹² Ello era posible solo en el «juicio ordinario», no en los otros «juicios» ni en la apelación de autos. Por lo cual, la apelación de sentencias en el juicio ordinario se configuraba como una «apelación-nuevo juicio», mientras que la apelación tanto de las sentencias emitidas en los otros «juicio» (juicio de menor cuantía y ejecutivo) como de los autos, era una «apelación-revisión».

promotor de la tercera instancia) ya no era posible nueva prueba alguna, ni siquiera documental, pues, conforme al art. 1132 del viejo código, estaba «prohibido» presentar instrumentos en la Corte Suprema¹³.

Con el CPC de 1993, en cambio, la posibilidad de ofrecer nueva prueba en apelación, si bien no ha sido eliminada, ha sido sí restringida.

En efecto, el art. 374 CPC permite que tanto apelante como apelado puedan ofrecer, al momento de apelar o de absolver el «traslado del escrito de apelación», pruebas no aportadas en la primera instancia. Con ello se introduce en nuestro sistema un elemento que sería inadmisibles, por ejemplo, en aquellos sistemas (como el austriaco) en los que la apelación promueve una mera revisión de la sentencia de primera instancia (*revisio prioris instantiae* o apelación limitada) y más bien es propio de aquellos en los que la apelación reabre el juicio ante el juez *ad quem* a fin de que éste conozca y decida *ex novo* de la controversia ya decidida en la primera instancia del proceso, incluso en base a nuevos hechos y nuevo material probatorio (*novum iudicium* o apelación plena).

¹³ La explicación del por qué de la prohibición es muy ilustrativa. Así se dice en la Exposición de Motivos que «correlativo al derecho de ofrecer una prueba es el que tiene el colitigante para impugnarla. Si se permite presentar ante la Corte Suprema nuevos documentos, hay que conceder á la otra parte la facultad de alegar la nulidad ó la falsedad de ellos, y la de aducir contra su tenor las razones de hecho y de derecho que atenúan o destruyen su valor probatorio./ De ahí la necesidad de que se abriera un nuevo término de prueba, de que se diera para ofrecer éstas la misma amplitud que en segunda instancia (...). Todo esto, aparte de la morosidad, desnaturalización por completo la índole del recurso de nulidad y de las funciones propias de la Excma. Corte Suprema./ A lo que se agrega, que deben mirarse casi como hipotéticos los casos que la parte no ha tenido conocimiento de la existencia de un documento que le favorece, ó que se haya visto en verdadera imposibilidad para presentarlo, sino cuando la causa pende ante el Supremo Tribunal. En previsión de casos tan raros, no vale la pena de establecer un procedimiento que se convertirá en habitual, dada la propensión natural en los que luchan a sorprender al contendor, mediante el empleo inopinado de los medios de ataque ó de defensa» (CALLE, Juan José. *Código de Procedimientos Civiles*. Cit., p. 590-591). Ergo, para justificar la «prohibición», los padres del CPC de 1912 recurrieron a los mismos argumentos que se suelen aducir hoy para justificar la existencia de preclusiones en primera instancia. Solo que si eso podría ser válido para una «tercera instancia» no lo es precisamente para la primera o la segunda...

Sin embargo, la presencia del art. 374 CPC si bien hace descartar el que estemos ante un «puro» sistema de *apelación-revisión*, no significa que nos coloquemos plenamente en un sistema de *apelación-nuevo juicio*. Y ello porque la posibilidad de aportar nuevo material probatorio en apelación tiene toda una serie de limitaciones, lo que hace a nuestro sistema un «híbrido»¹⁴.

In primis, porque ello no procede siempre, sino solo cuando el proceso en su primera instancia se haya llevado bajo las reglas de los (llamados) procesos de conocimiento y abreviados. Por tanto, aquello no será posible cuando la sentencia apelada se haya dictado en un sumarísimo o en un no contencioso. Luego, porque no cualquier nueva prueba puede ser aportada, sino que debe tratarse de prueba referida a hechos cronológicamente sobrevenidos a los momentos en que pudieron ser alegados en la primera instancia (los *nova producta*) o, en todo caso, de prueba (documental) hallada con posterioridad a ellos (los *nova reperta*).

¹⁴ A los dos supuestos de «nueva prueba» del art. 374 CPC, hay que agregar el del último párrafo del art. 190 CPC: las pruebas ofrecidas oportunamente por las partes en primera instancia, pero no admitidas por el juez *a quo*. En efecto, según tal disposición si se apela del auto del juez *ad quo* que no admite alguna de las pruebas ofrecidas por las partes y el *ad quem* revoca la resolución (o sea, admite la prueba), de no ser temporalmente posible su actuación por el *a quo* (por cuanto ya sentenció), le corresponde al propio juez *ad quem* actuarla “antes de sentenciar”. La disposición tiene más valor teórico que práctico (pues es posible que la sentencia no se apele), en cuanto nos aporta un dato adicional en el sentido de que nuestra apelación de sentencia realmente “reabre el juicio” ante el juez *ad quem*, el cual podrá emitir una decisión sustitutiva de la primera incluso en base a material probatorio distinto de aquél de la primera instancia. A ello se agrega que lo dispuesto en el último párrafo del art. 190 CPC, a diferencia del art. 374 CPC, vale no solo para los procesos que en primera instancia se hayan llevado bajo las reglas del procedimiento de conocimiento o abreviado, sino que tiene un alcance general, es decir, sea cual fuere el procedimiento aplicado en la primera instancia. Por tanto, el último párrafo del art. 190 CPC confirma que nuestra apelación de sentencia, pese a lo dicho en el art. 364 CPC, no promueve una mera “revisión” de la corrección de la sentencia inicial (*revisio prioris instantiae*), sino un auténtico (aunque limitado) *novum iudicium*.

