



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

***Civil Procedure Review* - ISSN 2191-1339**

Electronic Law Review in the field of Procedural Law

<http://www.civilprocedurereview.com>

Vol.1 – N°2 – jul./set. 2010



Summary

Vol.1 – N°2 – jul./set. 2010

LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA EN LA ESPAÑA DEL SIGLO XXI. ULTIMAS REFORMAS

(The Administration of Justice in Spain in the 21st Century. Last Reforms)

JUAN BURGOS LADRÓN DE GUEVARA p.3

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION IN BRAZIL

LUCIANO BENETTI TIMM, RAFAEL PELLEGRINI RIBEIRO AND SONIA FARBER p.10

ORALIDAD E INMEDIACIÓN EN LA PRUEBA: LUCES Y SOMBRAS (Orality and taking of evidence: lights and shadows)

JORDI NIEVA FENOLL p.27

AUTONOMIA PRIVATA E PROCESSO CIVILE: GLI ACCORDI PROCESSUALI (Private autonomy and civil procedure: the procedural agreements)

REMO CAPONI p.42

AÇÃO RESCISÓRIA COMO MEIO DE CONTROLE DE DECISÃO FUNDADA EM LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Control of decisions already precluded by res iudicata and that were justified on statutes later founded to be unconstitutional by the Supreme Court)

FABIANO CARVALHO p.58

TEMERIDAD Y MALICIA PROCESALES AL BANQUILLO: CRÓNICA DE DOS LACRAS JURÍDICAS QUE PRETENDEN CONSOLIDARSE (Procedural recklessness and malice to the bench: chronicle of two juridical blights that try to be consolidated)

JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE p.74



La Administración de la Justicia en la España del Siglo XXI. (Últimas Reformas)¹

(The Administration of Justice in Spain in the 21st Century. Last Reforms)

Juan Burgos Ladrón de Guevara

Professor of Civil Procedure at the University of Sevilla, Spain. jburgos@us.es

Abstract: The article gives a panorama about the Civil Justice in Spain nowadays, but also with a look to the future challenges of court proceedings, such as the need of a faster and more effective system.

Key words: Civil Justice. Justice administration. Spain

Summary: I.INTRODUCCIÓN. II. REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL. III.INDEPENDENCIA JUDICIAL. IV.CONCLUSIÓN.

I.-INTRODUCCIÓN

Me propongo, hablarles de la Justicia en España y de sus problemas pero mirando al futuro. El principal problema, a mi juicio, es la lentitud. Los procesos duran demasiado tiempo y la decisión del Juez o Tribunal llega demasiado tarde; otro mal es la deficiente calidad de muchas resoluciones judiciales. Ambos problemas, están estrechamente relacionados con la cortedad de medios materiales y personales puestos a disposición de la Administración de Justicia y el deficiente marco normativo, aunque en España se están produciendo últimamente reformas de gran calado, como ha sido la acometida tras la publicación de la ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial y de la Ley Orgánica 1/2009, complementaria de la anterior, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985 del

*Conferencia impartida el 19 de mayo de 2010, en la Facoltà di Giurisprudenza de la Università degli studi di Milano, en el aula 302, como Profesor Visitante en el "Istituto Cesare Beccaria".



Poder Judicial; con la reforma de mas de 900 articulos y de 25 leyes.

Dicha reforma afecta no solo al ámbito procesal penal, sino también a cuestiones orgánicas y de proceso civil, así como en el procedimiento laboral, contencioso-administrativo, y en el ámbito mercantil, donde se han introducido modificaciones interesantes en la ley de patentes 11/1986, Ley Cambiaria y del Cheque 19/1985, Ley Concursal 22/2003 y ley de Arbitraje 60/2003.

Porque, el objetivo de una Administración de Justicia ágil, sólo puede lograrse, con buenas leyes procesales y con el numero suficiente de órganos jurisdiccionales. Sólo así podrá lograrse el equilibrio entre el número de asuntos y el ritmo de trabajo.

Con dinero se resuelve, sin más, el problema de los medios materiales. Más problemas plantean los medios personales. También aquí son necesarios recursos financieros, pero no basta con eso.

Para que la Administración de Justicia mejore de verdad no basta, tampoco, con que haya más Jueces y Magistrados, ni que aumente correlativamente el número de Secretarios judiciales y del personal de la Oficina judicial u otro personal al Servicio de la Administración de Justicia.

Es preciso que los jueces sean buenos jueces. Y esto es más difícil que comprar un equipo informático o que construir un edificio. Aquí la labor ha de empezar con la Universidad , especialmente en las Facultades de Derecho, mejorando la calidad de la enseñanza que asegure la preparación de quienes accedan al ejercicio de las profesiones jurídicas relacionadas con la justicia.

II.-REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL.

Otra cuestión sobre la que conviene meditar, es la que plantean algunas propuestas que vienen haciéndose, sobre la reforma de la justicia penal. Se pone en cuestión el modelo de Instrucción Penal que estableció nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1.882. Una de las propuestas fuertemente repetidas es: confiar la investigación de los delitos al Ministerio Fiscal. Otra línea habla de acentuar “el carácter acusatorio de la Instrucción penal”.

Se postula que, el Juez de Instrucción no puede actuar de oficio o por propia iniciativa, sino que actúe siempre a instancia de parte. Así el Juez de Instrucción:

-No podría incoar un proceso sin previa petición del fiscal o de un acusador particular.



-No podría ordenar diligencias de investigación de oficio, sino tendría que limitarse a decidir sobre la procedencia de las solicitadas por las partes.

-No podría atribuir la condición de imputado a ningún sujeto, si no lo hubiera solicitado el fiscal o algún acusador particular.

-No podría acordar medidas cautelares, especialmente la prisión provisional, sin previa solicitud de parte, lo cual acontece en España, desde que se publicó la Ley del Jurado de mayo de 1.995.

Este tipo de propuestas han encontrado cierta acogida con la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre, sobre el Procedimiento Abreviado, y más decididamente por la Ley Orgánica 5/1995 de 22 de mayo del Tribunal del Jurado, con la nueva regulación de la fase de instrucción en que la actuación del Juez queda fuertemente condicionada por la iniciativa del Fiscal y de las partes.

Aunque con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la Responsabilidad Penal de Menores., cobra gran protagonismo el fiscal instructor que es el que dirige la instrucción del expediente.

Recientemente y encontrándome en Milan, han tenido lugar “Las conclusiones de la comisión de Expertos para adaptar La Ley de Demarcación y Planta Judicial “, que el actual Ministro de Justicia, elevó al Consejo de Ministros del 16 de Abril de 2010 la que sin lugar a dudas si prospera su reforma, será una iniciativa que se enmarque en el ambicioso Plan de Modernización de la Justicia, puesto ya en marcha el 4 de mayo de 2010, con la reforma de la Oficina Judicial, a partir de las leyes de noviembre de 2009, antes referidas.

Esto último, sin duda influirá notablemente sobre la justicia penal y su pretendida reforma, aunque la ley de Planta y Demarcación Judicial, obviamente afecta a todos los órdenes jurisdiccionales; pues entre las principales recomendaciones de la Comisión, aparte de la, superación del partido judicial, la extensión de la organización colegiada a los tradicionales juzgados, la creación de tribunales de base o de primer grado, y la creación de tribunales de instancia. Hay, una recomendación que seguramente, organizará un gran revuelo jurídico, porque ya ha sido creado, el clima de opinión – desde hace tiempo –, con enorme discusión doctrinal entre una posición favorable, una posición desfavorable y hasta una posición que podríamos llamar neutra o para judicial.



Nos referimos a la atribución de la investigación penal al Ministerio Fiscal,, con lo que ello, lleva consigo, sobre el futuro modelo de proceso penal en España; basándose para ello, en el criterio de que la superación del “partido judicial” y la concentración de la instancia están íntimamente ligadas a la necesidad de cambiar el sistema actual de investigación penal. Aprovechando la especial fisonomía del Ministerio Fiscal, como órgano dotado de una mayor movilidad territorial y capacidad de especialización dentro del orden penal. Por lo que, los miembros de la Comisión indican, que cabe establecer un nuevo modelo de investigación penal más ágil, flexible y adaptado a los distintos tipos de delincuencia.

III.-INDEPENDENCIA JUDICIAL

Porque nos referimos dentro de la Administración de Justicia en España, a la Independencia Justicia. Sencillamente, estimamos que la independencia del juez es un aspecto positivo en cuanto al control de la iniciación del proceso penal, porque la presencia de un órgano independiente e imparcial en la fase de investigación también puede interpretarse como una garantía adicional para el ciudadano frente al poder del Estado en el uso de técnicas de control e investigación de los hechos. Aunque se pretenda llevar a la Instrucción una composición acusatoria similar a la vigente en el juicio oral.

Nuestro punto de partida, viene marcado, por la no aplicación al Juez, de Instrumentos Internacionales como son:

-Los Principios Fundamentales de las Naciones Unidas relativas a la Independencia de la Magistratura de 1.985.

-La Carta Europea sobre el Estatuto de los Jueces de 1.998.

-Opiniones del Consejo Consultivo de Jueces Europeos del Consejo de Europa. De : 1/200; 3/2002; 6/2004.

-Carta Magna del Poder Judicial de 2008.

En España, hoy es un hecho incuestionable el desmesurado grado de politización y pérdida de independencia del Poder Judicial. El proceso de contaminación política y ocupación progresiva del espacio judicial desde 1985 por el poder político dominante es evidente, y no se ha detenido ni alcanzado, parece, en sus objetivos. Por lo que, podría estar en juego la Democracia misma y el

Sistema de división de poderes.

El Poder Judicial, quedo plasmado dentro del marco y esquema de la división de poderes que existe en todo Estado de Derecho. En el Título IX, bajo el rótulo “Del Poder Judicial”, donde aparece la justicia como un valor superior del ordenamiento jurídico, garantía de la independencia de Jueces y Magistrados – artículo 117.1 de la Constitución Española.

Esto, afortunadamente fué así, porque la propia Constitución creo un Órgano de Autogobierno interno similar al de la Constitución Italiana de 1947 – *Consiglio Superiore della Magistratura*. El Consejo General del Poder Judicial, de carácter democrático y composición plural – Jueces y juristas de reconocida competencia.

Pero-ecco- la Reforma de 1985 inicio la progresiva ocupación del Poder Judicial por el poder político, con el “objetivo” de, derribar el principal muro de protección constitucional de esa independencia judicial, desposeyendo a los Jueces y magistrados de su originario derecho a elegir a 12 de los 20 vocales que conforman el Consejo General del Poder Judicial, transfiriendo integramente al Parlamento, la elección de todos ellos.

Poder político, que fiel a su afán por controlar a su controlador, procedió a renovar los sucesivos Consejos del Poder Judicial en clave política, convirtiendo su composición en puro retrato en miniatura de las fuerzas políticas representadas en el Parlamento.

En cuanto, a los “efectos”, la falta de independencia trajo consigo un degradado uso partidista del nuevo sistema, donde las Cámaras propone a los veinte vocales del Consejo. Consecuencia, de ello es que los nombramientos de la cúpula judicial y del propio Tribunal Constitucional es efectuado bajo la sombra real del reparto en las respectivas Cámaras entre las diversas fuerzas políticas.

Esto tiene como significado, un progresivo descrédito y desconfianza de los ciudadanos en la justicia como último baluarte del Estado de Derecho. Poder político acrecentado con la proyectada creación , en virtud de los Estatutos de Autonomía,-hasta ahora el de Cataluña(sometido todavía, a varios Recursos de Inconstitucionalidad sin resolver) y Andalucía-, de los 17 Consejos Autonómicos del Poder Judicial, elegidos por las respectivas Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, con el lógico incremento de presión política, sobre los Jueces del territorio.



A esto, acompaña actualmente un proceso de “Administrativización” del ámbito judicial y de absorción de competencias jurisdiccionales por órganos jerárquicamente dependientes del Poder Ejecutivo. Ya, la reforma de 23 de diciembre de 2003, - tras el Pacto de la Justicia de 2001, firmado por los principales partidos políticos-, de la Ley Orgánica del Poder Judicial y las posteriores, dió lugar a que el poder político haya llevado a cabo un horizontal proceso de administrativización de la justicia.

Al mismo tiempo, se ha reducido la “operatividad funcional” del Poder Judicial, al hacer depender la Administración de Justicia de tres núcleos de poder no coordinados y difícilmente coordinables entre sí. Me estoy refiriendo, a que el Juez depende del Consejo General del Poder Judicial; el Secretario judicial del Ministerio de Justicia y la oficina judicial de las Consejerías de Justicia de cada Comunidad Autónoma.

Por tanto, sustancial debilitamiento de la independencia judicial, como son las funciones de:

- a) Dirección e Inspección.
- b) Régimen Sancionador.
- c) Responsabilidad objetiva.

Y la reciente reforma de noviembre de 2009, como ya hemos indicado, ha procedido a transferir a los Secretarios judiciales plenas funciones de dirección de la oficina y competencias procesales autónomas, con la conversión de los mismos en un cuerpo fuertemente jerarquizado en cuyo vértice se encuentra el Ministro de Justicia, y por lo tanto el Poder Ejecutivo.

A ello, añadimos la proyectada atribución al Ministerio Fiscal de toda la instrucción del proceso penal, sin efectuar una reforma sustancial de su Estatuto Orgánico de 1981, que garantice su desvinculación del Poder Ejecutivo, y por tanto su efectiva independencia e imparcialidad.

Como, ya he manifestado, si consideramos la histórica carencia de medios en la Justicia; esa ocupación del Poder Judicial, no ha ido acompañada de una mejora efectiva de la penuria de medios económicos personales y materiales. ¡Sigue siendo la justicia la cenicienta de los presupuestos generales del Estado!, con una inversión del 1% frente al 3,5% de media en los países europeos de nuestro entorno, con una planta de Jueces, de 10 cada 100.000 habitantes, cuando la media europea es de 20 cada 100.000 habitantes.



IV. CONCLUSIÓN

Todavía podría hablar de muchos otros temas, que en mayor o menor medida conectan con la idea de situar a nuestra Justicia a la altura de las necesidades del siglo XXI, pero no quiero abusar de su paciencia. Creo que una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal o un nuevo Código de Procedimiento Penal, una mejora de los medios personales y materiales al servicio de la Justicia. Y, una clara separación entre los ámbitos que corresponden al Poder Judicial y al Poder Ejecutivo, eliminando cualquier posibilidad de injerencia de éste en los terrenos que deben quedar reservados a la Justicia y a su gobierno, es muy necesario en estos momentos en la Administración de la Justicia en el siglo XXI.

Pero, algo debe quedar claro, que un Sistema Procesal Penal debe guardar la necesaria coherencia con el principio constitucional de división de poderes.

Finalizo, agradeciendo sumamente su atención.



International Commercial Arbitration in Brazil

Luciano Benetti Timm

Professor of Pontificia Universidade Católica Rio Grande do Sul and Universidade Luterana do Brasil. Visiting Scholar and Post doctoral fellow at UC Berkeley, Boalt Hall, Center of Law, Business and Economics, 2007. LLM Warwick University, LLD Federal University of Rio Grande do Sul, Brazil.

Rafael Pellegrini Ribeiro

Member of the Brazilian Bar. LLB and LLM (Federal University of Rio Grande do Sul), LLM (New York University)

Sonia Farber

BA Claremont McKenna College, USA.
UC Berkeley Graduate Student of Boalt Hall School of Law.

Abstract: This article addresses the main issues related to the development of international commercial arbitration in Brazil. After several years of rejection, Brazil started to accept arbitration as a valid and binding dispute resolution method with the enactment of Law 9307 of 1996. First, the article examines the history of arbitration in Brazil and the main problems related to the non-recognition of such method as a valid dispute resolution alternative. Second, the articles explores new issues related to arbitration in Brazil arisen after the enactment of the Arbitration Law.

Keywords: Arbitration, Dispute Resolution, Commercial Law, Arbitral Award, Brazil, Homologation of Arbitral Award, Arbitrability, New York Convention.

Introduction

For a long period of time, Brazil was not recognized as a country where arbitration played a central role as a dispute resolution method. This was also the time where the Brazilian economy, though relevant (since its GDP has been over the last twenty years among the 11th biggest in the



world and almost the size of Canada's in absolute terms²), was based on the import substitute model and thus lacked external exposure. This was also a time of domestic hostility towards arbitration. These days are over. After president Cardoso's reforms in the 90's, the Brazilian economy became internationalized and domestic hostility towards arbitration decreased.³ Brazil is now number four in the number of ICC Court of Arbitration cases (according to ICC arbitration report 2006)⁴.

However, the change of paradigm with respect to arbitration is not only a question of Economics and Commerce. It is also a matter of law. This article will explain what happened in the country with respect to arbitration from a legal point of view. This is because although economics is fundamental, it is not enough to bring efficiency in contracts and the market. This is the Coasean theorem, i.e, in an ideal world of zero transaction costs, parties can reach efficient solutions in spite of legal provisions. However, in a real world of transactions costs, the legal system does matter to efficient outcomes.⁵

Efficiency is the equilibrium situation in which one of the parties in a contract can improve its situation without making the other party worse off (Pareto efficiency) or improve as much as to abstractly compensate the harm of the other (Kaldor-Hicks criteria).⁶ Literature suggests that often both parties, and at least one of the parties, will be better off resolving disputes through arbitration, rather than litigation. Parties are able to reach the most efficient solution through the bargaining process. The explanation for this probably lies in the decrease in transaction costs (due to the speediness of proceedings, the specialization of arbitrators). So if parties prefer an arbitration clause to a choice of forum clause, we can presume that it is more efficient for them.⁷

² <http://siteresources.worldbank.org/ICPINT/Resources/summary-tables.pdf>.

³ TIMM, Luciano Benetti. The Transfer of Technology Direct Regulations in Brazil (Part I). *In Computer and Telecommunications Law Review*. , v.5, p.217 - 223, 1999

⁴ ICC Statistical Report 2006, in ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 18, issue 1, 2007, p. 05.

⁵ Cooter explains: "Some transaction costs are endogenous to the legal system in the sense that legal rules can lower obstacles to private bargaining. The Coase Theorem suggests that the law can encourage bargaining by lowering transaction costs. Lowering transaction costs 'lubricates' bargaining. (...) We can formalize this principle as the normative Coase theorem: *Structure the law so as to remove the impediments to private agreements.* (...) It assumes that private exchange can allocate rights efficiently. (...)". Cf. COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law & Economics*. Boston, Addison Wesley, 2003, p. 93.

⁶ COOTER, op. cit., p. 11 and 40. That is to say when the marginal cost equals the marginal benefit for each service or product.

⁷ According to Shavell a "contract is said to be mutually beneficial or, in the language of economics, Pareto efficient, if the contract cannot be modified so as to raise the well-being – the expected utility – of each parties to it. We would suppose that contracts would tend to be mutually beneficial: if a contract can be altered in a way that this would raise



Given these assumptions, this paper seeks to explain the changes in Law that have allowed arbitration to play a major role in dispute resolution in Brazil. By Law we do not only mean the Law on the books – the provision of statutes and regulations of government bodies – but the Law in action – how courts interpret in practice those statutes and regulations. Brazil changed its federal law of arbitration and the Supreme Court confirmed it.

In many ways, the Brazilian experience mirrors the experience of the United States during the 20th Century, where there was initially a strong judicial resistance against arbitration, and then the passing of legislation (Federal Arbitration Act 1925, FAA, 9 U.S.C paragraph 1 *et seq.*), which was confirmed by a trilogy of cases within the United States Supreme Court (Scherk v. Alberto-Culber Co⁸, Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth⁹). The United States experience thus is illustrative of the Brazilian experience.

Naturally, the explanation for the increased acceptance of arbitration cannot be reduced to simply passing legislation and its confirmation by the courts. Rather, there are other legal and institutional reasons that will be explored in Part four of this paper. These reasons relate to lack of efficiency of the courts (time and expertise) and lack of confidence from foreign investors.

Part one of this paper will discuss the past legislation that created an obstacle to successful arbitration.

In part two, we will describe how the Federal Law 9307 of 1996 (Brazilian Arbitration Act, BAL) and the recent adoption by Brazil of the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (hereinafter the “New York Convention”)¹⁰ tackled the main problems.

In part three we will address the main precedents of higher courts with respect to the constitutionality and interpretation of the Federal Law.

In part five we will comment on some unresolved issues that still need to be addressed by

expected utility of each party, we would think that this would be done”. Cf. SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 293.

⁸ 417 U.S. 506 (1974). In Scherk, the Supreme Court decided, under the circumstances of the case, that an arbitration clause – that transfers the original jurisdiction of a court of justice to the arbitral tribunal – is valid even when related to an agreement to purchase securities of a company, in spite of the provisions of the Securities Act of 1933, particularly its paragraph 14 (which deems invalid any preclusion of the buyer to a legal remedy in court).

⁹ 473 U.S. 614 (1985). In Mitsubishi case, The Supreme Court decided, under the circumstances of the case, that an arbitration clause is valid even when the subject matter of the dispute might involve antitrust law.

¹⁰ United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, ratified by Brazil in July 23rd, 2002 by the “Decreto” n. 4311.

the courts.

1. UNDERSTANDING THE LEGAL PROBLEMS OF PAST LEGISLATION

1.1. Evolution of Arbitration in Brazil: legal reasons for its failure

Brazil first adopted arbitration while it was still a Portuguese colony, since it was forced to implement all legislation that was enacted in Portugal. In 1824, with the proclamation of independence, a new constitution was created and arbitration was recognized in its article 160.¹¹ In the following years some laws made arbitration mandatory to some commercial cases.¹²

In 1867 a new law¹³ revoked mandatory arbitration for certain commercial disputes, leaving the parties to choose arbitration as a method of dispute resolution if they so desired. This law was the first step of more than a hundred years of hostility to arbitration in Brazil. Following this law, the country adopted a very strong policy based on jurisdictional exclusivity of the courts (or state monopoly of jurisdiction).¹⁴ This policy can be found in the most important codes and statutes that existed until the BAL was enacted, such as the Brazilian Civil Code of 1916 and in the Brazilian Civil Procedure Code of 1939 and 1973.¹⁵

Brazil signed and ratified¹⁶ the Protocol of Geneva on September 24th, 1923. However, international treaties and conventions are internalized into the Brazilian Legal System with the same degree and level of a federal statute. Thus, the Protocol was superseded by several laws and statutes which were hostile to arbitration, such as the Civil Procedure Code in 1939 which preempted the validity of the aforementioned Protocol in Brazil¹⁷.

Late after, in 1981, as a result of the concern that legislation that was hostile to

¹¹ Jose Alexandre Tavares Guerreiro, *A Execucao Judicial de Decisoes Arbitrais*, 75 Revista de Direito Mercantil 31, 31 (1999).

¹² Article 411 of the "Regulamento n. 737" enacted in January 25th, 1850 and Articles 294 and 248 of the "Brazilian Commercial Code" enacted in 1850.

¹³ Lei n. 1350, enacted in September 9th, 1866.

¹⁴ Ricardo Alvarenga, *The 1996 Brazilian Law on Arbitration*, 10 World Arb. Mediation Rep. 340, at 341 (1999).

¹⁵ Jurgen. Samtleben, *Procedimento Arbitral No Brasil - O Caso "Lloyd Brasileiro Contra Ivarans Renderi" Do Superior Tribunal De Justica*, LXVII Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Sao Paulo 185, 210. (1999)

¹⁶ Ratified by the "Decreto 21.167" enacted in May 22nd, 1932.

¹⁷ Alvarenga, *see supra note 6*, at 342; Hermes Marcelo Huck, *La Nouvelle Loi de L'arbitrage au Brésil*, Bull. Assoc. Suisse Arb. 570, at 572 (Switz. 1997).



international arbitration decreased the amount of international trade in Brazil, the Brazilian government decided to pursue legislation that would facilitate arbitration.¹⁸ In the same year the government published a first draft of arbitration legislation seeking public comments. The draft was rejected by the majority of lawyers in the country. At that time most Brazilian lawyers were proud of the new Civil Procedure Code and rejected the draft on the grounds that it was inconsistent with the new code. With so much criticism, the draft was abandoned.¹⁹

The Libertarian Institute of Pernambuco made another attempt with a project called “Operação Arbiter” (Arbiter Operation) which designed a draft on the matter with public and private participation.²⁰ The draft was based on the New York Convention, the Panama Convention, the UNCITRAL Model Law on Arbitration and the Spanish Law on Arbitration.²¹ On April 27, 1992 the project was finally sent to congress where it was discussed for four long years until it was enacted as law 9.307 on September 23, 1996. Just before the enactment of the BAL, Brazil signed and ratified The Inter-American Convention on International Commercial Arbitration²².

1.2. The legal problems of past legislation

In Brazil, before the enactment of the BAL there were two main legal problems with both domestic and international commercial arbitration that restricted use of arbitration: the non-recognition of the arbitration clause and the requirement of homologation (recognition) in Court.

1.2.1. Non-recognition of the arbitration clause

Until the enactment of the BAL, arbitration clauses were unenforceable. Before, there was a requirement that if the parties preferred settling their dispute by arbitration instead of submitting the dispute to courts, the parties had to renew their agreement after the dispute had arisen.²³ If a party refused to comply with the arbitration agreement set out in a contract, courts in Brazil could only award damages for non-compliance of a contractual clause, but they would never

¹⁸ Irineu Stegner, *Arbitragem Comercial Internacional*, at 33 (LTR, São Paulo, 1998).

¹⁹ *Id.*

²⁰ Alvarenga, *see supra note 6*, at 342.

²¹ Maruska Guerreiro Lopes, *La Nouvelle Loi Brésilienne sur L'arbitrage*, 37 *Daloz Affaires* 1, at 4 (Fr. 1997).

²² Ratified on May 10th, 1996.

²³ Brest Fulkerson, *A comparison of Commercial Arbitration: The United States & Latin America*, 23 *Hous. J. Int'l L.* 537, at 554 (2001).



compel the parties for arbitration.²⁴

1.2.2. Homologation problem

Homologation was considered the major problem for arbitration in Brazil before the BAL. According to the previous legislation in Brazil, an arbitral award was required to be “homologated” in a district court of justice in order to be fully valid, legally binding and enforceable. The homologation procedure was supposed to be done by means of a civil law suit with a right to defense, production of evidence, and, as any court proceeding bound by the due process of law clause, could take years to make a final decision. Therefore, all the advantages of arbitration were lost, especially speediness. Which party would like to “retrial”²⁵ the issue in court, after an arbitration award from an ex-ante perspective – that is in the moment of drafting the agreement and chose for arbitration clause.

This was even worse for foreign awards that also required a recognition procedure by the Brazilian Supreme Court (even after homologation in a court at the place of arbitration). In most civil law jurisdictions, foreign arbitral awards need to be recognized previously in domestic courts to be enforced.

Hence, the “double homologation” problem (or double recognition procedure) for international arbitration awards, consisted in the recognition of the award by a court in the country where the arbitration took place and then in Brazil, by the Brazilian Supreme Court, “Supremo Tribunal Federal” (hereinafter STF). In this way, the STF would only submit the award to the tests of enforceability under Brazilian Law if that award was previously recognized by a Court in the country where the arbitration took place.²⁶ For instance, if an American party wanted to enforce in Brazil an arbitral award rendered in New York, it would need to recognize the award first in a New York court and then in Brazil.

This requirement was not only completely outdated, but also worked against the benefits of arbitration. The cost of arbitration would be increased by the obligation to submit the award to

²⁴ Carlos Alberto Carmona, *A Arbitragem no Brasil, Em Busca de Uma Nova Lei*, 166 *Jurisprudencia Brasileira*, at 17-19 (1999).

²⁶ Guido F. S. Soares, *Arbitragens Comerciais Internacionais no Brasil: Vicissitudes*, 641 *Revista dos Tribunais* 38, at 47 (1989).



the judiciary. In addition, time savings would be lost because of the slowness of the recognition process and the possibility of a special appeal.²⁷

Those two main legal problems were tackled by BAL and also the recognition of the NY Convention.

2. The Brazilian arbitration Law: overcoming the coasen problem

The Brazilian intent in enacting the BAL was to adopt the most up-to-date rules of arbitration that were used in the world. For that reason, the Brazilian legislator found inspiration in more than five instruments, including the New York Convention and the UNCITRAL Model Law on Arbitration.²⁸ This clearly shows that the goal of the Brazilian government was to adopt the most recent theories in arbitration, and to follow the international practice.

The BAL addresses all topics of arbitration, and it is very similar to many arbitration statutes around the world, since Brazil is not the only country that has found inspiration in the provisions set by the UNCITRAL or by the New York Convention. The BAL has tackled the two main problems of the old legislation that was hostile towards arbitration. First, it made the arbitration agreement binding on the parties that had signed it (as provided in the New York Convention) and second, it released the parties from the need of the homologation of the arbitral award in domestic courts, considering an arbitral award valid and enforceable *per se*, equal to a court award and (the BAL also equalized arbitrators and judges).

On one hand, Brazil recognized the autonomy and enforceability of an arbitration clause. A party that has signed such a provision cannot circumvent its force. Courts must direct the parties to arbitration in case of disputes in court with respect to litigation that falls within the scope of the arbitration clause. It is up to the arbitral tribunal to decide its jurisdiction (principle *kompetenz-kompetenz*). Moreover there is a remedy for a party to ask for specific performance to compel the other party to participate in arbitration if the clause does not give enough guidance to start proceedings (such those vague clauses stating that “disputes arising out of this contract must be resolved by arbitration”, without directions on which tribunal, which procedural law, etc).

On the other hand, considering the arbitral award valid and enforceable without the

²⁷ *Id.*

²⁸ Guerreiro, *see supra* note 17.



necessity of any homologation whatsoever, BAL released winning parties from the need to undergo the tiresome domestic homologation. Therefore, international awards did not need to be homologated in the court where the proceedings had taken place to be enforced in Brazil. Now, they only need to be recognized at the Superior Court of Justice, as any other kind judicial award from another country. In such a proceeding, there is no discussion on the merits of the case, the court only assesses if formalities were observed and if the public policy of the country is not offended.²⁹

As a result of enacting the new law, Brazil removed the greatest barriers to domestic and international arbitration. *Bien entendu*, the BAL dispensed of the need for recognition by the foreign judiciary, but at the same time it maintained the requirement for the recognition of foreign awards by the Superior Court of Justice (Superior Tribunal de Justiça – STJ)³⁰ – as accepted by the New York Convention.

The legal criteria to assess the need for this recognition is the test of the place where the award was given. If the place of delivery of the award is from a country other than Brazil such as Mexico, U.S., France, England, China or Japan, it is an international arbitration and must be recognized in the STJ. If it was delivered in Brazil, it is considered a domestic arbitration in spite of the nationality of the arbitrators, the parties, or the language of the proceedings. To avoid problems, the best alternative is a contractual provision to have the award given in the place where the arbitration is to take place.

Finally, preliminary injunctions are allowed by the Law to be issued by arbitrators. They can even ask for the cooperation of courts for their enforcement. So the BAL is very liberal in permitting arbitrators to grant orders to the parties to make sure that the outcome of the case is enforced.

As a result of the new legislation, Brazil overcame the main legal barriers to developing its arbitration system and to boosting the use of arbitration within the country. However this does not mean that we might not foresee futures problems of at least some controversial issues, to be

²⁹ Like many other civil law jurisdictions, foreign awards (be it arbitral or court issued) need to be scanned by the Superior Court of Justice in a recognition proceeding. In this documentary trial (there is no hearings), the court will only assess formalities of the award (certified copies) and Brazilian Public Policy. It is similar to a summary judgment, but might take several months. Once recognized, the collection of the award must be filled in a Federal District Court.

³⁰ Article 35 of the BAL states that: “To be recognized or executed in Brazil, the foreign arbitral judgment is subject solely to homologation by the Supreme Federal Tribunal.”

addressed latter on.

3. LAW IN ACTION: THE FEDERAL LAWS IN MOTION

3.1. Constitutionality of the Brazilian Arbitration Law

One of the first reactions after the enactment of the BAL was a movement to declare certain parts of the statute unconstitutional, since some lawyers found that some Sections, in special Sections 4 and 7, were inconsistent with the provisions of the Constitution that granted full access to courts³¹. Article 7 of the BAL states that courts have to compel arbitration, issuing a judgment that operates as a specific performance for arbitration, if the parties have failed to provide for the applicable procedural or substantive rules and no agreement is reached by the parties.

The issue of unconstitutionality of the BAL is past now. STF, in a leading case³², ratified the understanding that under the provisions of the BAL all those disputes that are considered arbitrable under Brazilian Law shall be directed to arbitration. STF also held that the BAL does not infringe art. 5, item XXXV of the Brazilian Constitution, which states that “the law will not exclude from the consideration of the Judiciary any lesion or threaten to any right”. The goal of this provision is to prevent laws that allegedly suppress the rights of citizens to resort to the judiciary and not to limit the private autonomy.³³

This leading case is the result of a proceeding that recognized an arbitral award issued in Spain that was not homologated in Spanish courts. STF was about to give its first application of the BAL (at that time, STF had jurisdiction in foreign awards recognition. Since 2005 the Superior Tribunal de Justiça “STJ” has the jurisdiction). The constitutionality issue was raised incidentally by one of the Justices in the case who questioned whether Sections 4 and 7 of the BAL were overall constitutional.

On one hand, Justice Sepúlveda Pertence argued for the unconstitutionality of article 4, since it would characterize a “generic waiver, of an indefinite object, to the assurance of access to

³¹ Mary B. Brusewitz, *Brazil Ceases Its Antipathy Toward ADR*, The National Law Journal, Section C (1996).