En efecto, el inc. 1° del art. 374 CPC establece que la nueva prueba debe estar referida a hechos «acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso» (o sea, como lo vimos en el Capítulo IV, el «momento» de fijación de los «puntos controvertidos»). Es sobre ellos que podrá ofrecerse la nueva prueba ya sea al apelar o al absolver el traslado de la apelación.

Pero justamente sobre este aspecto es que se observa también otra profunda diferencia entre el Código vigente y el derogado, en cuanto no solo están limitados los hechos sobre los que puede ofrecerse la nueva prueba, sino que la posibilidad de alegarlos y de ofrecer la prueba respectiva, también tiene su propio momento preclusivo: para el apelante, el del propio acto de apelación; para el apelado, el del la absolución del traslado de aquél. Con ello, también se ha recrudecido la preclusión de introducción de nuevos hechos en apelación, pues el viejo Código permitía, como hemos visto, que las nuevas deducciones y la solicitud de apertura a prueba sobre ellas pudiera ocurrir hasta antes que el juez *ad quem* pidiera «autos para sentencia», o sea incluso después de presentado el escrito de expresión de agravios o de su absolución (art. 1103, CPC 1912).

103

Con lo dispuesto en el art. 374 CPC, además, apelante y apelado se encuentran en una posición «diferenciada», en cuanto los hechos nuevos ocurridos con posterioridad al planteamiento de la apelación ante el *a quo* no podrán ser ya alegados (y probados) por el apelante; en cambio, el apelado, teniendo que «absolver» el traslado de la apelación ante el juez *ad quem* (lo que ocurre tras un período de tiempo considerable) se encuentra en una posición aventajada respecto al apelante, en cuanto podrá alegar (y ofrecer la respectiva prueba) respecto de hechos verificados hasta ese momento.

Con todo, queda claro que la nueva prueba en apelación no puede estar referida a: a) los hechos no alegado en la primera instancia en los momentos

previstos por la ley; y, *b*) los hechos sobrevenidos al momento del planteamiento de la apelación (para el apelante) o al de su absolución (respecto a cualquiera de las partes).

Lo que acabamos de decir vale para el ofrecimiento de cualquier prueba (típica o atípica), menos para una: la prueba documental, pues sobre ella hay una disposición especial: la del inc. 2° del art. 374 CPC.

Según el inc. 2° del art. 374 CPC tratándose de documentos, solo podrán ser aportados aquellos «expedidos con fecha posterior al inicio del proceso, o que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad».

In primis, llama la atención aquello de que solo se puedan ofrecer, al apelar o absolver el traslado, documentos «expedidos» (léase, «formados») «con fecha posterior al inicio del proceso», por cuanto ello significaría que respecto de la presentación de documentos en primera instancia regiría una preclusión más intensa que respecto de las demás pruebas.

De hecho, una interpretación literal de esta disposición, podría llevarnos a considerar que el demandado no podría ofrecer como prueba en su contestación, documentos de fecha posterior «al inicio del proceso» (sea que por «inicio del proceso» se entienda la fecha de presentación de la demanda o el de su notificación al demandado, o sea el del momento de surgimiento de la litispendencia). Ello sería inadmisibles. Más bien es razonable interpretar que también para los documentos vale el momento preclusivo indicado en el apartado anterior, vale decir, que ante el juez *a quo* se puedan presentar documentos formados con posterioridad a la presentación de la demanda o la contestación y antes de la conclusión de la «etapa de postulación del proceso», o

sea antes de la fijación del *thema disputandum*, estén o no referidos a hechos acaecidos entre esos dos momentos, porque aquí lo «nuevo» sería la existencia del documento mismo (cuya «expedición», por cierto, es de por sí un «hecho nuevo»).

Por tanto, los documentos a los que alude el inc. 2° del art. 374 (no debemos tener duda) son aquellos que han sido expedidos con posterioridad al cierre de la «etapa» postulatoria.

Pero quizá lo más importante esté en la última parte del inciso, que habilita el ofrecimiento de documentos preexistentes al «inicio del proceso», siempre que «comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad», es decir, documentos que han sido hallados con posterioridad a los momentos en que podían ser aportados en primera instancia (los «*nova reperta*»). Por tanto, para que estos documentos «preexistentes» puedan ser aportados válidamente al proceso en segunda instancia se requiere (además) probar su ulterior hallazgo, es decir, que su no aporte oportuno se debió a causa no imputable a la parte que los ofrece.

Ahora bien, este trato restrictivo que han recibido los documentos, refleja el giro copernicano producido por el Código respecto al *laxo* tratamiento que la prueba documental recibía del Código derogado. El Código, fundándose en las razones «éticas» ya mencionadas, quiere que toda la prueba documental se aporte desde el comienzo del proceso en primera instancia, con la consecuencia de que el documento no ofrecido oportunamente —salvo que ello se deba a causa no imputable al aportante— queda definitivamente proscrito.

Es altamente discutible que ello sea técnicamente el mejor «sistema» para obtener una decisión final de la controversia ajustada a la realidad.