³² STF case SE 5206. For a brief on the case in English see: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudenciaTraduzida/verJurisprudenciaTraduzida.asp?tpLingua=21&id=280>

³³ Brusewitz, *see supra* note 36.



the jurisdiction” and thus not applicable to the case at hand³⁴. On the other hand, Justice Nelson Jobim countered with the argument that the Constitution does not bar the parties from agreeing to other forms of settlement of disputes that may arise within the scope of a certain agreement (principle of the freedom of contract). Justice Ilmar Galvão adds that :

*“the Brazilian judge cannot interpret the new law to make innocuous the provision that equalizes the clause, giving it effectiveness, even if by resorting to the judicial judgment, under penalty of showing to be insensitive to the changes that occurred in the same period in several laws, even because, including, it is in line with the international texts in force in Brazil, such as the Protocol of Geneva of 1923 and the Inter American Convention on Commercial Arbitration done in Panama”.*³⁵

Moreover, Justice Ellen Gracie stated that:

*“denying the possibility that the commitment value to have full validity and give raise to the specific execution implies to privilege the defaulting party and denying the submittal to the quick way of dispute settlement, a mechanism for which it freely opted, upon the execution of the agreement where this provision was inserted. It is giving the defaulting party the power of voiding a condition that – given the nature of the involved interests – could have been deemed to be essential for the agreement.”*³⁶

Moreover, Justices Celso de Mello and Marco Aurélio Mello had the same understanding, declaring the constitutionality of article 4 and, thus the constitutionality of the BAL in its entirety. As a result, by a majority, STF renders constitutional all the provisions of the BAL (In Brazil as in the U.S., Justices render opinions and the Court decides by majority).

3.2. The environment pro-arbitration in the Superior Court of Justice *post* STF ruling

The Brazilian Superior Court of Justice has been very conscious of its role in creating a

³⁴ Selma M. Ferreira Lemes. Litigation v. Arbitration in the Americas. In: http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/litigation_arb.html. Accessed in December 2003.

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.*



nurturing environment for arbitration to develop. In its first case dealing with the enforcement of foreign awards, the STJ moved toward bringing Brazil in line with major western courts around the world. In Recognition Proceeding (Sentença Estrangeira Contestada, SEC 856/EX, May 18, 2005), the STJ recognized an English arbitral award made following an unsigned arbitration agreement. The court unanimously found that the award should be recognized, stating that the “requirement of acceptance of the arbitration agreement is satisfied where the party opposing recognition [of the foreign award] filed a defense in the arbitration proceedings, without at any time challenging the existence of the arbitration clause.”

In another leading case, Special Recourse (*Recurso Especial*)³⁷ 712.566, the Superior Court of Justice accepted an arbitration clause in an international agency agreement even when it was signed before Federal Law 9307 from 1996 (which was a dramatic liberalization in favor of arbitration since in Brazil the agent is protected from the principal in domestic commercial agreements because Federal legislation considers that there is a lack of bargain power on sales representative agreements like consumers and tenant-landlord agreements in the U.S.).

Those two leading cases demonstrate that the Superior Court of Justice is doing its homework and is applying Federal Law 9307 and the New York Convention according to the expectations and the need of international commerce which gives a further explanation for the explosion of international commercial arbitration in Brazil.

A few State Courts, like the Court of Appeals of Rio Grande do Sul still resist arbitration (unlike in the U.S., a Brazilian State Court must apply Federal Law and basically all contract law is regulated by Federal Laws, especially the Civil Code). However, these decisions are open to revision by the Superior Court of Justice through Special Recourse.

4. OTHER REASONS FOR THE SUCCESS OF ARBITRATION

In Brazilian courts, litigation is highly subsidized by the government, creating incentives to litigate, in addition to the rule that the loser in court pays the winner’s fees. Also, in the past the interest rates were too high and interest rates applied by courts (12% per year) were not enough

³⁷ American readers can translate it for *writ of certiorari*. Though it works a little bit differently in Brazil, it is a recourse for the highest federal court in the country, whose aim is to guarantee uniform interpretation of federal statutes. The interpretation of the Constitution is the Federal Supreme Court.



to cope with the market interest rates, which also gave incentives to use trial as a form of speculation. On top of that, normally parties tend to be excessively optimistic about their chances of winning, making settlements hard to reach; but in Brazil this situation is worse due to the lack of binding precedents, which creates difficulties for lawyers to foresee the outcome of the trial.

There are also problems with the case docks being overloaded.³⁸ Though Brazilian courts are different from the majority of Latin America, because the Judiciary is independent (it has a proportion of the budget revenues of the government and judges are not appointed by the executive except in the Supreme Court, and are well paid), they are still slow compared to German or American Courts.³⁹

For example, a survey conducted by Professor Prado from Fundação Getúlio Vargas, involving the State Courts of São Paulo (the richer in Brazil) in matters related to capital markets and corporate law evidenced that cases in this field take more than seven years on average to be fully litigated if they reach the highest court. The trial courts are the slowest, which give the parties the impression that the courts are inefficient.⁴⁰

Brazilian courts might also be seen with defiance by Americans, Canadians and Northern Europeans, due to the tendency of oversimplification of Latin America and its countries (there are those that treat Brazil as being in the same category as Bolivia, Guatemala, Ecuador, Argentina, Chile, even though the latter countries' level of corruption is much higher. Though it is difficult to measure, the International Transparency attempted to create an index of corruption, which shows that for instance the corruption index in Chile and Uruguay are similar to that of the US and Brazil would be more or less on the same level as India, China, and South Korea, and other smaller countries in Latin America might be closer to Africa.⁴¹ Also, the level of corruption could be associated in the case of Brazil with the Executive Branch, which is much more dependent on corporations and wealthy individuals who pay for their campaign than the Judiciary (harder to

³⁸ For a general overview of Latin America, see BUSCAGLIA, Edgardo. A quantitative assessment of the efficiency of the judicial sector in Latin America. *In International Review of Law and Economics*, vol. 17, 1997, p. 275. For a more accurate and precise assessment of Brazilian Judicial Power see *Court Performance around the world: a comparative perspective*, World Bank Technical Paper # 430, WTC430, 1999. For present figures, see the Report of the Brazilian National Council of Justice, *Justice in numbers*, http://www.cnj.gov.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_numero_2005.pdf

³⁹ *Court Performance around the world: a comparative perspective*, World Bank Technical Paper # 430, WTC430, 1999

⁴⁰ PRADO, Viviane Muller; BURANELLI, Vinicius Correa. *Relatório de pesquisa de jurisprudência sobre direito societário e mercado de capitais no tribunal de justiça de São Paulo*. In *Cadernos Direito GV – Relatório de Pesquisa*, n. 09. São Paulo: FGV-EDESP, 2006, p. 27.

⁴¹ http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi



capture).

An empirical study must be conducted but it is not difficult to guess that international companies that do business in Brazil (probably the bigger pie in the demand side for international commercial arbitration involving Brazil in ICC, though Brazilian multinationals are getting very involved in transnational business such as Petrobras (oil company), Vale do Rio Doce (mining), Gerdau (steel), Embraer (jets) probably prefer to have an arbitration in “reliable” countries such as France, Sweden, the U.S., Canada, and England.

Another contribution might be the suggestion of Dezalay and Garth about the American and British Law Firms’ taking over of the legal market around the globe.⁴² If they are right, we can imagine that those firms would prefer to conduct the arbitration when they know the *lex arbitrii*. To have the arbitration in Brazil, though it would probably be cheaper and would achieve more or less the same result, those firms would have to rely on Brazilian lawyers to control the proceedings. And this would imply costs and also lack of revenues. Moreover it is in the best interest of the client to have the arbitration take place in countries where courts are not hostile to private litigation.

5. FUTURE ISSUES

After the rough years following the enactment of BAL, the Brazilian government tried to show, once more, that Brazil is making all efforts to make the country more attractive to businesses who rely on arbitration, and to show by ratifying the New York Convention that the international standards in arbitration are also applied in Brazil. There are two main aspects to be discussed that relate to the recent ratification of the New York Convention by Brazil and both deal with grounds for refusal to recognize or enforce arbitral awards.

As aforementioned, many principles of the Convention were adopted in the BAL, even

⁴² See DEZALAY, Yves & GARTH, Bryant. The confrontation between the big five and big law: turf battles and ethical debates as contests for professional credibility. In *Law and Social Inquiry*, vol. 29. 2004, p. 615; DEZALAY, Yves & GARTH, Bryant. Merchants of law as moral entrepreneurs: constructing international justice from the competition for transnational business disputes. In *Law and Social Inquiry*, vol. 29. 1995, p. 27; DEZALAY, Yves et al. Global restructuring and the law: studies of the internationalization of legal fields and the creation of transnational arenas. In *Case Western Reserve Law Review*, vol. 44, 1994, p. 407. ENGELMANN, Fabiano. *Sociologia do campo jurídico: juristas e usos do direito*. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 2005.



prior to the ratification by Brazil. Articles 37 to 39⁴³ seem to be a direct translation of articles IV and V of the New York Convention. They cover the issues of how to recognize and enforce a foreign arbitral award, and when the recognition and enforcement can be refused.⁴⁴

5.1. Public Policy

Although the principle in the New York Convention is to refuse enforcement of an award that goes against "the public policy of that country"⁴⁵, there is no doubt that the intention of the drafters of the New York Convention was to create a pro-enforcement atmosphere for international commercial arbitration. This implies that the drafters intended to encourage a narrow construction of the public policy defense.⁴⁶

The United States of America, following the New York Convention, established in its own courts the interpretative line that the recognition and enforcement of foreign arbitral awards should only be denied when it would cause the violation of the "most basic notions of morality

⁴³ Article 37. The homologation of a foreign arbitral "judgment" shall be requested by the interested party. The initial complaint should contain the requirements of procedural law in conformity with Article 282 of the Code of Civil Procedure and shall necessarily be accompanied by:

I - the original of the arbitral "judgment" or a duly certified copy, authenticated by the Brazilian Consulate and accompanied by an official translation;

II - the original of the arbitration agreement or a duly certified copy, accompanied by an official translation.

Article 38. Homologation may only be denied for recognition or execution of a foreign arbitral "judgment" when the defendant shows that:

I - the parties lacked capacity in the arbitration agreement;

II - the arbitration agreement was invalid according to the law to which the parties submitted themselves, or, in default of such showing, by virtue of the law of the country where the arbitral "judgment" was rendered;

III - there was no notification of the designation of the arbitrator or of the arbitration proceeding, or the principle of the adversary system was violated, making an ample defense impossible;

IV - the arbitral "judgment" exceeded the limits of the arbitration agreement, or it was not possible to separate the part that exceeded it from that which was submitted to arbitration;

V - the institution of the arbitration was not in accordance with the arbitral submission or the arbitration clause;

VI - the arbitral judgment has not yet become obligatory for the parties, has been annulled, or, it has been suspended by a court of the country where the arbitral judgment was rendered.

Article 39. Homologation shall also be denied for recognition or enforcement of the foreign arbitral "judgment" if the Supreme Federal Tribunal determines that:

I - according to Brazilian law, the object of the dispute was not susceptible to being resolved by arbitration;

II - the decision offends national public policy.

Sole paragraph. Effective service on a party resident or domiciled in Brazil, in the form of the agreement to arbitrate or the procedural law of the country where the arbitration was carried out (including allowance of service by mail with unequivocal proof of receipt), shall not be considered offensive to national public policy, so long as the Brazilian party is assured ample time for the exercise of the right of defense.

⁴⁴ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, at 795 (Kluwer Law International, 2001).

⁴⁵ Article V.2(b) of the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

⁴⁶ *Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc v. Société Général de L'Industrie du Papier*, 508 F.2d 969, at 974 (2d Cir. 1974).



and justice."⁴⁷ Therefore, the public policy concept does not involve national political interests or their protection.

However in Brazil, the concept of public policy is still the subject of controversy. Public policy is an ambiguous concept, particularly in relation to international business. Fortunately, Brazil does not interpret this concept as a protective instrument for national political interests.⁴⁸ The literature tends to define it as a core structure of the country legal institutions and for the basic values of Brazilian society (for instance and above all the Constitution).⁴⁹ The case law narrow this broad concept and tends to identify it mainly with the respect of the due process of law clause (meaning proper notice of service, right to appear in trial, to have defense, to be heard, to produce evidence, etc)⁵⁰.

Nevertheless we must remind readers that the Brazilian Constitution is "Programatic" (it intends to interfere and give directions to the economy), has social rights and tend to be very prolific (more than 200 sections dealing with all the basic aspects of the Law, such as labor law, consumer rights, environment, property, etc).⁵¹ By this token is difficult to imagine that Brazilian courts would have the same liberal interpretation of the Convention than the American Courts (for instance consumer law, labor law tend to be considered as a matter of public policy in Brazil and thus non arbitrable issues).

5.2 Disputes not capable of settlement by arbitration under Brazilian law

Finally, Brazil has a very strict policy on matters that can be arbitrated. According to the New York Convention article V:

"2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ Carlos Nehring Netto, *The New Brazilian Arbitration Law*, I.C.C. Int'l Ct. Arb. Bull. (Special Supplement: International Commercial Arbitration in Latin America, 1997)

⁴⁹ ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; BASSO, Maristela. *Contratos Internacionais do Comércio*. 3ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002; STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

⁵⁰ STF, cases SE 2.582, SE 5.418, SE 3.989, SE 4.013, SE 3.886, all of them found in the site www.stf.gov.br.

⁵¹ See <http://www.v-brazil.com/government/laws/constitution.html> for the full text in English.



a) *The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country”*

This means that many awards cannot be enforced because the subject matter of the award cannot be arbitrated under Brazilian law. Thus, arbitration can only be used to resolve disputes "relating to arbitrable patrimonial rights," which refer to alienable property rights, in accordance to article 1 of the BAL.

With the exception of some employment contracts, matters of commerce can be arbitrated under the United States Federal Arbitration Act,⁵² As the Commerce Clause of the United States Constitution⁵³ is read broadly,⁵⁴ most civil matters are considered arbitrable in the United States.

With respect to government contracts, the situation in Brazil is very different from that in the U.S. When the government enters into a contract in a position of *ius imperii*, i.e., in his position of representing the authority of the state, arbitrability is more difficult to be admitted. However leading cases of higher courts already accepted arbitration agreements signed by state-owned companies when they act in the marketplace as any other private party (*ius commercii*).

Bibliography

ALVARENGA, Ricardo. *The 1996 Brazilian Law on Arbitration*, 10 World Arb. Mediation Rep. 340 (1999).

ARAÚJO, Nadia de. *Dispute Resolution in MERCOSUR: The protocol of Las Lenhas and the case law of the Brazilian Supreme Court*, 32 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 25 (2001).

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, (Kluwer Law International, 2001).

BRUSEWITZ, Mary B. *Brazil Ceases Its Antipathy Toward ADR*, The National Law Journal, Section C (1996).

CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Brasil, Em Busca de Uma Nova Lei*, 166 Jurisprudência Brasileira, 17 (1999).

CASELLA, Paulo Borba. *Arbitragem: Lei Brasileira e praxe internacional*, (LTR, São Paulo, 1999).

⁵² Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. § 1 (1999).

⁵³ U.S. Const. art. I, § 8, cl. 3.

⁵⁴ *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, 124-25 (1942).



FULKERSON, Brest. *A comparison of Commercial Arbitration: The United States & Latin America*, 23 Hous. J. Int'l L. 537 (2001).

HUCK, Hermes Marcelo. *La Nouvelle Loi de L'arbitrage au Brésil*, Bull. Assoc. Suisse Arb. 570 (Switz. 1997).

LEE, Joao Bosco. *Le Nouveau Régime de L'arbitrage au Brésil*, Revue De L'arbitrage 157 (Fr. 1997)

LOPES, Maruska Guerreiro. *La Nouvelle Loi Brésilienne sur L'arbitrage*, 37 Dalloz Affaires (Fr. 1997)

MAGALHÃES, Jose Carlos de. *Solução e prevenção de litígios internacionais*, volumes 1, 2 (NECIN, São Paulo, 1998).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *La Nuova Legge Brasiliana Sull'arbitrato*, Rivista Del L'arbitrato (Italy 1997).

NETTO, Carlos Nehring. *The New Brazilian Arbitration Law*, I.C.C. Int'l Ct. Arb. Bull. (Special Supplement: International Commercial Arbitration in Latin America, 1997).

SAMTLEBEN, Jurgen. *Procedimento Arbitral No Brasil - O Caso "Lloyd Brasileiro Contra Ivarans Renderi" Do Superior Tribunal De Justica*, LXVII Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Sao Paulo 185 (1999).

SOARES, Guido F. S. *Arbitragens Comerciais Internacionais no Brasil: Vicissitudes*, 641 Revista dos Tribunais 38 (1989).

_____. *The treat-making process under the 1988 Federal Constitution of Brazil*, 67 Chi. Kent. L. Rev. 495 (1991).

STEGNER, Irineu. *Arbitragem Comercial Internacional*, (LTR, São Paulo, 1998).

WALD, Arnaldo. *Some controversial aspects of the new Brazilian Arbitration Law*, 31 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 223 (2000).



Oralidad e Inmediación en la prueba: luces y sombras

(Orality and taking of evidence: lights and shadows)

Jordi Nieva Fenoll

Professor of Civil Procedure at the University of Barcelona, Spain.

Abstract: The article works the advantages and the inconveniences of orality in modern civil procedure.

Key words: Orality. Civil Procedure.

Sumario: 1.Introducción. 2. Ventajas e inconvenientes de la oralidad en la prueba. 3. La sobrevaloración de la intermediación. 4. Las carencias en la formación de los jueces. 5. La oralidad y la intermediación como herramientas de exclusión de la intuición en la valoración de la prueba. 6. Conclusiones.

1. Introducción.

Parece un dogma, y como tal dogma, incontestable, que la prueba debe ser practicada de forma oral. Sin embargo, esa conclusión no pasa de ser una sugerencia, aceptable en la mayoría de las ocasiones. Pero, desde luego, no es inobjetable que toda la prueba deba ser oral. La prueba documental, por su propia esencia, es escrita y, al menos en principio, debe ser escrita, sin perjuicio de que se ilustre al Juez sobre alguno de los extremos del documento en forma oral. Si se tiene en cuenta, además, que en la enorme mayoría de los procesos civiles la prueba es predominantemente documental¹ y que, en realidad, en los procesos penales la prueba más fiable es muchas veces esa misma prueba documental –o pericial, constanding la pericia en un informe escrito que muchas veces no se objeta–, es obvio que quizás deba realizarse un alto en el camino

¹Lo que llevó, acertadamente, al legislador español, a disponer la celebración escrita del proceso cuando la única prueba existente era la documental. Vid. art. 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “*Cuando la única prueba que resulte admitida sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando se hayan presentado informes periciales, y ni las partes ni el tribunal solicitarán la presencia de los peritos en el juicio para la ratificación de su informe, el tribunal procederá a dictar sentencia, sin previa celebración del juicio, dentro de los veinte días siguientes a aquel en que termine la audiencia.*”



para la reflexión en esta materia, centrando lo que realmente se quiere decir cuando se afirma que la prueba debe ser oral.

No voy a proponer en este trabajo que la prueba pase a ser escrita, o que los jueces vuelvan a “practicar” la prueba de forma escrita, o persistan en esa secular y rechazable corruptela². Lo único que voy a intentar evidenciar, como idea base, es que el hecho de que la prueba sea oral no siempre hace de la misma una actividad más fiable, sino que, en malas manos, la oralidad puede conducir precisamente a que la prueba sea inútil, como veremos después. Y no hay que cerrar los ojos a esa realidad, sino ponerle los remedios que sean necesarios.

Cuando se exige la oralidad en la prueba, más que la forma oral lo que se está reivindicando es la intermediación en la práctica de la prueba, y justamente esa intermediación es la que, ciertamente, el juez no puede perder jamás. La intermediación es una conquista jurídica y social a la que no podemos renunciar, sobre todo observando cómo en muchos sitios todavía no se ha logrado alcanzar esa meta.

Sin embargo, hay que proveer las herramientas necesarias para que la oralidad y la intermediación puedan servir para algo, puesto que, de lo contrario, en algunos casos provocan todavía más arbitrariedades que las muchísimas que se producían y se producen con la práctica escrita de la prueba. No consiste en absoluto, y lo reafirmo, en volver a ese procedimiento escrito. Se trata de que aprendamos a utilizar debidamente algo tan complejo como el mecanismo de la intermediación. De nada le sirve a cualquier profesional, de cualquier oficio, disponer del más moderno instrumental si previamente no se le instruye en el uso de dicho instrumental.

2. Ventajas e inconvenientes de la oralidad en la prueba

Hasta la fecha se puede constatar, todavía, una especial, y extendida, fascinación por la oralidad entre la Doctrina³, aún con discrepancias⁴. La misma proviene, en muy buena medida, de

²Novísima Recopilación de las Leyes de España, Libro XII, Título XXXII, Leyes X, XVI y XVII, datando de 1500 (Ley XVI) la prohibición más antigua de que los jueces encomendaran las pruebas al personal de su juzgado.

³La misma se pudo constatar en el congreso de la Asociación Internacional de Derecho Procesal celebrado en Gandia del 6 al 8 de noviembre de 2008, cuyas ponencias y comunicaciones fueron publicadas en AAVV (Carpi / Ortells ed.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Valencia 2008.

⁴Que se pudieron observar en ese mismo congreso en las ponencias de Jorge W. PEYRANO (t. I, pp. 149 y ss), Michele TARUFFO (t. I, pp. 185 y ss) y Eduardo OTEIZA (t. I, pp. 413 y ss), entre otros. Personalmente manifesté también discrepancias en el mismo congreso a través de una comunicación (t. II, pp. 471 y ss, así como en mi trabajo *Los problemas de la oralidad*, La Ley, nº 6701 y Justicia 2007, n. 1-2, pp. 101 y ss.



la lectura de autores ya bastante antiguos, como CHIOVENDA⁵, que intentaron que se superara de una vez por todas la secular vigencia de la escritura en los procesos, siguiendo el ejemplo alemán⁶. A principios del siglo XX, y aún mucho después, era perfectamente normal que desde el procesalismo se intentara impulsar la oralidad⁷. Ciertamente, la situación no era ideal en aquellos momentos. En muchos países de Europa, los jueces simplemente no estaban en sus despachos. En la mayoría de las ocasiones acudían al juzgado solamente a firmar las providencias de todo tipo que había realizado, con frecuencia al margen de toda norma legal, el personal de la oficina judicial. Y entre esas providencias estaba, para vergüenza de todos –hasta del mismo juez– la práctica de pruebas de declaración de personas, que requerían inexcusablemente su presencia por mandato legal⁸.

Al contrario, el juez no acudía a esas pruebas. Las celebraba cualquier trabajador del juzgado a quien se le hubiere encomendado. Dicho trabajador leía salmódicamente las preguntas que formulaban las partes, salvo las que el Juez había decidido suprimir, casi siempre de forma inmotivada. Incluso algunos jueces invitaban a esos teóricos subalternos a improvisar en la realización de preguntas adicionales, lo que ya resultaba, no solamente impresentable, sino claramente delictivo. Ese estado de cosas, vigente en tantos sitios, debía acabarse de inmediato. Y de ahí la lucha encarnizada por la obtención de la oralidad, y de ahí también la lógica fascinación por la misma.

Se imaginó que si los jueces observaban declarar a las personas, fueran partes, testigos o peritos, por fin podrían construir debidamente su convicción, llevando a cabo de forma adecuada la valoración de la prueba, tras haber tenido contacto directo con dicho material probatorio. Y no les faltaba razón a quienes lo imaginaron. Desde luego, es mucho más adecuado valorar la credibilidad de una persona viéndola que leyéndola. Y resulta inadmisibles valorar esa credibilidad, no leyendo lo que esa persona ha escrito, sino lo que escribió el subalterno que habría dicho ese declarante en su presencia, que no en la del Juez. Si se tiene en cuenta, además, que en las actas de esas “pseudoprácticas” de la prueba solían recogerse, no las palabras exactas que se habían

⁵CHIOVENDA, Giuseppe, *Las reformas procesales y las corrientes del pensamiento moderno*, en: “Ensayos de Derecho Procesal Civil”, trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires 1949, p. 155.

⁶WACH, Adolf, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. T. I, Leipzig 1885, p. 138.

⁷Por todos, CAPPELLETTI, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1972.

⁸Art. 254 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881: “Los jueces y magistrados ponentes, en su caso, recibirán por sí las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba. (...) Ninguno de ellos podrá cometerlas a los secretarios o escribanos, sino en los casos autorizados por la ley.”



dicho, sino un simple resumen de lo acontecido, se comprenderá que el sistema, ciertamente, era impresentable, por mucho que se juzgara a través de él durante siglos a muchísimos sujetos.

Con todo, con la decisión de introducir la oralidad en la prueba se despreció la principal ventaja de la escritura que, de hecho, había propiciado su incorporación al proceso en 1215⁹: la fijeza que otorgaba a lo actuado en el proceso. Se intentaba con la escritura que el recuerdo de lo acaecido en presencia judicial no dependiera solamente de la memoria del juez y, a renglón seguido, de sus recuerdos y apreciaciones, que podían ser, por desgracia, arbitrariamente contruidos. Al contrario, cuando figuraba en un escrito lo que realmente había sucedido, el margen de discrecionalidad del juez evidentemente se reducía. Y ello era, y es, muy positivo.

Pero como he dicho, esta ventaja fue completamente despreciada con algunas de las reformas que introdujeron la oralidad. Se prefirió que el juez volviera a basar sus sentencias simplemente en sus recuerdos de lo actuado y, lo que es más grave, en sus primeras impresiones ante lo visto, con el único apoyo de un acta que siempre y sistemáticamente fue –y continúa siendo– incompleta en la apreciación de los detalles concretos que permiten al juez valorar la prueba. Ese inconveniente sólo ha podido ser paliado a través de la grabación de las vistas¹⁰, siempre que la grabación posea la calidad suficiente, lo que no siempre sucede. Pero pese a la grabación, es posible que la oralidad favorezca una cierta precipitación en el momento de juzgar. El juez no quiere olvidar lo que ha visto, y por ello en ocasiones decide resolver lo antes posible, lo que es posible que le conduzca a la superficialidad, dando al traste con todas las ventajas que la oralidad trae a la práctica de la prueba. Dicha superficialidad, por desgracia, se aprecia en muchas motivaciones, y aunque no siempre es consecuencia de la oralidad, sino de la acumulación de asuntos, lo cierto es que se constituye en uno de los principales peligros del mal uso de la forma oral.

Además, por otra parte y como veremos seguidamente, se pasó por alto otra cuestión importante: se encargó esa nueva manera de practicar las pruebas a los mismos jueces que durante toda su trayectoria profesional no habían observado prácticamente prueba alguna, lo cual evidenciaba que no podían estar debidamente preparados para esa labor. Se descuidó algo que tendría que haber sido esencial antes de proceder a ningún cambio del sistema: la capacitación de

⁹Concilio Lateranense IV, Innocentius P.III, Cap. XXXVIII, anno Christi 1215, en: "MANSI, Joannes Dominicus, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*", Vol 22, Graz 1961, pp. 1023-1026.

¹⁰Obligada por los arts. 187 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 743 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.



los jueces. Nadie habló de la misma, sino que se dio por descontado que los juzgadores, con la ayuda de su formación simplemente jurídica, y a través de su “íntima convicción”, su “sana crítica” o, aún peor, su “conciencia”, ya sabrían cómo proceder. Es decir, se quiera reconocer o no, se acabó confiando toda la actividad de valoración probatoria a la simple intuición de los jueces.

3. La sobrevaloración de la intermediación

Como correlato de lo anterior, e insisto en que desconociendo absolutamente la falta de la debida preparación de los jueces para valorar algunas pruebas, se dio un paso más. Y si el difícil paso de introducir la oralidad era peligroso, aunque también audaz y sobre todo bienintencionado, lo que voy a describir a continuación tiene muchísimo de pernicioso, nada de audaz y mucho menos de bienintencionado.

Una vez que se le obligó realmente al Juez a presenciar la práctica de la prueba –haciendo compulsiva una obligación que, como se dijo, databa de mucho antes pero que había sido ampliamente ignorada– se cayó en una situación que probablemente tiene su sentido en otros contextos, pero desde luego no en el probatorio. Se propició, paulatinamente, una desmedida confianza de las ulteriores instancias en el criterio probatorio del juez que había presenciado la prueba en primera instancia.

De hecho, nunca había sucedido, propiamente, nada parecido con anterioridad. Se venía de sistemas que no conocían la casación, ni nada parecido, antes del siglo XIX¹¹. Y por ello, todos sus grados de jurisdicción, ni legal ni doctrinalmente habían sido sometidos a ninguna clase de restricciones. En cada instancia se podía criticar todo lo acaecido en la anterior, y por supuesto también el razonamiento probatorio, pudiendo incluso volver a practicarse prueba en esa ulterior instancia¹².

Pero todo ello fue desapareciendo. En España, si bien se había consentido en casación la existencia como motivo de la misma del llamado “error de hecho en la apreciación de la prueba”¹³, el mismo acabó por ser marginado por la jurisprudencia a través de una indebida –

¹¹La propia casación se introduce en Francia a través del Decreto 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790, y sólo se difunde en Europa a través, o bien después, de las invasiones napoleónicas.

¹²Vid. la regulación de los recursos en el Tomo VI de la Novísima Recopilación.

¹³Aunque sólo a través del art. 1692.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. En las leyes de casación o de nulidad anteriores no se encuentra dicho motivo.



imposible— interpretación de lo que debía ser un “documento auténtico”¹⁴, hasta acabar finalmente suprimida toda posibilidad legal de denunciar dichos errores en casación con la reforma de 1992¹⁵, salvo a través de hábiles argumentaciones que les recordaban a los tribunales de casación que la actividad de valoración de la prueba también es jurídica.

Por otra parte, también se fue restringiendo el ámbito de la apelación. Comenzaron a surgir en el proceso penal recursos de apelación “con motivos”¹⁶, como si fueran recursos de casación, con el ánimo evidente de restringir las posibilidades de impugnación de las sentencias de primera instancia y, ya de paso, el trabajo de los órganos de segunda instancia.

Y paralelamente fue encontrando acomodo una habilidosa argumentación jurídica en virtud de la cual, dado que el tribunal de apelación no había presenciado la prueba, dicho tribunal no podía revisar esa actividad probatoria por respeto a la inmediación de dicho tribunal de primera instancia, que sí que había presenciado la práctica de la prueba¹⁷. Tanto se extendió dicha doctrina que hasta el Tribunal Constitucional¹⁸ y el Tribunal Supremo¹⁹ la hicieron suya,

¹⁴La jurisprudencia jamás localizó, en cien años, uno solo de esos documentos.

¹⁵Curiosamente, desde 1984 sí que se pudo denunciar aquellos defectos a través del motivo de casación creado ese año, y que tenía el siguiente tenor: “*Error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que consten en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.*” (art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 tras la reforma de la Ley 34/1984 de 6 de agosto.

¹⁶Por ejemplo, desde la reforma operada a través de la Ley 7/1988 de 28-12, en el procedimiento penal abreviado existe un recurso de apelación contra sentencias fundado en motivos (actual art. 790.2 LECrim, antiguo art. 795.2). Dicha reforma influyó posteriormente en el recurso de apelación en el procedimiento de jurado, que también cuenta con motivos (vid. art. 846 bis.c LECrim).

¹⁷HENKE, Host-Eberhard, *Rechtsfrage oder Tatfrage - eine Frage ohne Antwort?* ZZP, 81, 3-4, 1968, p. 323 y ss, y en España sobre todo por el magistrado BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Presunción de inocencia, “in dubio pro reo” y recurso de casación*, Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, 1988, pp. 29 y ss, influyendo así a la jurisprudencia. Vid. también MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *El recurso de casación penal. Control de la presunción de inocencia*. Granada 1996, pp. 29.

¹⁸Ni siquiera mediante el visionado de la grabación de la prueba. Vid. STC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 3: “*cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32; 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 36, 37 y 39; 29 de octubre de 1991, caso Jan-Åke Andersson c. Suecia, § 28; 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia, § 32). En este sentido el Tribunal ha declarado también en su Sentencia de 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu c. Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59. (...) Más recientemente, en las SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso Popovici c. Moldavia (§ 71); 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España (§ 31); y 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España (§ 37), se reitera que la condena en apelación de quien fue inicialmente absuelto en una primera instancia en la que se practicaron pruebas personales, sin que hubiera sido oído personalmente por el Tribunal de apelación ante el que se debatieron cuestiones de hecho afectantes a la declaración de inocencia o culpabilidad del recurrente, no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo tal como es garantizado por el art. 6.1 del Convenio.*”



desestimando cuantos recursos se les interponían por recurrentes que intentaban denunciar una de las peores injusticias que se puede sufrir en un proceso: la errónea valoración de la prueba. Y fue completamente indiferente que dicha errónea valoración se manifestara en una inexistente motivación en los puntos probatorios, o bien que dicha motivación fuera coherente internamente, pero contrastase completamente con lo que se había presenciado realmente en la prueba. Esos errores, en su mayoría inferenciales, no fueron considerados como causantes de una defectuosa motivación de las sentencias y, en consecuencia, de una vulneración de la tutela judicial efectiva.

Al contrario, se permitió, amplia aunque solapadamente, que los jueces no motivaran las razones de su convicción probatoria²⁰. Bastaba, para pasar el examen de constitucionalidad, que hubieran manifestado lo que habían dicho los declarantes, pero sin dar razón alguna, salvo excepciones, de aquello que les hubiera llevado a atribuirles credibilidad²¹. Se dijo, no sin razón, que lógicamente el juez no podía decir en la motivación que no creyó en el testigo porque le vió titubear, o sudar cuando se le hacían determinadas preguntas, o bien que miraba a los ojos del interrogador cuando respondía. Se argumentaba que la apreciación de todos esos aspectos pertenecía al fuero interno judicial y que, en esencia, era inmotivable. Y todo ello cuando al mismo tiempo, ya desde las leyes, se permitía dar por buena la credibilidad de un testigo cuando este declaraba “*clara y determinantemente*”²², es decir, cuando era la propia ley la que obligaba al juez a motivar que una persona había declarado con firmeza, a fin de fundamentar su convicción...

Con todo ello, se dejó al margen del juicio probatorio las razones auténticas de la convicción judicial. Es decir, las llamadas “máximas de experiencia”²³ o “reglas de la sana crítica”. Nunca se concretó cuáles eran dichas máximas, sino que las leyes se contentaban con remitirse a las mismas. Y la jurisprudencia también, sin concretarlas salvo en supuestos algo excepcionales²⁴.