4. Los poderes probatorios del juez en un contexto de preclusiones

Pues bien, estando a que nuestra ley procesal ha establecido rigidísimas preclusiones probatorias para las partes, veamos qué ocurre con el otro «sujeto del proceso»: el juez.

Como sabemos el legislador procesal, abrazando los postulados «publicísticos», centró todas sus esperanzas en el juez:

«Dentro de un sistema publicístico, el juez es el principal protagonista del proceso. Por su intermedio, la actividad procesal se orienta hacia lo indispensable, es decir, se proyecta hacia una función útil y provechosa (...). 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»¹⁵.

En base a estas «esperanzas», se entiende así que, en el diseño del CPC de 1993, mientras las partes sólo *pueden* («poder» como oportunidad) ofrecer sus pruebas en los «actos postulatorios», el juez *puede* («poder» como potestad) ordenar «los actos necesarios para el esclarecimiento de los hechos» (art. 50, inc. 3), es decir, puede disponer *de oficio* los medios probatorios que estime necesarios para formar «su convicción», tal como lo faculta el art. 194 del CPC, y todo ello en «decisión motivada e inimpugnable».

Habría que preguntarse: ¿cómo se engarzan estas disposiciones con ese proceso rígido (y formalista) que regula nuestra vigente ley? 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

¹⁵ MONROY GÁLVEZ, Juan. «La Ideología en el Código procesal civil peruano». Cit., p. 418.

la rígida preclusión y la resolución que dispone la actuación de la prueba es «inimpugnable»?

El CPC de 1993, como buen código afiliado al «sistema publicístico» (léase autoritario y antiliberal, como el ordenamiento procesal austríaco de Franz Klein¹⁶) 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»¹⁷.

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» se encargará él de llegar a la «justicia».

Ahora, lo más curioso es que, en la praxis cotidiana, las preclusiones probatorias han sido (en los hechos) omitidas en base al art. 194 CPC, o sea que el poder probatorio del juez ha sido el camino recorrido por nuestros jueces para cerrar (a veces) los ojos ante su verificación.

Así no es difícil encontrar resoluciones que consideran que la existencia de preclusiones a cargo de las partes «no limita la facultad que tiene el juzgador de mérito de ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes, la que comprende admitir la prueba extemporánea

¹⁶ Lo reconocen los propios austríacos: así KÖNIG, Bernhard. «La ZPO austriaca dopo la novella del 1983». En: *Rivista di diritto processuale*, 1988, p. 712, para quien «nuestro proceso es todo lo contrario que liberal; en un cierto sentido es autoritario». No por nada GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Cit. p. 29 señalaba que la ZPO austriaca estaba «orientada en ideas federicianas», es decir, las que se plasmaron el *Corpus Iuris Fridericianum* de 1781 que hizo «del proceso civil un proceso oficial, en que se suprime la abogacía» (Ob. Cit., p. 24).

¹⁷ MONROY GÁLVEZ, *Introducción al derecho procesal*. Cit., p. 70-71.

ofrecida por alguna de las partes»¹⁸, siempre y cuando «sirvan para promover certeza y convicción de los hechos invocados por las partes, en cumplimiento de su rol de director del proceso»¹⁹ vale decir que, si bien comprendemos, si pese a haberse madurado las preclusiones, las partes «ofrecen» una que otra prueba, pese a que ya no podría admitirse la misma, se puede del todo legítimamente hacerla entrar por la «puerta falsa» (y no por la principal...) a través del art. 194 CPC.

Con ello entramos a un peligroso terreno, pues el art. 194 CPC contiene *un poder discrecional del juez*, por lo que a preclusiones maduras no teniendo las partes ya *el derecho* a que se les admita la prueba por ellas ofrecida a destiempo (por más pertinente que ella sea) todo queda librado a la «discreción» del juez que podrá (si quiere) admitir «la prueba» o simplemente no admitirla *ex art. 194 CPC*²⁰. Es decir, a veces sí, a veces no, según la sensibilidad (o el humor) del juez en cada caso²¹. Sin dejar de decir que en este caso no se está ante una iniciativa probatoria del juez, fundada, como dice el art. 194 CPC, en la «insuficiencia» de los medios probatorios ofrecidos por las partes, sino ante el ejercicio de un poder discrecional del juez (no establecido en el CPC) de dejar de lado las preclusiones probatorias que gravan sobre las partes.

¹⁸ Así, la Cas. N° 1248-2000-Loreto, del 11 de agosto del 2000. En idéntico sentido, la Cas. 130-2003/Piura del 30 de octubre del 2003.

¹⁹ Así la Cas. N° 634-96-Piura, del 11 de julio de 1997. Con idéntica justificación la Cas. N° 1556-2002-Cañete.

²⁰ Cas. N° 3152-99-Cajamarca, del 12 de enero del 2000, en donde se señala que «la prueba ofrecida por el recurrente no fue admitida por el juzgado por haber sido presentada extemporáneamente, por lo que no existe contravención alguna al debido proceso, al no haber sido valorados dichos medios probatorios».

²¹ Quizá sea bueno mencionar que la Corte Suprema ha llegado a establecer que el ejercicio de poderes discrecionales (en general) no es controlable en casación (así en la Cas. N° 778-2003/Lambayeque del 8 de agosto del 2003, en *El Peruano* del 31 de marzo del 2004, que señala que «la decisión tiene carácter discrecional por lo que no puede ser objeto de controversia en sede casatoria». Se trataba, por cierto de la suspensión de un proceso *ex art. 320 CPC* que permite suspender «a criterio» del juez un proceso).