De ese modo, la posibilidad de revisar un juicio de primera instancia quedó prácticamente

¹⁹Vid. STS (Sala 2ª), 12-7-2009, (nº rec. 2049/2008), FD 1: “*Pero todo ello por supuesto sin que, en ningún caso, resulte permisible que nuestra actividad se inmiscuya en la función estrictamente valorativa de la prueba, que corresponde, en principio, a la soberanía del Tribunal "a quo". Habiéndose afirmado reiteradamente en este sentido que la prueba practicada en el juicio oral es inmune a la revisión en lo que depende de la inmediación.*”

²⁰Vid. las reflexiones en este punto que contiene la citada STC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 6.

²¹Lo que contradecía lo que exigía una parte la doctrina. Vid. IGARTÚA SALAVERRÍA, *Valoración de la prueba, motivación, y control en el proceso penal*, Valencia 1994. pp. 113 y ss. PFITZNER, Thomas, *Bindung der Revisionsgerichte an vorinstanzliche Feststellungen im Strafverfahren*, Frankfurt am Main, 1988, pp. 119-120. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, p. 602 y ss.

²²Art. 369 LECrim.

²³STEIN, Friedrich, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig 1893, p. 15.

²⁴Lo que hizo hablar a TARUFFO, Michele, *Liberio convincimento del giudice. (I Diritto processuale civile)*, Enc. giur. Treccani, vol. XVIII, Roma 1990, p. 4, del “*insieme caotico e indeterminato*” que constiuyen las máximas de experiencia.



limitada a la crítica de la aplicación del Derecho positivo. O se buscaba una infracción procedimental o de Derecho sustantivo o, con seguridad, no habría nada que hacer. Con ello, aunque no fuéramos demasiado conscientes de ello, los tribunales de apelación se acabaron asemejando cada vez más a tribunales de casación, estando limitados simplemente al análisis de la aplicación del Derecho positivo o, en el mejor de los casos, de la jurisprudencia. Por fortuna, ese proceso, en muchos tribunales y gracias a la tenacidad de algunos magistrados, no se culminó, aunque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional antes citada, evidentemente, en nada ayudaba.

En conclusión, se elevó el valor de la intermediación hasta niveles que, probablemente, no conoció jamás ninguna otra institución jurídica, ni siquiera la propia Norma constitucional. Se confió en el buen criterio de los jueces, sin más, aunque pasando por alto que dichos jueces no tenían la debida instrucción para realizar esa labor, ni probablemente podían tenerla en el estado de circunstancias en el que trabajaban. Desde luego, no la habían tenido los antiguos jueces. Pero los actuales tampoco podían poseerla, teniendo en cuenta los temarios de sus oposiciones y las limitaciones temporales de su instrucción en la Escuela Judicial.

4. Las carencias en la formación de los jueces

La valoración de la prueba es una actividad compleja. Muy compleja, podría llegar a decirse. Y no puede confiarse para su ejecución en lo mismo que confiaron los legisladores de hace 4.000 años: en el simple buen criterio de los jueces²⁵. Es hermoso pensar que todos los seres humanos estamos dotados de un especial buen criterio que nos hace tener un sentido de lo justo en la mayoría de ocasiones, o que nos permite adivinar la realidad de lo ocurrido acudiendo a nuestra experiencia vital, a falta de cualquier otro conocimiento innato para ejecutar esa labor.

Es falso que ello sea así. Nadie tiene un sentido de lo que es justo en nuestro sistema jurídico si no ha sido, de algún modo, instruido para ello. Por otra parte, nadie tiene tanta experiencia como para saber perfectamente quién miente y quién dice la verdad cuando habla. La sinceridad de las personas es algo que todos hubiéramos querido conocer con facilidad y

²⁵Vid. El § 9 del Código de Hammurabi: "Si uno que perdió algo lo encuentra en manos de otro, si aquel en cuya mano se encontró la cosa perdida dice: "Un vendedor me lo vendió y lo compré ante testigos"; y si el dueño del objeto perdido dice: "Traeré testigos que reconozcan mi cosa perdida", el comprador llevará al vendedor que le vendió y los testigos de la venta; y el dueño de la cosa perdida llevará los testigos que conozcan su objeto perdido; los jueces examinarán sus palabras." Vid. también LARA PEINADO, Federico, *Código de Hammurabi*, Madrid 1997, p. 8.



precisión, pero que simplemente no es posible averiguar mirando a la cara de una persona, o incluso recurriendo a “patrones de mentirosos” que hayamos conocido en el pasado, y que nos parezca que cuadren con la “actuación” del declarante. Además, la experiencia de cada observador es distinta, y pese a que hay reacciones físicas muy comunes entre todos los seres humanos, lo cierto es que cada persona puede reaccionar de forma distinta ante un mismo hecho, por lo que puede ser tremendamente injusto que quien haga de juez se fíe de esa experiencia vital, que no pasa de ser pura intuición²⁶.

Podría pensarse que no pueden explicarse las razones por las que una persona nos resulta convincente. Pero bien al contrario, dichas razones existen y son, en gran medida, explicables. Como igualmente explicables son los motivos por los que una declaración puede resultar creíble. Y además, si bien el hecho de que una persona se muestre convincente sí puede depender de su forma de expresarse –por ejemplo, como se dijo, de la firmeza con que lo haga–, la credibilidad no debe depender de algo que es tan claramente manipulable, como bien sabe cualquier actor.

La credibilidad depende, en realidad, de ese conjunto de conocimientos que se ha solido designar con el nombre de “máximas de experiencia”. Y cada medio de prueba posee las suyas, habida cuenta de que cada uno de esos medios depende de una ciencia indiscutiblemente experimental que suministra esas máximas. Y lo que hay que hacer es recurrir a dicha ciencia a la hora de comprender el significado de cada medio de prueba.

En el caso de las declaraciones de personas (partes, testigos y peritos), esa ciencia se ha venido conociendo con la denominación de “Psicología del testimonio”²⁷, aunque lo que analiza no son solamente las declaraciones de un testigo, sino también de cualquier persona. Esa ciencia, en cuyo detalle ahora no puedo entrar, se dirige a examinar no tanto la persona del declarante como aquello que declara, que sí que puede ser sometido a una valoración claramente objetiva. Vistas las afirmaciones de una persona, puede comprobarse si las mismas son coherentes internamente, así como si están contextualizadas en una situación que explica el propio declarante, y que es asimismo coherente, o bien se trata de un relato aislado de dicha contextualización, que no es

²⁶Vid. MANZANERO, Antonio L., *Psicología del testimonio*, Madrid 2008, p. 177 y 196 y ss. Vid. también MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria*, 3ª ed., Barcelona 1993, p. 345.

²⁷Seguiré a continuación cuanto dicen los profesionales de esta materia, aparte del ya citado MANZANERO, Antonio L., *Psicología del testimonio*, Madrid 2008, vid. también IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Psicología del testimonio*, Donostia 2000. MASIP, Jaume / GERNÁN, Alonso / HERRERO, Carmen, *Verdades, mentiras y su detección a partir del comportamiento no-verbal*, en: “AAVV (coord. Garrido / Masip / Herrero), *Psicología jurídica*”, Madrid 2008, pp. 475 y ss.



capaz de recordar. O incluso resulta artificiosa al no estar confirmada por ningún dato objetivo tan simple como el tiempo o la temperatura aproximada que hacía en el lugar en que sucedieron los hechos en el momento de su acaecimiento. Además, el relato del declarante debe estar corroborado por datos que avalen lo que dice, para que no parezca que son producto de su imaginación. Ello no son más que algunos de los extremos, sorprendentemente objetivos, que cabe valorar en una declaración para evaluar su credibilidad. Y no puede decirse que los jueces no los tengan en cuenta, porque muchas veces fundan en ellos sus convicciones. Pero lo que resulta totalmente necesario es que expliquen las razones de esa convicción siguiendo como guía, entre otros puntos, los citados, porque son los que utilizan y, probablemente, los únicos que pueden motivar sin hacer de su convicción algo arcano o incomprensible.

Además, a fin de practicar una declaración eficaz, existen técnicas para realizar el interrogatorio, que varían según sea la persona del declarante. Todo ello también debería ser tenido en cuenta en la práctica de esta prueba. Sin embargo, lo que sucede con frecuencia –salvo en el caso de menores, sujetos de muy avanzada edad, incapaces o personas que han padecido un shock postraumático– es que se practica el mismo tipo de interrogatorio a todo el mundo, sin adaptarlo a la persona del declarante. Por ejemplo, suele preferirse la forma interrogativa a la narrativa a la hora de tomar declaración, cuando resulta claramente preferible esta última desde cualquier punto de vista.

Pues bien, todo ello debería cambiar. Es mucho más preciso decir que una declaración es creíble porque es coherente, que no “deducir” la convicción de las muecas o de las posturas del declarante, sin hacer mención de ello en la motivación, simplemente porque ni siquiera es realmente decoroso hacerlo en muchos casos. Pero para valorar todos los puntos objetivos anteriores es preciso tener una mínima formación en materia de interrogatorios. Formación que no concurre en la mayoría de jueces.

Exactamente igual sucede con la prueba pericial²⁸. Desde luego, no puede pretenderse que el juez posea la formación que tienen los peritos, pero tampoco es en absoluto admisible que desconozca absolutamente su ciencia. Bien al contrario, el juez debe conocer, aunque sea someramente, los objetos más frecuentes de pericia en los juzgados, pudiendo así acceder siquiera a los datos más preliminares que le permitan seguir la declaración de un perito, puesto

²⁸Vid. NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid 2010, sobre este punto y acerca de los anteriores referidos a la declaración de personas.



que de lo contrario es difícil que pueda percibir su credibilidad en la declaración empleando la técnica antes expuesta. Para obtener esa formación, es imprescindible que tenga una mínima instrucción de esos contenidos, al menos durante su periodo de prácticas en la Escuela Judicial.

No queda al margen de estas consideraciones la prueba documental. Estamos acostumbrados a leer un escrito e interpretar su contenido casi literalmente. Pues bien, los documentos deben ser puestos en su preciso contexto, y además debe analizarse el lenguaje que emplean para no cometer errores de apreciación. Todo ello lo enseña la argumentación y, sobre todo la semiótica textual²⁹, acerca de la que los juzgadores, y creo que en general todo jurista, debería tener formación especializada, habida cuenta de la enorme frecuencia con la que trabajamos con escritos.

Por último, el reconocimiento judicial emplea la mayoría de las técnicas que han sido referidas, de un modo u otro, dependiendo del objeto de lo observado. Con dicho reconocimiento se trata de que el juez vea la realidad de aquello que se le ha sometido como prueba. Pero no solamente es necesario que lo vea, sino también que lo perciba. Y para percibirlo, precisa entenderlo. Para ello, las ciencias antes citadas le pueden ser, dependiendo de cada caso, de gran utilidad.

Todos los anteriores son conocimientos extrajurídicos, ciertamente. Pero nadie ha dicho que una ciencia agote sus fronteras en su exclusivo ámbito de conocimiento, y mucho menos una ciencia como el Derecho, que se nutre de lo que paulatinamente va construyendo nuestro tejido social y natural. Por ello, cualquier jurista debe poseer conocimientos extrajurídicos, pero especialmente debe cumplir esta máxima un juez, ya que tiene que comprender y juzgar casos de la vida real. Y en esa vida real son precisos dichos conocimientos, siquiera a un nivel básico.

5. La oralidad y la intermediación como herramientas de exclusión de la intuición en la valoración de la prueba.

Ha sido explicado anteriormente cómo la introducción de la oralidad propició, de hecho, que se abriera una puerta a la arbitrariedad a través del predominio de un respeto exacerbado a la

²⁹PLANTIN, Christian, *La argumentación*, (trad. Tusón Valls), Barcelona 2008. LO CASCIO, Vincenzo, *Gramática de la argumentación*, (trad. Casacuberta), Madrid 1998. VAN EEMEREN, F. H. / GROOTENDORST, R. / SNOECK HENKEMANS, F., *Argumentación: análisis, evaluación, presentación*, Buenos Aires 2006. LOZANO, Jorge / PEÑA-MARÍN, Cristina / ABRIL, Gonzalo, *Análisis del discurso*, Madrid 2007. CASSANY, Daniel, *Tras las líneas*, Barcelona 2006.



inmediación del juzgador de primera instancia.

Pues bien, justamente esas mismas herramientas son las que deberían hacer cambiar el esquema, y acabar con esa auténtica irracionalidad. La intuición dice que la oralidad y la intermediación no deben desaparecer de la prueba, pero es necesario explicar las razones de dicha intuición.

La oralidad es imprescindible para que el juez pueda percibir por sí mismo los resultados de la prueba, sin ninguna clase de intermediarios. En primer lugar, tiene que ver al declarante, pero no porque así podrá observar mejor sus reacciones, puesto que no está formado para ello y difícilmente podría estarlo, si los propios profesionales de la psicología del testimonio ponen muy en duda que las reacciones somáticas sirvan para interpretar la credibilidad de un declarante³⁰.

La utilidad de que el juez tenga delante al declarante es que podrá controlar que el interrogatorio se realice de la debida forma, admitiendo o rechazando las preguntas que se le formulen, o incluso formulando sus propias preguntas. Por supuesto, también debe garantizar que el declarante sea respetado en su interrogatorio, no haciéndole pasar por situaciones límite que tienen el único objetivo de ponerle entre la espada y la pared haciéndole declarar lo que quiere el interrogador. En suma, se trata de evitar algo parecido a lo que ocurre con la tortura: que el interrogado acabe diciendo lo que desea el interrogador para acabar con el padecimiento. Todo interrogador sabe que si insiste mucho y desarma emocionalmente al interrogado, éste dirá lo que él quiera. El juez debe evitar que eso llegue a ocurrir, porque por más que lo hayamos visto mil veces en el cine, ello no es en absoluto necesario para comprobar la credibilidad de una declaración. Es muy espectacular, pero sirve de muy poco en realidad, porque el interrogado que ha perdido la calma, finalmente puede no saber ni lo que está diciendo.

Con lo anterior se explica la utilidad de la intermediación en las pruebas de declaraciones de personas, incluida la prueba pericial con la declaración del perito. Pero la intermediación que proporciona la oralidad también es útil en la prueba documental, aunque en otro sentido. En la prueba documental no está declarando nadie oralmente, pero sí que se producirá la circunstancia, casi siempre, de que los abogados realizarán sus interpretaciones del documento en la fase de conclusiones del proceso. Pues bien, es el momento para que el juez debata con los abogados sobre dichas interpretaciones, sin perjuicio, por supuesto, de utilizar el resto de medios de prueba

³⁰MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit. p. 177.



a esos mismos fines. Pero lo que deseo destacar es que la oralidad también es útil en la prueba documental. En la tantas veces despreciada fase de conclusiones, el juez tendría que ser el que tuviera un papel más activo. Ha presenciado toda la prueba, y con seguridad ya tendrá una serie de conclusiones y algunas –o muchas– dudas. Es el momento en que el juez abandone su posición de silente observador³¹ y debata con los abogados de las partes sobre dichas dudas, para evitar aplicar el siempre discutible mecanismo de la carga de la prueba³².

En la prueba documental ello puede ser muy útil. No tiene sentido confiar en que el juez ya leerá en privado el documento e interpretará lo más justo, si el documento no tiene una fácil interpretación y lo mejor es que se discuta oralmente en el proceso, con iguales oportunidades para todos, sobre dicha interpretación.

Con todo ello, el margen de la intuición ya es, finalmente, estrechísimo. Todas las posibles conclusiones del juez y de las partes habrán sido debidamente debatidas en el proceso. Y, además, el juzgador habrá podido examinar directamente a los declarantes de la manera ya indicada. Y basándose en ello, podrá motivar debidamente su sentencia.

Si, finalmente, el juez explica todo ello en su motivación, carece de toda razón de ser que su juicio probatorio no sea criticable en una ulterior instancia, porque el juez *ad quem* podrá examinar dichas razones, comprobando si las inferencias están debidamente construidas. Es decir, controlando el uso de las máximas de experiencia. Si además de ello se grabaron las vistas en las que se practicó la prueba, el tribunal superior ya no tendrá excusa³³ para decir que no puede inmiscuirse en lo que convenció al juzgador de primera instancia, puesto que sabe perfectamente lo que le llevó a esa convicción, porque lo habrá explicado el juez, y hasta puede ver la filmación de lo ocurrido durante la vista. Y si el juzgador no explicó esas razones en su motivación, la resolución estará carente de la misma y, por tanto, deberá ser revocada. Y que no pueda practicar prueba el juez *ad quem*, o que sólo pueda hacerlo de forma limitada, no es óbice a todo lo que se está diciendo. Modernamente se ha asumido que los recursos asumen una función de *revisio prioris instantiae*, y no de *novum iudicium*, como había sido antiguamente. Pues bien, para que esa

³¹Que de hecho no debiera tener en absoluto, puesto que la imparcialidad se mantiene y defiende de otras muchas formas, entre ellas resolviendo el caso con objetividad y plena información, y no manteniéndose pasivo. Vid. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento civil*, I, Barcelona 2008, p. 632.

³²Dicho debate está previsto en la legislación alemana. Vid. §279.III ZPO: “*Im Anschluss an die Beweisaufnahme hat das Gericht erneut den Sach- und Streitstand und, soweit bereits möglich, das Ergebnis der Beweisaufnahme mit den Parteien zu erörtern.*”

³³Pese a lo que declara la jurisprudencia citada anteriormente.



revisión se haga realmente es precisa, no sólo la oralidad, sino la inmediación y la motivación de todas las razones de la convicción del juez, y que la inmediación le permitió adquirir.

De esta forma, la inmediación ya no será una barrera para los recurrentes, o para los tribunales *ad quem*, sino que pasará a ser lo que nunca debió dejar de ser: una garantía para el mejor juicio del justiciable. El proceso en el que el juez ha mediado realmente, y no sólo formalmente, es un proceso en el que el juez cumplió su función. Si la inmediación lo único que consigue es que el juez esté en la sala de justicia observándolo todo, pero silente por completo, la inmediación carece de toda razón de ser.

Cierto es que con esta forma de entender la inmediación pueden producirse abusos intervencionistas del juez, que quiebren su imparcialidad³⁴. No importa, si dichos abusos han sido recogidos, como indiqué, en la grabación del juicio, y pueden ser denunciados en la ulterior instancia. Ello constituye una nueva garantía de que el juez, o participa debidamente en el proceso y aprovecha realmente la actividad probatoria, o podrá ser revocado su juicio si lo único que hizo fue conducir la prueba hacia el resultado que él quería.

Precisamente ese desastre es muy sencillo de perpetrar si la superior instancia expresa un reverencial respeto por una mal entendida inmediación, porque de esa forma sí que se rompe definitivamente la imparcialidad judicial. Pero si, bien al contrario, se controla debidamente su uso, será mucho menos probable que se observen algunos abusos en esta materia que, por desgracia, actualmente acaecen ante algunos órganos de primera instancia. Y con el beneplácito de los tribunales superiores, a consecuencia de la jurisprudencia sobre la inmediación antes referida. Ello propicia, nuevamente en la historia, una situación en la que se hace caer a la prueba en una irracionalidad, exactamente igual que acaeció en su día con la llamada “prueba legal”³⁵. Se permite de ese modo que una conclusión arbitraria pueda devenir inatacable. Y se puede llegar al extremo de que ni siquiera se pueda poner en cuestión la vulneración del derecho fundamental al juez imparcial, al no poder discutir las conclusiones probatorias de dicho juez que, junto con su

³⁴Vid. TARUFFO, Michele, *La semplice verità*, Bari 2009, pp. 121-122. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, cit. pp. 174 y ss.

³⁵BENTHAM, Jérémie, *Traité des preuves judiciaires*, Paris 1823, p. 9. “...on remonte à l'origine de ces règles si gênantes et si peu raisonnables, de cette variété de tribunaux qui ont chacun leur système et qui multiplient si étrangement les questions de compétence, de ces fictions puérides qui mêlent sans cesse l'œuvre du mensonge à la recherche de la vérité. L'histoire de cette jurisprudence est le contraire de celle des autres sciences : dans les sciences, on va toujours en simplifiant les procédés de ses prédécesseurs ; dans la jurisprudence, on va toujours en les compliquant davantage. Les arts se perfectionnent en produisant plus d'effets par des moyens plus faciles ; la jurisprudence s'est détériorée en multipliant les moyens et en diminuant les effets.”



actuación durante el proceso, evidencian dicha parcialidad.

La única forma de evitarlo es el debido funcionamiento de los recursos establecidos legalmente. Cuantas más barreras se dispongan a la cognición de dichos recursos, más sencillo resultará que se produzcan toda clase de injusticias derivadas, precisamente, de esa ausencia de imparcialidad.

6. Conclusiones

- La oralidad no es la solución a todos los problemas del proceso. En materia probatoria en concreto, si bien sus bondades son innegables, puede convertirse en una herramienta que favorezca la precipitación en la convicción del juez.

- Por ello, la oralidad no puede convertirse en un mecanismo para resolver rápido, sino en una útil herramienta a fin de que el juez aproveche sus ventajas implicándose en la práctica de la prueba, resolviendo las dudas que le surjan, cuidando al mismo tiempo de no perder su imparcialidad.

- La principal ventaja de la inmediatez es la ya referida participación activa del juez durante la práctica de la prueba, que permite que la motivación de las sentencias sea perfectamente explicable, al haber adquirido el juez, previo debate con las partes, razones verdaderamente tangibles en las que basar sus inferencias.

- La inmediatez no puede convertirse en un mecanismo para evitar la recurribilidad de las sentencias. Bien al contrario, debe ser la clave para favorecer dicha recurribilidad, con la mejor adquisición de la convicción por parte del juez en la forma referida, y con su mejor motivación.

- Es imprescindible mejorar la instrucción de los jueces en materia probatoria, saliendo de lo estrictamente procedimental y avanzando en el camino de las ciencias que suministran las máximas de experiencia que precisa el juzgador, como la psicología del testimonio o la semiótica textual.



Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali⁽¹⁾

(Private autonomy and civil procedure: the procedural agreements)

Remo Caponi

Professor of Civil Procedure at the University of Florence, Italy.

Abstract: Comparing the experience of several countries, the articles deals with the private autonomy in civil procedure and similar institutes in administrative proceedings and arbitral courts.

Key words: Procedural agreements. Civil Procedure.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Tipologia di accordi di parte. – 3. Diminuzione di efficienza della regolazione unilaterale statale e diffusione di strutture di normazione cooperative e consensuali. – 4. Fattori storici della tensione tra accordi di parte e processo. – 5. Tendenza verso l'estensione dell'autonomia privata. – 6. Esperienza tedesca.- 7. Esperienza italiana: silenzio saltuariamente rotto. – 8. Assenza di visione chiaroscurale tra arbitrato e giustizia statale. – 9. Codice di procedura civile del 1942. – 10. Uscita dallo stato d'assedio con una proposta radicale. – 11. Svolgimenti. – 12. Esempi. – 13. Osservatori sulla giustizia civile. – 14. Trauma del distacco del diritto processuale dal diritto sostanziale. – 15. Posizione «speciale» del diritto processuale nel pensiero di Chiovenda. – 16. Confronto con l'esperienza del diritto amministrativo. – 17. Accordi di parte e principio di legalità nella disciplina del processo.

1. – Il seminario su «Accordi di parte e processo» si colloca nella migliore tradizione interdisciplinare della *Trimestrale*, che tanto affascina gli studiosi insofferenti delle barriere mentali frequentemente erette a difesa dei famigerati settori scientifico-disciplinari.

2. - Il tema può essere sviluppato in almeno due direzioni fondamentali.

La prima ha ad oggetto gli accordi diretti alla composizione delle liti, nei loro riflessi sul



processo civile ⁽¹⁾.

La seconda ha ad oggetto gli accordi che, secondo una prima e generica definizione, incidono sullo svolgimento del processo civile.

3. – Imbocchiamo la seconda direzione: gli accordi processuali.

È questo un angolo visuale privilegiato per osservare come la tensione tra diritti (e autonomia) delle parti e poteri del giudice, cioè autorità dello Stato, si profili ed evolva nell'epoca moderna, nel processo civile.

La riflessione non cade quindi su questo o quell'accordo processuale, bensì sul problema stesso del rapporto tra autonomia privata delle parti e disciplina legislativa del processo civile statale, con l'obiettivo di estendere i margini della negoziabilità delle regole processuali, per scoprire ciò che effettivamente non è negoziabile.

Inserita nel più ampio contesto dei rapporti tra società civile e Stato ⁽²⁾, questa prospettiva si ripromette di cogliere i segni del tempo: la diminuzione della capacità di regolazione dello Stato secondo il modello tradizionale, basato sulla imposizione unilaterale della regola di condotta ⁽³⁾; la diffusione di strutture di normazione cooperative e consensuali, come tentativo di compensare la perdita di potere autoritativo ⁽⁴⁾ e di affiancare al comando (*Gebot*) l'accordo (*Vertrag*), come altra forma originaria di fondazione del vincolo giuridico ⁽⁵⁾.

4. – Il rapporto di tensione tra accordi di parte e processo, tra autonomia privata e

(*) Il testo ha costituito la base dell'intervento alla giornata di studio *Accordi di parte e processo*, in occasione del sessantenario della fondazione della *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Bologna, 1° dicembre 2007, nonché della relazione presentata al convegno dell'Università degli Studi di Siena, *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*, tenutosi a Siena il 23-24 novembre 2007, in occasione della presentazione del libro di F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli, 2007. È stata parzialmente mantenuta la forma di esposizione orale, con l'aggiunta di un apparato essenziale di note.

⁽¹⁾ Per un'ampia panoramica v. GABRIELLI, LUISO, *I contratti di composizione delle liti*, Torino, 2006. Per un profilo limitato agli accordi tra i coniugi in considerazione della crisi coniugale, v. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile (appunti sul possibile ruolo del notaio nella crisi coniugale)*, in *Foro it.*, 2008, V, in corso di pubblicazione.

⁽²⁾ Società civile e Stato: un binomio cui non si può rinunciare del tutto, nonostante il pervasivo e incisivo moltiplicarsi dei livelli ultrastatali di formazione del diritto.

⁽³⁾ GRIMM (a cura di), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts?*, Baden-Baden, 1990.

⁽⁴⁾ BECKER, *Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, Tübingen, 2005.

⁽⁵⁾ Cfr. HOFMANN, *Gebot, Vertrag, Sitte*, Baden-Baden, 1993, che individua nel comando, nell'accordo e nel costume le tre forme originarie della fondazione del vincolo giuridico.



disciplina dello strumento istituzionale di composizione delle controversie, non è un dato iscritto nella natura della cosa, ma è un fenomeno storicamente condizionato da due fattori.

Il primo fattore si colloca sul piano della storia dei fatti: il disegno dello Stato moderno, fra il secolo XVII e il secolo XVIII, di appropriarsi della funzione di rendere giustizia e di rivendicare a sé il monopolio della legislazione in materia processuale, nel tentativo di porre rimedio alla degenerazione del processo romano-canonico. Questo proposito relega al margine una dimensione di giustizia astatuale, resa in un processo - *l'ordo iudiciarius* medievale - i cui principi provengono dalle regole della retorica e dell'etica, elaborate quindi dalla stessa comunità cui appartengono i protagonisti della vicenda processuale ⁽⁶⁾.

Il secondo fattore si colloca sul piano della storia del pensiero giuridico. L'origine è un vero e proprio terremoto ideale, che ha il suo epicentro in Germania a metà del secolo XIX e che conduce in pochi lustri ad un cambiamento di natura della riflessione sulla protezione giudiziaria dei diritti rispetto alla sua fondazione giusnaturalista: l'abbandono dell'alveo dello *ius privatum* e la netta scelta di campo in favore della collocazione del diritto processuale civile entro lo *ius publicum*.

5. – Poiché tutti i fenomeni storici, come hanno un inizio, hanno anche una fine e la loro evoluzione diventa ad un certo punto una - più o meno lunga - storia della loro fine, si intende avviare l'indagine se nel nostro presente si intraveda già qualche segno premonitore, per assecondarne idealmente la maturazione, nella speranza che questo approccio storicistico non si riveli del tutto miserevole *à la* Popper ⁽⁷⁾.

La direzione di marcia è verso una equilibrata estensione dell'incidenza dall'autonomia privata nella conformazione della vicenda processuale, nei limiti in cui ciò non ostacoli l'efficienza del processo rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia.

6. – Un sia pur rapido sguardo comparativo alle esperienze tedesca e italiana in tema di accordi processuali rivela immediatamente che la prima si trova più avanti della seconda nella direzione di marcia appena indicata.

⁽⁶⁾ Cfr. GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: 'nuova retorica' e teoria del processo*, in *Soc. del dir.* 1986, p. 81 ss. Sulle ricerche di Giuliani e di Picardi, v. le osservazioni di NÖRR, *Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1 ss.; in tema v. CHIZZINI, *Anticam exquirite matrem - Romanesimo e germanesimo alle fonti del giusto processo civile*, in *Giusto processo civ.*, 2006, p. 131 ss.

⁽⁷⁾ POPPER, *Miseria dello storicismo*, Milano, 1975.



Ciò vale non solo per le punte più avanzate della riflessione della letteratura.

Così è per l'opera di Peter Schlosser: egli pretende di ispirare la valutazione dell'attività consensuale delle parti nel processo civile al criterio «*in dubio pro libertate*»⁽⁸⁾.

Così è per l'opera di Gerhard Wagner: egli pretende di «rivitalizzare» l'autonomia privata nel processo civile compiendo una distinzione fondamentale tra due categorie di accordi processuali. La prima concerne gli accordi con cui le parti si impegnano a esercitare o, più frequentemente, a non esercitare i poteri processuali a loro spettanti (disposizione del potere, *Befugnisdisposition*): es., *pactum de non petendo*, *pactum de non exequendo*, accordo di rinunciare all'azione. Essi non toccano l'ambito di validità e vigenza delle norme processuali. Pertanto la loro ammissibilità scaturisce in via generale dalla «correlazione di valutazioni» tra diritto privato e diritto processuale civile⁽⁹⁾. La seconda categoria di accordi riguarda gli atti di deroga consensuale a norme processuali (disposizione della norma, *Normdisposition*): es., accordi di deroga della competenza, patti relativi all'onere della prova. Essi necessitano di una previsione legislativa, ma la correlazione di valutazioni tra diritto privato e diritto processuale civile richiede l'indicazione di motivi concreti che impongono e legittimano una limitazione dell'autonomia privata processuale delle parti. Ciò può accadere non solo in vista della tutela di interessi pubblici, bensì anche di interessi di una delle parti, come l'interesse al giusto processo⁽¹⁰⁾.

La posizione avanzata dell'esperienza tedesca nella valorizzazione dell'autonomia privata delle parti nel processo civile si coglie anche nell'affresco sulla posizione tradizionale dipinto da Dieter Leipold nelle pagine del commentario *Stein Jonas*⁽¹¹⁾. Esordisce Leipold: «mentre la disciplina del diritto civile è in larga parte dispositiva, per cui la regola è la sua derogabilità per contratto, non accade così nel diritto processuale civile, che lascia uno spazio esiguo e tipizzato

⁽⁸⁾ SCHLOSSER, *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*, Tübingen, 1968.

⁽⁹⁾ Da molti decenni si è dischiusa la prospettiva del recupero di una correlazione di valutazioni tra diritto privato e diritto processuale civile. Scrive Wolfram Henckel nel 1970: «noi non possiamo dire che il processo persegue lo scopo di attuare il diritto soggettivo o di difenderlo. Noi diciamo in modo migliore che il diritto può ed ha il permesso di essere esercitato nel processo e che il nostro diritto processuale fissa limiti di questo esercizio, limiti che nei loro effetti sono paragonabili ai limiti fissati dal diritto sostanziale. Se gli effetti sono paragonabili e sono riconducibili a condotte paragonabili, allora anche le valutazioni del diritto processuale devono accordarsi con quelle adottate dal diritto sostanziale in relazione all'esercizio stragiudiziale del diritto. Il vantaggio che l'una parte consegue a carico dell'altra nello svolgimento del processo non può essere fondato su punti di vista attinenti al bene pubblico. Tale vantaggio deve fondarsi su valutazioni adeguate al diritto soggettivo privato». Così, HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen, 1970, p. 62 s., con rinvio in nota al pensiero di NEUNER, *Privatrecht und Prozeßrecht* (1925).

⁽¹⁰⁾ WAGNER, *Prozeßverträge*, Tübingen, 1998.



all'autonomia negoziale delle parti, a causa del carattere di diritto pubblico della disciplina del processo civile»⁽¹²⁾. Ancora: «nel diritto processuale civile non vige il principio della libertà contrattuale. In altri termini, non vi è spazio per un processo convenzionale (un processo, le cui regole possano cioè essere determinate attraverso l'accordo delle parti)⁽¹³⁾.

Ma ad un certo punto il discorso cambia, quasi improvvisamente, non tanto per il riconoscimento dell'ammissibilità di contratti processuali, quando essi non urtano con disposizioni cogenti del codice di procedura civile⁽¹⁴⁾, quanto per l'esplicita affermazione che «le parti possono (senza necessità di un particolare fondamento legislativo) vincolarsi contrattualmente al compimento o all'omissione di atti processuali, se ciò non urti contro divieti legislativi, i buoni costumi o contro interessi dell'amministrazione della giustizia sottratti alla disponibilità delle parti. In questo ambito la libertà contrattuale corrisponde al principio dispositivo (*Dispositionsmaxime*) e al principio della trattazione (*Beibringungsgrundsatz*)⁽¹⁵⁾.

7. – Completamente diverso è il panorama che si dischiude nel dare uno sguardo all'esperienza italiana. Sulla categoria degli accordi processuali, in sé e per sé considerata, è calato sostanzialmente l'oblio.