Ahora bien, si un legislador —como es caso del peruano—, considera que el sistema de preclusiones rígidas en materia probatoria asegura un proceso «leal», en el que una de las partes no podrá ya reservarse «lo más importante de su material probatorio para el último momento de la etapa de prueba», ¿por qué deja, en cambio, libre al juez para que disponga a su discreción las pruebas que él crea necesarias? ¿No estará tentado el juez de disponer «de oficio» aquellos medios probatorios que la parte *debió* (en su propio interés) ofrecer en su momento y no lo hizo? ¿No se está en riesgo que el juez trate de equilibrar los efectos negativos de la preclusión de los poderes de parte en cuanto a la aportación del material probatorio? «De las dos —decía Fabbrini— una: o los poderes de parte, con sus concretas características normativas —y por lo tanto también con su régimen de preclusión—, actúan de manera suficiente, en la fase procesal en la cual se insertan y en el proceso en su conjunto, el principio constitucional de efectividad de derecho de defensa, y entonces, si por un lado se presentan como correctos los efectos de las preclusiones, por el otro no puede sino presentarse incorrecta la alteración de esos efectos provocada por el ejercicio de poderes del juez; o bien los efectos de las preclusiones sobre los poderes de parte se presentan como incorrectos, en el sentido que ponen en crisis la efectividad del derecho de defensa, y entonces no se trata de mitigar de alguna forma las consecuencias de la incorrección, sino que se trata pura y simplemente, de eliminarla»²².

Para quienes pensamos que son las partes quienes deben convencer al juez de sus propias afirmaciones, un sistema rígido de preclusiones como el que padecemos decididamente atenta contra el derecho a la prueba (el «defenderse probando») y de ninguna manera, consideramos, que un paliativo los efectos de esas preclusiones (que convierten a la regulación del proceso civil en una especie

²² FABBRINI, Giovanni. «Poteri del giudice». En: *Scritti giuridici*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1989, p. 435-436.

de reglamento militar) esté en concederle esos *mega-poderes* discrecionales incontrolados de iniciativa probatoria que le ha dado al juez el CPC de 1993, que lo transformaría en una suerte de abogado suplente de una de las partes.

5. *Derecho de defensa, derecho a la prueba y preclusiones*

El «sistema» de preclusiones del CPC vigente es, no nos cabe duda, no solo antitécnico, sino, sobre todo, promotor de sentencias injustas.

Es antitécnico porque una cosa es establecer que las partes pueden ofrecer (incluso preclusivamente) sus pruebas cuando (como decía el CPC de 1912) ya está fijado el «asunto que se litiga» y respecto de «los hechos aducidos en el juicio y que no se haya convenido expresamente la parte á quien perjudican», vale decir cuando ya se ha producido la contestación de la demanda, y otra muy distinta es que se les *imponga* ofrecer *todas* sus pruebas en sus actos iniciales y en la total oscuridad sobre cuál, en definitiva, será el objeto del proceso, pues aquél está aún todo por determinarse en la resolución que «fija» los «puntos controvertidos», vale decir, antes (incluso) que se sepa si el proceso seguirá adelante (pues el proceso puede «morir» porque se estima alguna excepción *ex art.* 451 CPC o porque el juez emite el auto *ex art.* 465 inc. 2 CPC) y, sobre todo, antes de saber a qué se contrae realmente el *thema probandum* (que en definitiva debería «fijarse» en ya citada resolución, o sea en un momento en el que ya hace rato que se ofrecieron las pruebas²³).

²³ Lo máximo de la incoherencia se observa en los arts. 233 y 263 CPC que exigen que al ofrecerse la testimonial o la pericia se precisen los «hechos controvertidos» sobre los cuales deba versar la declaración o la pericia. Si quien las ofrece es el demandante, el CPC debe haber considerado que éste posea habilidades de adivino, pues al momento de la presentación de la demanda es imposible saber cuales, de los hechos afirmados por el actor, serán «controvertidos» (o sea negados) y cuales admitidos por el demandado. Sin dejar de decir que las tachas y oposiciones a las pruebas ofrecidas por las partes tienen que plantearse aún antes de que siquiera el juez las admita.

Cuando así se hace (como en efecto lo hizo el CPC de 1993), es altamente probable o que se ofrezcan una montaña de (inútiles) pruebas por hechos que *ex post* resultan ser absolutamente pacíficos o que no se ofrezcan las que sí se necesitan, a todo desmedro del derecho de defensa de las partes y de la justicia de la decisión, pues debiendo el juez, fundarse en pruebas (art. 188 CPC), si las realmente pertinentes precluyeron, la posibilidad de la emisión de una sentencia de fondo ajustada a la realidad, no hay que pensarlo mucho, se aminora.

Pero, aunque nadie entre nosotros quiere admitir que un sistema así conduce a sentencias (muy probablemente) injustas, las preclusiones probatorias vienen constantemente justificadas o con el neutro argumento de que las preclusiones permiten que el proceso avance rápidamente o con la noble invocación a la «lealtad y la probidad» procesales, evitándose con ellas «la probanza sorpresiva y artera que se presentaba a última hora para impedir al contrario su escudriño»²⁴.

111

Hoy que nadie discute ya que el derecho de defensa comprenda el derecho a la prueba, debería nacer espontáneamente la pregunta de si con las preclusiones probatorias tal como previstas en nuestro CPC de 1993 se estaría o

²⁴ Así recogiendo la *communis opinio*, la Cas. N° 1248-200-Loreto, del 11 de agosto del 2000. La proscripción de la «probanza sorpresiva y artera» constituye uno de los más generalizados lugares comunes para justificar la existencia de preclusiones probatorias. Sin embargo, dado que un proceso no es precisamente un match de box en el cual el púgil más diestro se puede estratégicamente reservar el golpe de gracia para el final, o sea para un momento en el que el contendiente está agotado y sin capacidad de respuesta, la llamada prueba «de última hora», por más de «ultima hora» que fuera, una vez ofrecida y admitida debería seguir todo el *iter* de cualquier prueba, por lo que su «escudriño» por el contrario siempre debería ser posible. Si a ello le agregamos que esa prueba de «última hora» podría ser la decisiva para resolver en un sentido distinto de cómo se podría resolver sin ella, en lugar de lamentarnos por su posibilidad de introducción al proceso deberíamos saludarlo, pues con esa (si bien tardía) prueba, en cuanto bien valorada, se podría evitar una sentencia injusta.

no vulnerando el derecho de defensa que la Constitución asegura en *cualquier estado del proceso*²⁵.

La respuesta suele ser negativa. Es más, por lo general se señala que uno de los límites (lícitos) al derecho a la prueba es el atinente al cumplimiento «de los requisitos legales de proposición», pues «sólo así se garantiza el derecho a obtener tutela judicial en un plazo razonable»²⁶.

Con ello, nos parece que, se razona en abstracto, es decir, prescindiendo de cuáles, en concreto, son esos «requisitos legales» (entre los cuales está justamente el «momento») y cuán compatibles resultan con el derecho constitucional de defensa.

En cuanto al derecho a obtener tutela jurisdiccional en un plazo razonable está todo por demostrarse que un sistema rígido de preclusiones probatorias «acelere» el desarrollo del proceso, y, a su vez, que un sistema más elástico lo demore²⁷.

²⁵ En efecto el inc. 14 del art. 139 de la Constitución de 1993 (y el equivalente inc. 9 del art. 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, Valerio. «Dedotto, deducibile e Costituzione». En: *Rivista di diritto processuale*, 1992, p. 313-314: «Más allá del afirmado intento de nuestros constituyentes de garantizar con el art. 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 (art. 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’».

²⁶ Así PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: J. M. Bosch, 1996, p. 40 y p. 64, quien cita toda una serie de sentencias del Tribunal Constitucional español en ese sentido.

²⁷ Sobre tales posiciones: MONTELEONE, Girolamo. «Preclusioni e giusto processo: due concetti incompatibili». En: *Il giusto processo civile*, 1/2006, p. 43, quien ironiza señalando que «la garantía del debido proceso no significa que éste debe estar regulado de manera de

En la línea contraria se ha dicho que las preclusiones en materia de prueba son «incompatibles» con el debido proceso²⁸, en cuanto conducen a una «banalización del proceso civil», sacrificando «drásticamente, sobre el altar del abstracto valor de la concentración de los juicios, el propio objetivo natural y fundamental, y se presenta así reducido a una especie de juego, destinado a distribuir, como consecuencia de las rígidas barreras temporales de las que está diseminado (...), ‘premios’ o ‘penalidades’ decisivas para el resultado de la causa, según la destreza, la habilidad o quizá la simple buena suerte de los respectivos defensores de las partes»²⁹.

A nosotros, no nos cabe duda que el sistema de preclusiones «rígidas» en materia de prueba, tal como ha sido *burdamente* diseñado por el CPC de 1993, lesiona abiertamente ese «derecho de defensa en cualquier estado del proceso» (tanto en primer como en el segundo grado) que la Constitución nos asegura a todos.

113

La consecuencia de un sistema así es solo una: la posibilidad de emisión de sentencias irreversiblemente «injustas»³⁰, lo cual, en mi concepto es

asegurar un resultado conforme a los hechos y al derecho, sino que significa que él debe estar atiborrado de preclusiones limitativas del derecho de defensa y del derecho a la prueba siendo la rapidez, no la justicia, el valor fundante de la jurisdicción».

²⁸ Así MONTELEONE, Girolamo. «Preclusioni e giusto processo: due concetti incompatibili». Cit.

²⁹ Así BALENA. «Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità». En: *Il giusto processo civile*, 1/2006, p.109 y s.

³⁰ Cuando *post* preclusión en primera instancia se ofrece alguna prueba, por ejemplo, documental, fuera del «momento» establecido por la ley procesal, por más «pertinente» que ésta sea, la parte no tiene derecho a que se admita y, el juez, de hecho, no podría admitirla. Sin embargo, el documento estará 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 reúne los requisitos del art. 374 CPC. Tal como señalaba ALLORIO, Enrico. «Trent’anni di applicazione del Codice di procedura civile». En: ALLORIO, Enrico (director). *Commentario del Codice di procedura civile*. Vol. I. Torino:UTET, p. CXIII, «una de las dos: o la iniciativa procesal tardía es infundada, y en este

inaceptable y nos debería constreñir a pensar en modelar *ex novo* todo nuestro —por utilizar la eficaz expresión de Balena—«banalizado» proceso declarativo.



caso no huirá de la suerte que le corresponde: la de ser desestimada; o bien ella tiene fundamento, y en tal caso el desestimarla porque fue asomada demasiado tarde en el escenario del proceso equivaldría, simplemente, a no dar la razón a quien la tiene, lo que no nos parece que corresponda precisamente a las finalidades a las que el proceso está enderezado».