Sul punto la letteratura italiana conserva attualmente, di regola, un silenzio, rotto talvolta da qualche breve voce enciclopedica, da qualche nota a sentenza, nonché da qualche osservazione a piè di pagina negli studi monografici dedicati ad altri argomenti. Il tema appare attualmente un ramo piuttosto secco nella riflessione italiana contemporanea, abbandonato ad episodici interventi giurisprudenziali condizionati, come è inevitabile, dall'analisi del caso concreto⁽¹⁶⁾, mentre le energie degli studiosi si concentrano per lo più sull'esame di singoli tipi di accordi

⁽¹¹⁾ LEIPOLD, in STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, ventiduesima ed., 3, Tübingen, 2005, premessa al § 128, p. 111 ss.

⁽¹²⁾ LEIPOLD, STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., p. 111. Nello stesso senso ARENS, *Die Grundprinzipien des Zivilprozeßrechts*, in *Humane Justiz*, a cura di Peter Gilles, Frankfurt, 1977, p. 1: «sussiste un interesse pubblico alla conformazione del procedimento, per cui vasti settori del diritto processuale civile hanno un carattere cogente e non possono essere modificati attraverso l'accordo delle parti».

⁽¹³⁾ LEIPOLD, in STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., p. 111.

⁽¹⁴⁾ LEIPOLD, in STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., p. 111. Nello stesso senso ARENS, *Die Grundprinzipien des Zivilprozeßrechts*, cit., p. 1: «l'opinione oggi dominante ritiene tuttavia che accordi processuali (contratti processuali) siano possibili, quando essi non urtano con disposizioni cogenti del codice di procedura civile. Il problema della loro ammissibilità consiste nella delimitazione tra diritto processuale cogente e diritto processuale dispositivo. Tale delimitazione scaturisce dalla contrapposizione tra interesse privato e interesse pubblico».

⁽¹⁵⁾ LEIPOLD, in STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., p. 112.

⁽¹⁶⁾ Per una interessante fattispecie, Cass. 12 agosto 1991, n. 8774, con nota di TOMBARI FABBRINI, *In tema di «pactum de non exequendo»*, in *Foro it.*, 1992, I, 1846.



processuali ⁽¹⁷⁾.

Cercare di cogliere le ragioni di questo disinteresse è utile, per cercare di guardare verso il futuro e di individuare le linee evolutive della categoria.

Mi sembra che ciò sia dovuto all'opera casualmente combinata di due fattori di opposta matrice ideale, ma convergenti nel mettere al margine, o meglio nel soffocare in una tenaglia soffocante, la teoria degli accordi processuali.

8. – Il primo fattore è dovuto una concezione di stampo classicamente liberale, che non conosce chiaroscuri o vie intermedie tra la giustizia arbitrale, da un lato, e la giustizia statale, dal lato opposto.

Espressione esemplare di questa disposizione mentale è la critica negatrice della categoria degli accordi processuali svolta da Salvatore Satta nel suo contributo alla dottrina dell'arbitrato del 1931 ⁽¹⁸⁾.

Nello spazio intercorrente tra l'arbitrato ricostruito in chiave integralmente privatistica e contrattuale, da un lato, e il processo civile statale irrigidito nella disciplina legislativa, dall'altro lato, per Satta vi è il vuoto: «il punto di contrasto sull'ammissione dei contratti processuali trascende la loro singolare manifestazione per toccare le radici più intime di tutto il diritto processuale, la concezione cioè del processo nella sua struttura e nella sua funzione non solo giuridica, ma forse insieme sociale. Si tratta insomma di decidere sulla convenzionalità o meno del processo, di accettare cioè l'idea del rapporto pubblicistico che prevale nelle concezioni e nelle legislazioni moderne, o di tornare all'antico. I contratti processuali rappresentano una nostalgia di quest'antico» ⁽¹⁹⁾.

Questo punto di vista è molto più comune di quanto non si pensi, specialmente tra gli studiosi dell'arbitrato ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ Anche DE STEFANO, *Studi sugli accordi processuali*, Milano, 1959, raccoglie sotto questo titolo riflessioni non sulla categoria in generale degli «atti e disposizioni con cui le parti, nella previsione di un giudizio o nel corso di esso, variamente provvedono alla disciplina di alcune loro relazioni processuali» (op. cit., dall'avvertenza introduttiva), bensì su due tipi particolari di accordi processuali: i patti sulle prove e gli accordi processuali esecutivi.

⁽¹⁸⁾ SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato* (1931), rist., Milano, 1969.

⁽¹⁹⁾ Così, SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato* (1931), cit., p. 50.

⁽²⁰⁾ Nel recente passato, ho scritto in proposito qualche frase che può prestare il fianco ad equivoci: «l'autonomia privata, o meglio il carattere normalmente disponibile dei rapporti giuridici privati, incide unicamente su alcuni aspetti tipici della disciplina del processo civile statale: l'inizio, la fine, l'oggetto del processo. Una concezione che vedesse un'incidenza atipica e pervasiva dell'autonomia delle parti sul processo civile statale costituirebbe una manifestazione



9. – Il secondo fattore, di matrice opposta, è la virata pubblicistica che si verifica con il codice di procedura civile del 1942 ⁽²¹⁾. La barra punta diritta verso il «rafforzamento dell'autorità del giudice» ⁽²²⁾, nel quadro della concezione del processo civile come mezzo di attuazione del diritto oggettivo nel caso concreto.

Si relega così piuttosto sullo sfondo l'utilità che gli individui si ripromettono di conseguire nel momento in cui intraprendono un processo e la riflessione sulla possibilità che queste utilità possano essere ottenute anche attraverso strumenti diversi dallo svolgimento di un processo giurisdizionale o dal suo esito che si condensa nella sentenza che accerta la volontà della legge nel caso concreto.

Questa svolta può essere colta in modo emblematico nella degradazione della disciplina dei metodi alternativi di composizione delle controversie, come la conciliazione e l'arbitrato, rispetto alla loro posizione privilegiata, all'inizio del codice di procedura civile del 1865.

Sintomatica è altresì la mancata previsione espressa di strumenti negoziali di composizione della controversia nel corso del processo, come il riconoscimento della domanda o la sua rinuncia.

10. - Al cospetto dello stato di assedio promosso da fronti opposti, se vuole evitare di essere definitivamente soffocata, la teoria dei contratti processuali deve tentare una sortita energica, giocando quasi il tutto per tutto.

Si attende allora un'opera di vasto respiro che abbia la sensibilità, il coraggio e la pazienza di discutere *ab imis* il fondamento del canone della tipizzazione degli accordi processuali e di proporsi la domanda radicale: perché il principio della autonomia contrattuale *ex art. 1322 c.c.*, non ha spazio per esplicitarsi nel processo civile?

Un'opera che si interroghi, in secondo luogo, sulla effettiva natura e portata pratica di questa tipizzazione: se si tratta di una tipizzazione legale, come mai si ammettono per esempio il

della ideologia vetero-liberale. Nel pluralismo culturale ed ideologico che caratterizza le società contemporanee, l'idea che il processo civile sia solo un affare privato delle parti non può essere bandita. Essa trova però la propria realizzazione non già nel processo civile statale, bensì nell'arbitrato» (così, CAPONI, *In tema di autonomia e certezza nella disciplina del processo civile*, in *Foro it.*, 2006, I, 136).

Oggi continuo a condividere il senso fondamentale di questo passaggio: il processo civile statale non può in alcun modo essere ricostruito come un affare privato delle parti. Sarei solo più cauto nel restringere entro una tipizzazione legale l'incidenza dell'autonomia privata delle parti nella conformazione della vicenda processuale, ma su questo punto rinvio ai successivi svolgimenti nel testo.

⁽²¹⁾ Si vedano sul punto le riflessioni di CIPRIANI, *Ideologie e modelli del processo civile*, Napoli, 1997.

⁽²²⁾ V. la *Relazione al Re* per l'approvazione del testo del codice di procedura civile, in *Codice di procedura civile*, a cura di Cipriani, D'Elia, Impagnatiello, Bari, 1997, p. 209.



pactum de non petendo e, come caso particolare di questo, il *pactum de non exequendo*, che non sono conosciuti dalla legge?

Se si muove infatti dal punto fermo del carattere strumentale del processo civile nei confronti dei diritti e dell'autonomia dei privati, si può rovesciare l'impostazione attuale e ritenere che la disciplina del processo e dei suoi risultati possa aprirsi ad una fonte di regolamentazione negoziale, anche in via atipica, ex art. 1322, comma 2 c.c., entro i limiti del rispetto delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume, limiti che sono posti a presidio di un'allocazione proporzionata delle risorse statali rispetto al risultato di assicurare alla collettività un servizio efficiente di giustizia civile.

Entro questi limiti, il cui rispetto spetta al giudice verificare, il contratto processuale si impone a questi come gli si imporrebbe un contratto sostanziale tra le parti.

11. - Perché la soluzione dovrebbe essere negativa, se quella condizione di proporzionalità e di efficienza nell'allocazione delle risorse pubbliche è rispettata?

Perché la soluzione dovrebbe essere negativa, se l'autonomia privata rimane pur sempre la fonte principale della regolamentazione degli interessi dei privati dedotti in giudizio?

Se è vero che il processo civile è diretto ad assicurare che gli interessi protetti dalle norme di diritto sostanziale siano realizzati, anche nella ipotesi di mancata cooperazione spontanea fra i soggetti, perché non recuperare tutti gli spazi di agibilità per quest'ultima, laddove la cooperazione non faccia integralmente difetto, ma si indirizzi ad una convergente disciplina negoziale di alcune fra le relazioni processuali delle parti?

Si tratta certamente di un rovesciamento dell'impostazione attuale (per la verità sommersa e implicita, piuttosto che enunciata espressamente).

Esso però: a) potrebbe promuovere una interpretazione estensiva del campo di applicazione delle figure di accordi processuali attualmente previste dalla legge; b) offrirebbe una base normativa solida a figure di accordi processuali, come il *pactum de non petendo* o il *pactum de non exequendo*, che hanno una loro tipicità storica e sociale, ma non certo legale (almeno: non in via generale) ⁽²³⁾; c) farebbe sì che l'accordo costituisca un limite all'esercizio di poteri d'ufficio

⁽²³⁾ Si vedano però gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella recente legge di riforma del diritto fallimentare, sui quali v. M. FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla «reorganization»*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 263, nonché la letteratura ivi indicata nella nota 1.



del giudice, previo giudizio in concreto ad opera di quest'ultimo circa la meritevolezza ex art. 1322, comma 2 c.c. dell'interesse perseguito dalle parti con l'accordo processuale, alla luce del predetto canone di efficienza della giustizia civile statale; d) promuoverebbe una successiva tipizzazione legale degli accordi processuali, che faccia propria in via generale ed astratta, una volta per tutte, la concreta valutazione giurisprudenziale di ammissibilità.

12. – Proponiamo qualche esempio di accordo processuale, la cui ammissibilità dovrebbe essere prevista una volta per tutte dalla per legge, per sottrarla ad una valutazione in concreto da parte del giudice.

A) proposizione di una domanda nuova nel giudizio di primo grado (già ammessa dalla giurisprudenza nel rito ordinario, come «accettazione del contraddittorio»).

B) superamento delle preclusioni ⁽²⁴⁾.

C) scelta di un modello di trattazione tra una pluralità di modelli predeterminati dalla legge, all'interno di una sequenza procedimentale unitaria.

La prospettiva è *de iure condendo*: molti sistemi processuali europei tendono ad articolare la disciplina del processo ordinario di cognizione in una molteplicità di modelli di trattazione della causa, calibrati sulla tipologia del valore, della materia o, più in generale, della complessità della controversia dedotta in giudizio ⁽²⁵⁾. È quello che accade nel nuovo processo civile inglese, attraverso la scelta tra *small claim track*, *fast track*, *multi track*; nel processo civile francese, attraverso la scelta tra *circuit court*, *circuit moyen* e *circuit long*; nel processo civile tedesco, attraverso la scelta di far precedere l'udienza principale da una prima udienza immediata oppure da un procedimento preliminare scritto ⁽²⁶⁾.

La scelta fra un modello di trattazione e l'altro è affidata al giudice, in collaborazione con le parti, e rientra fra i suoi compiti di direzione formale del processo, ma si potrebbe prevedere che l'accordo tra le parti vincoli il giudice.

D) accordo sul processo modello. La prassi e la riflessione scientifica nell'esperienza tedesca riconoscono alle parti, in ipotesi in cui pendono cause seriali, che presuppongono l'esame

⁽²⁴⁾ In questo senso, v. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 232, che richiede il rispetto delle forme indicate dall'art. 306, comma 2 c.p.c.

⁽²⁵⁾ Cfr. TROCKER, *Il processo civile in prospettiva comparatistica: recenti tendenze evolutive*, in *Rass. forense*, 2006, p. 1465 ss.

⁽²⁶⁾ Cfr., CAPONI, *Modelli europei del processo di cognizione: l'esempio tedesco*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 163 ss.



di identiche o analoghe questioni, la possibilità di stipulare un accordo (*Musterprozessabrede*, *Musterprozessvertrag*), sottoposto in via di principio alla normativa del codice civile, in base al quale vengono trattate solo singole cause, viene sospeso il termine di prescrizione dei diritti, oggetto delle cause che viceversa subiscono un provvisorio arresto ⁽²⁷⁾, e si conviene che il contenuto della decisione resa sul processo modello, nella parte in cui esso rileva anche nelle cause sospese, vincoli il giudice nella definizione di queste ultime. Sotto questo profilo l'accordo è equiparato ad una transazione intercorsa tra le parti. La nuova disciplina delle impugnazioni agevola l'accesso alla Corte suprema delle cause modello di modesto valore economico, ma di significato fondamentale ⁽²⁸⁾.

E) rientrano nel contesto della valorizzazione dell'autonomia privata nel processo civile, sebbene atti unilaterali, il riconoscimento della domanda e la rinuncia all'azione, nei processi relativi a diritti disponibili.

Nell'ordinamento tedesco se una delle parti riconosce in tutto o in parte la pretesa fatta valere contro di lei, è emanata una sentenza di condanna conforme al contenuto della dichiarazione di riconoscimento ⁽²⁹⁾. Ciò comporta che il giudice non è tenuto in via di principio ad accertare i fatti allegati dall'attore, né a verificare che essi fondino *in iure* la pretesa fatta valere ⁽³⁰⁾, ma deve limitarsi a riscontrare la sussistenza dei presupposti processuali. A differenza della tesi prevalente nell'ordinamento francese, nell'ordinamento tedesco si tende a vedere nel riconoscimento un atto puramente processuale ⁽³¹⁾. La sentenza resa su riconoscimento è

⁽²⁷⁾ Il potere delle parti di stipulare un accordo di moratoria relativo alla decorrenza del termine di prescrizione si fonda sul § 205 BGB («il termine di prescrizione è sospeso fin quando il debitore è legittimato a rifiutare la prestazione, sulla base di un accordo con il creditore»).

⁽²⁸⁾ Sul tema si può vedere, tra l'altro, la recente monografia di JACOBY, *Der Musterprozessvertrag*, Tübingen, 2000.

Nel 2005 è stata approvata la legge sui processi modello nelle controversie dei mercati finanziari: *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)*. Cfr. CAPONI, *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007.

In Italia si veda adesso l'imperfetta realizzazione di una forma di tutela collettiva attraverso l'art. 140-bis del codice del consumo, introdotto dalla l. n. 244 del 2007 (finanziaria 2008).

⁽²⁹⁾ Cfr. il § 307 ZPO, ove si prevede che il riconoscimento possa avvenire in udienza o nel procedimento preliminare scritto. La riforma del 2002 ha abolito la necessità di un'apposita istanza dell'attore al fine dell'emanazione della sentenza su riconoscimento (accogliendo così una soluzione alla quale era pervenuta già la giurisprudenza). Una disposizione analoga è prevista dal § 395 ZPO austriaca.

⁽³⁰⁾ Cfr. LEIPOLD, in STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, ventunesima ed., 4/1, Tübingen, 1998, p. 74 ss., ove si ricordano le limitazioni (pretesa contraria a norme imperative, all'ordine pubblico, al buon costume, materia sottratta alla disponibilità delle parti, ecc.); ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, 16 ed., München, 2004, p. 920 ss.

⁽³¹⁾ Cfr. LEIPOLD, in STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, cit., p. 72. Per indicazioni sulla tesi minoritaria che rinviene nel riconoscimento una duplice natura (processuale e sostanziale), v. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, p. 525 ss.



impugnabile con i mezzi ordinari ⁽³²⁾.

F) accordo sulla qualificazione giuridica applicabile per risolvere la controversia, sulla falsariga dell'art. 12, comma 3 del codice di procedura civile francese ⁽³³⁾.

Anche nell'ordinamento tedesco, l'assenza del potere del giudice di valutare *in iure* la pretesa fatta valere dall'attore in ipotesi di riconoscimento della domanda ha dischiuso la porta all'idea che l'accordo delle parti possa vincolare il giudice ad una certa qualificazione giuridica della fattispecie dedotta in giudizio o ad un certo insieme di norme ⁽³⁴⁾.