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Finalizando la presente tesis, nos parece que hemos logrado nuestro objetivo: demostrar que el sistema de «preclusiones» instaurado por el Código Procesal Civil de 1993 carece de racionalidad.

En tal sentido, podemos formular las siguientes conclusiones:

PRIMERO: el concepto de preclusión es extremadamente controvertido en la doctrina. Sin embargo, hay un dato constante en todas las nociones que desde la teorización chiovendiana está presente: ellas implican la pérdida para las partes de la posibilidad de poder realizar sus actuaciones procesales por no haberlas realizado (o haberlas realizado parcialmente) en la oportunidad establecida por la ley.

SEGUNDO: el factor «ético-ideológico» ha sido determinante para la organización de los procesos civiles en base a rígidas preclusiones para las actuaciones de las partes y, en contrapartida, para la concesión de amplios poderes al juez, en particular en lo relativo al impulso del proceso. La idea central es las partes deben estar sometidas a rígidas preclusiones pues es la única forma de que el proceso sea rápido y eficiente, gracias al impulso del juez. La realidad cotidiana desmiente tal idea.

TERCERO: es imperativo que el planteamiento de cuestiones procesales estén sí sometidas a preclusiones tempranas. Ello asegura que el proceso se establezca y pueda llegar a su acto final válidamente. Pero, si las preclusiones en materia de «presupuestos procesales» son condición necesaria para ello, no es condición suficiente. Se requiere que además el juez esté vinculado a sus decisiones en materia procesal.

CUARTO: las preclusiones de alegación establecidas en el CPC de 1993. Normalmente vienen presentadas como «cargas» (carga de completitud de las alegaciones; carga de cuestionamiento, etc.), cuales imperativos del propio

interés, según la conocida noción de goldschmidtiana, pero, más presentan la estructura del deber que de la —poco clara noción de— carga. Las partes en el proceso no tienen ni deberes ni cargas de alegación: tienen derechos (de acción y de defensa) y éstos deben ser respetados por la normativa procesal.

QUINTO: Las preclusiones probatorias establecidas en el CPC de 1993, comprometen el derecho a la prueba cual componente del derecho constitucional de defensa y ponen en riesgo la corrección de la decisión final.

En cuanto a las recomendaciones, tenemos una sola: el proceso declarativo regulado por el Código Procesal Civil debe ser íntegramente reformado, tratando de hallar el equilibrio entre el respeto de los derechos de las partes (que deben estarles debidamente asegurados) y los necesarios poderes del juez, para lograr la efectiva tutela jurisdiccional de aquellas situaciones jurídicas que son las protegidas por el ordenamiento sustancial, que es la razón de ser de la jurisdicción, y se diría, de la existencia del Estado mismo.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA ESTÉVEZ, José B.

1995 *El proceso ante el Tribunal Internacional de Justicia*. Barcelona: J. M^a Bosch.

ALLORIO, Enrico

1973 «Trent'anni di applicazione del Codice di procedura civile». En: ALLORIO, Enrico (director). *Commentario del Codice di procedura civile*, Vol. I, Torino:UTET, pp. XIII-CXV.

ALZAMORA VALDEZ, Mario

1981 *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, 7^a ed. Lima.

ALZAMORA VALDEZ, Mario

1968 *Derecho procesal Civil. Teoría del proceso ordinario*. 2^a ed. Lima.

ANDRIOLI, Virgilio

2007 «Preclusione» (1966). En: *Scritti giuridici* (al cuidado de Proto Pisani). Vol. I, Milano: Giuffrè, pp. 305-312.

ANDRIOLI, Virgilio

2007 *Volontà e giudizio nel processo civile* (1962). En: *Scritti Giuridici*. Vol. I. Milano: 117
Giuffrè, pp. 80-97.

ATTARDI, Aldo

1959 «Per una critica del concetto di preclusione». En: *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, pp. 1-17.

ATTARDI, Aldo

1985 «Preclusione (principio di)». En: *Enciclopedia del diritto*. Vol. XXXIV, Milano: Giuffrè, pp. 893-911.

BALENA, Giampiero

2006 «Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità». En: *Il giusto processo civile*, N° 1, pp. 109-110.

BALENA, Giampiero

2009 *Istituzioni di diritto processuale civile*. Bari: Cacucci

BALENA, Giampiero

1994 «Preclusioni di merito e preclusioni istruttorie nel processo civile riformato». En: *Quaderni del CSM*. N° 92. Consulta: 29 agosto 2009.
<http://www.csm.it/quaderni/quad_92/qua_92_15.pdf>

- BIAVATI, Paolo
1994 «Il processo a struttura elastica nell'esperienza comunitaria». En *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 113-139.
- BIAVATI, Paolo
1996 «Iniziativa delle parti e processo a preclusioni». En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- CACHÓN CADENAS, Manuel Jesús
2010 «Desventuras de José Casais Santaló, primer traductor español de Chiovenda». En: *Justicia. Revista de derecho procesal*, Nº 3-4, pp. 13-96.
- CALAMANDREI, Piero
1943 *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*. 2ª ed. Padova: Cedam.
- CALAMANDREI, Piero
1920 *La Cassazione civile*. Torino: Fratelli Bocca.
- CALLE, Juan José
1912 *Código de Procedimientos Civiles*. Lima: El Lucero.
- CEA, Costanzo
2006/2 «La tecnica della non contestazione nel processo civile». En: *Il giusto processo civile*, 118 pp. 173- 221.
- CERES MONTES, José Francisco
2008-2009 «Preclusión». En *Enciclopedia Jurídica*, 1ª ed., T. 16, Madrid: La Ley, p. 9450.
- CHIOVENDA, Giuseppe
1993 «Cosa giudicata e competenza» (1905). En: *Saggi di diritto processuale civile* (al cuidado de Proto Pisani). Vol. II, Milano: Giuffré, p. 411-423.
- CHIOVENDA, Giuseppe
1993 «Cosa giudicata e preclusione» (1933). En: *Saggi di diritto processuale civile* (al cuidado de Proto Pisani), Vol. III, Milano:Giuffré, p. 231-283.
- CHIOVENDA, Giuseppe
1954 *Instituciones de derecho procesal civil*. Traducción española de Gomez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado (3 Vols.).
- CHIOVENDA, Giuseppe
1993 «Del sistema negli studi del processo civile» (1908). En *Saggi di diritto processuale civile*, (al cuidado de Proto Pisani), Vol. II, Milano: Giuffré, p. 227-238.

CHIOVENDA, Giuseppe

1993 «Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra» (1920). En: *Saggi di diritto processuale civile*. Vol. II. Cit., pp 1-112.

CHIOVENDA, José

s/f *Principios de derecho procesal civil*. Traducción española a cargo de José Casais y Santaló Madrid: Editorial Reus (3 Vols.)

CIACCIA CAVALLARI, Bona

1999 «Le preclusioni e l'istruzione probatoria del nuovo processo civile». En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 887-930.

CIPRIANI, Franco

1991 *Storie di processualisti e di oligarchi*. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936). Milano: Giuffrè.

CIPRIANI, Franco

2003 «El proceso civil en Italia desde el Código napoleónico hasta 1942». En: *Batallas por la justicia civil. Ensayos*. Lima: Cultural Cuzco, pp. 36-58.

CIPRIANI, Franco

2006 «Il processo civile nello Stato democratico». En: *Il processo civile nello Stato democratico*. Napoli: ESI, pp. 5-25. 119

CIPRIANI, Franco

2003 «En el centenario del Reglamento de Klein (el proceso civil entre libertad y autoridad)». En *Batallas por la justicia civil. Ensayos*. Lima: Cultural Cuzco, pp. 59-87.

CIPRIANI, Franco- D'ELIA, Daniele-IMPAGNATIELLO, Gianpaolo (al cuidado de)

1997 *Codice di procedura civile con la Relazione al Re*. Bari: Caccucci.

CIPRIANI, Franco.

2006 «Pietro de Francisci e la Procedura civile». En: *Il processo civile nello Stato democratico*. Napoli: ESI, pp. 245-267.

COLESANTI, Vittorio.

1965 «Eccezione (dir. proc. civ.)». En: *Enciclopedia del diritto*, XIV. Milano: Giuffrè, pp. 172-205.

COMOGLIO, Luigi Paolo

1998 «Preclusioni istruttorie e diritto alla prova». En: *Rivista di diritto processuale*, pp. 968-995.

COUTURE, Eduardo.

1988 *Vocabulario jurídico* (1960). 3ª reimp. Buenos Aires: De Palma.

D'ONOFRIO, Paolo

1927 «Sul concetto di "preclusione"». En: *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo del suo insegnamento*, Padova: CEDAM, p. 426-437.

DEL SOLAR, Francisco José

2006 «*Juan F. Monroy Gálvez*». En: *Jurídica*, N° 90, martes 18 de abril, p. 9-11.

EISNER, Isidoro

1979 «Preclusión». En: *Enciclopedia jurídica Omeba*. Tomo XXII. Buenos Aires: Driskill, pp. 779-784.

FABBRINI, Giovanni

1989 «Poteri del giudice». En: *Scritti giuridici*. Vol. I. Milano: Giuffrè, pp.405-459.

FALZEA Angelo

1958 «Accertamento (Teoria generale)». En: *Enciclopedia del diritto*. Vol. I, Milano: Giuffrè, pp. 205-219.

FALZEA Angelo

1965 «Efficacia giuridica». En: *Enciclopedia del diritto*. Vol. XIV, Milano: Giuffrè, pp. 120-432-509.

FALZEA, Angelo

1999 *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. Milano: Giuffrè.

FONS RODRÍGUEZ. Carolina

2005 «La modificación de la demanda (*Klageänderung*) en el derecho alemán». En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, N° 34, pp. 179-201.

GANDESEGUI APARICIO, María José

1998 *Los pleitos civiles en Castilla. 1700-1835: estudio del funcionamiento de la administración de justicia en el marco de los pleitos privados* (Tesis Doctoral). Tomo II, Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Consulta: 18 enero 2011
<<http://eprints.ucm.es/tesis/19972000/H/0/H0042101.pdf>>.

GIANNOZZI, Giancarlo

1958 *La modificazione della domanda nel processo civile*. Milano: Giuffrè.

GIANNOZZI, Giancarlo

1962 *La contumacia nel processo civile*. Milano: Giuffrè.

GIANNOZZI, Giancarlo

1980 *Appunti per un corso di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè.

GOLDSCHMIDT, James

1936 *Derecho procesal civil*, traducción de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor.

GRASSO, Edoardo

1993 «Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado». En: *Rivista di diritto processuale*, pp. 639-655.

GUASTINI, Riccardo

1989 «Dovere giuridico». En: *Enciclopedia giuridica*. Vol. XII Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana.

GUTIERREZ BERLINCHES, Alvaro

2003 «Algunas reflexiones sobre el concepto de sumariedad». En: *Revista de derecho procesal*, N° 1-3, pp. 289-342.

HEINITZ, Ernesto

1937 *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: Cedam.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella.

1999 «La prueba de oficio en el sistema dispositivo». En: *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 121
11, p. 19 y ss.

LEVAGGI, Aberlardo

2009 «Tomás Jofré, introductor de Giuseppe Chiovenda en el derecho argentino». En: *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrogio L. Gioja"*. Año III, N° 4. Consulta: 27 julio 2011
<http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0004A003_0006_investigacion.pdf>).

LIEBMAN, Enrico Tullio

1962 «L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale» (1950). En: *Problemi del processo civile*. Napoli: Jovene.

LIEBMAN, Enrico Tullio

1962 «Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano» (1953). En: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, pp. 491-516.

MARELLI, Fabio

1996 *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*. Padova: Cedam, 1996

MILLAR, Robert Wyness

1945 *Los principios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: Ediar.

MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA

1937 *Codice di procedura civile. Progetto preliminare e relazione*. Roma: Istituto Poligrafico dello Stato.

MONROY GÁLVEZ, Juan

1996 *Introducción al proceso civil*, Bogotá: Temis.

MONROY GÁLVEZ, Juan

2003 «Proceso civil en el Perú: origen y destino» (1988). En: *La formación del proceso civil*. Lima: Comunidad, pp. 38-45.

MONROY GÁLVEZ, Juan

2009 «La reforma del proceso civil peruano- quince años después». En: *Código Procesal Civil*. Lima: Communitas, pp. 3-65.

MONROY GÁLVEZ, Juan

2003 «Postulación del proceso en el Código Procesal Civil». En: *La formación del proceso civil peruano*. Lima: Comunidad, p. 223-247.

MONROY GÁLVEZ, Juan- MONROY PALACIOS Juan José

2003 «Las relaciones entre los jueces, partes y abogados en el proceso civil peruano». En: *Revista peruana de derecho procesal*. N° VII, dic. 2003, pp. 291-300.

122

MONROY GÁLVEZ, Juan.

2005 «Algunas reformas al Código Procesal Civil». En *Derecho Procesal. III Congreso Internacional*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, pp. 267-281.

MONTELEONE, Girolamo

2006/1 «Preclusioni e giusto processo: due concetti incompatibili». En: *Il giusto processo civile*, pp. 31-43.

MONTERO AROCA, Juan

1994 «La Ley de Enjuiciamiento civil española de 1855: la consolidación del proceso común». En: GIULIANI, Alessandro-PICARDI, Nicola (al cuidado de). *L'educazione giuridica. VI. Modelli storici della procedura continentale*. Napoli: ESI, pp. 356- 458.

MONTERO AROCA, Juan

1996 «Presentación de documentos materiales con la demanda y la contestación» (1990). En: *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona: J.Mª. Bosch, pp.319 -354

PICÓ I JUNOY, Joan

2006 *La modificación de la demanda en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.

PICÓ I JUNOY, Joan

1996 *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: J. M^a. Bosch.

PROTO PISANI, Andrea- TOMBARI FABBRINI, Giovanna

1995 «Preclusioni. I) Diritto processuale civile». En: *Enciclopedia giuridica*. Vol. XXIII, Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana.

PUGLIESE, Giovanni

1969 «Giudicato (diritto vigente)». En: *Enciclopedia del diritto*. Vol. XVIII. Milano: Giuffrè, pp. 785-893.

REALI, Giovanna

2006/2 «La non contestazione nel giusto processo civile». En: *Il giusto processo civile*, pp. 227-253.

REDENTI, Enrico

1934 «Sulla riforma del processo civile». En: *Giurisprudenza italiana*. Parte Quarta, cc. 251-273.

ROCCO, Ugo

1957 *Trattato di diritto processuale civile*. Vol II. Torino: UTET.

SATTA, Salvatore

1971 *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa. Buenos Aires: Ejea.

SCOZZAFAVA, Oberdan Tommaso

1980 «Onere (nozione)». En: *Enciclopedia del diritto*. Vol. XXX, Milano: Giuffrè, p. 99-113.

SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín,

2009 *Preclusión de alegaciones en el proceso civil*. Madrid: Civitas.

TAIPE CHAVEZ, Sara

2003 «La relevancia de la preclusión en el proceso». En *Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional*, Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima.

TARUFFO, Michele

1992 «Le preclusioni nella riforma del processo civile». En: *Rivista di diritto processuale*, pp. 296-310.

TARUFFO, Michele

1997 «Preclusioni (diritto processuale civile)». En: *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*. Vol. I, Milano: Giuffrè, p. 794-810.

TARUFFO, Michele

1980 *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Bologna: Il Mulino.

TARUFFO, Michele

1984 «Il diritto alla prova nel processo civile». En: *Rivista di diritto processuale*, p. 74-120.

TAVORMINA, Valerio

1992 «Dedotto, deducibile e Costituzione». En: *Rivista di diritto processuale*, pp. 311- 319.

TESORIERE, Giovanni

1983 *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*. Padova: Cedam.

VALLINES GARCÍA, Enrique

2004 *La preclusión en el proceso civil*. Madrid: Civitas.

VITALE, Antonino

1988 «Decadenza. III) Diritto processuale». En: *Enciclopedia giuridica*. Vol. X. Roma: Istituto della Enciclopedia italiana.