Nell'ordinamento italiano questa prospettiva è molto problematica, per la formulazione attuale dell'art. 113 c.p.c., che prevede come alternativa alla pronuncia secondo diritto solo la pronuncia secondo equità. Un'evoluzione in questa direzione potrebbe avviarsi solo con una correzione della formulazione dell'art. 113 c.p.c., che faccia salva la pronuncia secondo diritto, «salvo che la legge disponga altrimenti», nel quadro di una concezione del processo civile che accentui la sua funzione di composizione delle controversie.

13. – Un discorso a parte, in quanto esplicazione di una forma di autonomia collettiva che coinvolge non solo le parti, ma anche gli uffici giudiziari, merita la prassi del «contratto di procedura» (*contrat de procédure*), avviata nell'ordinamento francese.

Con tali accordi giudici ed avvocati decidono insieme sulla tabella temporale di svolgimento delle attività processuali, sui termini per il compimento degli atti introduttivi e per lo scambio di documenti. Chi ha analizzato questa esperienza constata che il contenuto di questi accordi è molto vario da una sede giudiziaria all'altra, ma in genere presenta molti vantaggi soprattutto per gli avvocati, che conoscono precisamente quando la causa verrà trattata e non sono esposti a sorprese, con notevole risparmio di tempo ed un migliore impiego di energie ⁽³⁵⁾.

⁽³²⁾ Cfr. LEIPOLD, in STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, cit., p. 80.

⁽³³⁾ Testo dell'art. 12: «Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables./Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée./Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat./Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé». Sul punto, v. CADDET, *Le conventions relatives au procès en droit français*, II, 2, B, indietro.

⁽³⁴⁾ Cfr. BAUR, *Vereinbarungen der Parteien über präjudizielle Rechtsverhältnisse im Zivilprozeß*, in *Festschrift für Bötticher*, Berlin, 1969, p. 1 ss.

⁽³⁵⁾ Così, FARRAND, in TROCKER-VARANO, *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, Torino, 2005.



In questa direzione si muove nell'ordinamento italiano l'esperienza degli osservatori sulla giustizia civile: un gruppo di magistrati, avvocati, personale giudiziario e docenti universitari si assume liberamente l'impegno di operare, con iniziative congiunte o coordinate, per tentare di lenire nei limiti del possibile l'inefficienza della giustizia civile in un certo ambito locale. Fra le principali attività degli osservatori vi è la «codificazione» di prassi autoregolamentate e condivise, orientate nel loro complesso alla conseguenza di promuovere efficienza nella gestione del processo (i «protocolli»).

I protocolli hanno un contenuto composito, che spazia dalla concretizzazione di norme processuali elastiche, come l'art. 175, comma 1 c.p.c. e l'art. 121 c.p.c., alla fissazione di varianti interpretative o applicative di norme processuali rigide, come quella che disciplina il contenuto della prima udienza del processo (art. 183 c.p.c.), alla codificazione di opportune regole di costume giudiziario, come quelle che impegnano i difensori a comunicare tempestivamente al giudice l'avvenuta transazione stragiudiziale della controversia, a consegnare al giudice copia della giurisprudenza di merito citata negli scritti difensivi o nella discussione orale, a consegnare al giudice del primo grado copia della sentenza emessa dal giudice di appello e dalla Corte di cassazione.

Quanto alla efficacia delle norme contenute nei protocolli, essa non ha carattere vincolante, bensì meramente persuasiva, ma ciò non esclude la possibilità di qualificarle come norme giuridiche, se si accetta l'impostazione secondo la quale il diritto si caratterizza per il fatto di «consistere nella creazione di un complesso di 'norme' destinate ad operare nell'ambito della struttura sociale di una comunità e nel conferire ai precetti che esse esprimono una particolare 'efficacia', la quale le rende più o meno strettamente 'vincolanti' (quando il vincolo è più tenue, si parla di efficacia 'persuasiva' delle norme)»⁽³⁶⁾.

14. – La prospettiva delineata in questo studio si colloca in un contesto più ampio, che aspira a lenire i postumi del trauma che la riflessione sulla protezione giudiziaria dei diritti subisce a metà del secolo XIX in Germania.

Non è un caso che, nell'indicare lo storico distacco del diritto processuale dal diritto sostanziale, l'esperienza giuridica tedesca impieghi frequentemente il termine *Trennung*: lo stesso

⁽³⁶⁾ Così, PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, seconda ed., Milano, 1998, p. 6.

Per un discorso più ampio sul punto si rinvia a CAPONI, *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti del diritto*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 7.



sostantivo che significa, in altri contesti e accompagnato da diversi aggettivi, la separazione dei coniugi, la scissione di un legame chimico, la segregazione razziale.

La separazione del diritto processuale dal diritto sostanziale costituisce al giorno d'oggi, specialmente negli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale, uno strumento cui difficilmente si può rinunciare nella costruzione e comprensione del sistema ⁽³⁷⁾.

Tuttavia l'impiego del termine *Trennung* costituisce il segno di una originaria separazione traumatica, di cui ancora oggi sono visibili i postumi, non solo a causa della vischiosità dell'evoluzione dell'esperienza giuridica.

In che cosa è consistito questo trauma?

Non già, di per sé, nel fatto che il diritto processuale cominci ad uscire dall'alveo del diritto privato sostanziale e si affermi come autonoma parte del diritto.

Non già, di per sé, nel fatto che, liberato dalla corrispondenza con il diritto soggettivo privato, il diritto di azione si profili ormai come una situazione giuridica soggettiva appartenente al campo del processo, indipendente dal diritto sostanziale.

Il trauma consiste, come parzialmente anticipato all'inizio del nostro discorso, in una sorta di mutazione genetica che il diritto processuale subisce nel costruire la propria autonomia disciplinare: «con la separazione tra diritto sostanziale e processo si dischiude la prospettiva della qualificazione del diritto processuale come diritto pubblico: nel processo le parti compaiono dinanzi al giudice, che esercita il potere statale; non si può più parlare di un assetto paritario come nel diritto privato» ⁽³⁸⁾.

Siamo nella seconda metà del secolo XIX. Non sono certo questi i tempi in cui una branca del diritto appena nata, se vuole crescere bene, possa assecondare la propria intrinseca natura ermafrodita ed interstiziale e possa coltivare una visione chiaroscurale del proprio posizionamento all'interno dell'esperienza giuridica. È questo il tempo della grande dicotomia, della grande contrapposizione tra diritto privato e diritto pubblico.

Bianco o nero: la nuova scienza del diritto processuale non può rimanere sospesa nel mezzo tra i due poli, come le suggerirebbe il modo di essere dei fenomeni studiati, ma deve far

⁽³⁷⁾ Cfr. HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, cit., p. 5.

⁽³⁸⁾ Così, ARENS, *Die Grundprinzipien des Zivilprozeßrechts*, cit., p. 1, il quale prosegue sostenendo che questa qualificazione del diritto processuale come diritto pubblico oggi non può essere posta più in dubbio.



violenza a questi ultimi, deve prendere risolutamente partito: abbandonare la vecchia culla del diritto privato e correre tra le braccia possenti della scienza del diritto pubblico.

15. – La necessità della scienza del diritto processuale di scegliere il settore dello *ius publicum*, per non essere frantumata nel campo di tensione provocato dai due poli concettuali contrapposti, non è un'operazione indolore, come possiamo scorgere tra le righe del discorso di Chiovenda: «volendo ricondurre la legge processuale civile in una delle due grandi partizioni del diritto, può dirsi che essa appartiene al *diritto pubblico*, perché regola più o meno immediatamente un'attività pubblica. Ma si deve riconoscere che essa è autonoma, cioè ha una posizione speciale, che deriva dall'intreccio continuo dell'interesse generale e dell'interesse individuale nel processo civile. Se l'attuazione delle legge in sé è una funzione dello Stato, il quale è sommamente interessato al modo e agli effetti del suo esercizio, alla rispondenza della propria attività al suo scopo, è certo che all'andamento del processo e al suo risultato *nel caso concreto* sono principalmente interessate le parti, che aspirano traverso l'attuazione della legge a un bene della vita» ⁽³⁹⁾.

Questo passo di Chiovenda è molto significativo: egli concede (è costretto a concedere) che il diritto processuale civile appartiene al diritto pubblico, ma poi sviluppa effettivamente la sua argomentazione in tutt'altra direzione, sondando la possibilità di collocare il diritto processuale in un territorio intermedio tra diritto pubblico e privato. Una possibilità allora ancora difficile, ma oggi concretamente praticabile, poiché ci troviamo al definitivo tramonto della grande dicotomia

Certamente la riflessione sul diritto processuale civile come una sorta di diritto intermedio tra diritto privato e diritto pubblico ha vissuto una vita grama, ma ci sono sempre stati degli spunti in questa direzione, che nell'esperienza tedesca si sono potuti valorizzare in modo più incisivo, anche a causa di una maggiore fertilità della teoria del processo come rapporto giuridico processuale, rispetto alla teoria del processo come procedimento.

16. - Fino ai giorni nostri, la teoria e la prassi della protezione giudiziaria dei diritti si sono sentite costrette a muoversi nel campo di tensione provocato da due poli concettuali contrapposti (diritto pubblico, diritto privato).

Oggi si deve apertamente riconoscere - per usare una bella immagine di Michael Stolleis

⁽³⁹⁾ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, I, p. 102.



(⁴⁰) - che questa polarità è come la luce di una stella che si irradia ancora, molto tempo dopo che la sua sorgente si è esaurita.

È giunto il momento di liberarsi dei riflessi mentali di questa dicotomia per lavorare alla costruzione di un diritto intermedio e interstiziale. Una costruzione di cui si rinvergono tracce nel passato, benché queste siano rimaste sommerse dalla impostazione allora dominante.

Sotto questo profilo è importante il confronto con l'esperienza del diritto amministrativo. Una materia che ha completato la costruzione della propria autonomia disciplinare successivamente al diritto processuale civile, guardando anche a quest'ultimo (la celebre definizione di Otto Mayer di atto amministrativo prende a modello la sentenza). Una materia che ha sopravanzato il diritto processuale civile nella percezione del nuovo, anche perché essa è maggiormente a contatto con la realtà sociale ed economica, un contatto non filtrato dalla necessità che ci si trovi dinanzi ad una controversia e da un approccio di avvocati e giudici, talvolta improntato a vecchi schemi dicotomici.

Esemplare è l'art. 54 della legge tedesca sul procedimento amministrativo, che ha introdotto nel 1976 l'accordo sostitutivo di provvedimento amministrativo, poi varato anche nell'ordinamento italiano.

17. - Un'ultima osservazione: dalla previsione costituzionale del giusto processo «regolato dalla legge» (art. 111 Cost.) non si può desumere *in apicibus* una indicazione contraria ad una equilibrata estensione dell'incidenza dall'autonomia privata nella conformazione della vicenda processuale, nei limiti in cui ciò non ostacoli l'efficienza del processo rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia.

Utile si rivela a questo proposito il parallelo con l'esperienza degli osservatori sulla giustizia civile.

Comune alle persone che partecipano agli osservatori è certamente la riaffermazione del valore delle garanzie costituzionali e del principio di legalità nella disciplina processuale. Gli osservatori valorizzano le prassi virtuose, evidentemente non contro la legge e contro le garanzie costituzionali, bensì negli spazi che la legge processuale riconosce o lascia fisiologicamente a

(⁴⁰) STOLLEIS, *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates*, in HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN, in *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden, 1996, p. 59.



disposizione.

Quest'ultimo profilo coglie anche il senso della valorizzazione degli accordi di parte.

Gli spazi che la legge lascia a disposizione possono essere colti e sfruttati con grande nettezza e consapevolezza teorica, oltre che dall'approccio ermeneutico, da tecniche interpretative relativamente recenti come l'interpretazione orientata alle conseguenze, riferita cioè alle implicazioni pratiche che l'interpretazione ipotizzata presumibilmente produrrebbe all'esterno del sistema giuridico, nella realtà sociale ⁽⁴¹⁾.

Non si intende intaccare quindi l'enorme merito che storicamente ha avuto nella disciplina del processo l'affermazione del principio di legalità, la fissazione di una normativa ad opera di una fonte superiore ed esterna rispetto ai protagonisti della vicenda processuale, come strumento principe per combattere l'inefficienza del processo e per aspirare a conferire certezza alle garanzie delle parti.

Piuttosto si deve riconoscere che il sistema normativo processuale, non è chiuso nella propria autoreferenzialità normativa, ma è disposto ad apprendere dall'ambiente circostante. E se si tratta di un ambiente ricco di buone ragioni potenzialmente universalizzabili, come quello che può scaturire da un esercizio equilibrato del potere di autonomia (individuale o collettiva), l'arricchimento del sistema processuale non può essere che notevole.

In sintesi, il principio di legalità della disciplina processuale è riaffermato in un contesto culturale profondamente mutato rispetto a quello ottocentesco. Un contesto nel quale l'interprete teorico e l'operatore pratico del diritto si sono definitivamente liberati dai panni striminziti dell'esegeta, per assumere quelli del coproduttore ed intermediatore di senso delle norme processuali, all'interno di un sistema legale che è come un «polmone aperto sull'esperienza» ⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ Cfr. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 91 ss.

⁽⁴²⁾ Nello stesso senso, con riferimento all'attività degli osservatori sulla giustizia civile, CAPONI, *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti del diritto*, in *Foro it.*, 2007, V, cit.



Ação Rescisória como meio de controle de decisão fundada em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal

(Control of decisions already precluded by res iudicata and that were justified on statutes later founded to be unconstitutional by the Supreme Court)

Fabiano Carvalho

Professor of Civil Procedure at the Fundação Armando Álvares Penteado, Brazil.

Ph.D (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil).

Practicing Lawyer (fcarvalho@faap.br)

Resumo: O objetivo do trabalho é investigar a rescindibilidade de decisões judiciais fundadas em norma declarada inconstitucional pelo STF, pela via do controle concentrado de constitucionalidade (Adin). Examinam-se, ainda, as conseqüências da modulação temporal dos efeitos da decisão de constitucionalidade e sua interferência na admissibilidade da ação rescisória.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade – coisa julgada inconstitucional – ação direta de inconstitucionalidade – ação rescisória – decisão rescindível – modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Summary: The purpose of this study is to examine the rescindability of final court decisions which are based on a norm declared unconstitutional by the Supreme Court, by means of concentrated control over constitutionality (Direct Unconstitutionality Action). An examination is also made of the consequences of the temporal modulation of the effects of the decision of constitutionality and its interference in the admissibility of the rescissory action.

Keywords: Unconstitutionality – unconstitutional res iudicata – direct unconstitutionality action – rescissory action – rescindable decision – modulation of the effects of the declaration of unconstitutionality

Resumen: el objetivo del trabajo es investigar la rescindibilidad de decisiones judiciales fundadas en norma declarada inconstitucional por el STF, mediante el control concentrado de constitucionalidad (Adin). Además de examinar las consecuencias de la modulación temporal de los efectos de la decisión de constitucionalidad y su interferencia en la admisibilidad de la revisión de sentencias firmes.



Palabras clave: Inconstitucionalidad – coisa julgada inconstitucional – acción directa de inconstitucionalidad – revisión de sentencias firmes – decisión rescindible – modulación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad

SUMÁRIO: 1. Inconstitucionalidade e seu controle – 2. Questão terminológica: coisa julgada “inconstitucional” – 3. Decisão inconstitucional e decisão inexistente – 4. Ação rescisória contra decisão inconstitucional – 5. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e ação rescisória – 6. Conclusões - Bibliografia

1. Inconstitucionalidade e seu controle

O vocábulo inconstitucional significa algo inconciliável com a Constituição.

A inconstitucionalidade é um fenômeno suscetível de ser descrito ao investigar-se a relação existente entre a Constituição e determinado comportamento.

De acordo com a sólida doutrina constitucionalista, “constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, ou seja, a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não em seu sentido.”¹

O sistema constitucional identifica precisamente os “comportamentos” incompatíveis com a Constituição e impõe o controle de constitucionalidade, que, de acordo com a competência de cada órgão, poderá ser exercido pelos três Poderes da República: Executivo (art. 66, § 1º, da CF), Legislativo (art. 52, X, da CF) e Judiciário (arts. 97, 102, I, *a* e *p*, 102, III, *a*, *b* e *c*, e 103, da CF).

Especificamente sobre o modelo de controle da constitucionalidade judicial, também denominado de repressivo, o mesmo pode ser classificado segundo o número de órgãos exercitantes e o modo de exercício.

Com relação ao número de órgãos, o controle de constitucionalidade poderá ser *difuso*, realizado por todos os órgãos da jurisdição, ou *concentrado*, exercido por um órgão judicial (STF, art. 102, I, da CF).

¹ Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, t. VI, n. 1, p. 9; *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, n. 1, p. 11.



No que toca ao modo de exercício, o controle de constitucionalidade poderá ser *incidental* ou *principal*. Incidental, pela via da exceção, no qual a questão de inconstitucionalidade é fundamento da causa de pedir e a decisão produz efeitos *inter partes*. Principal, via de ação direta, na qual a questão da inconstitucionalidade é suscitada como pedido, cuja decisão possui eficácia *erga omnes*.

Para o presente trabalho, interessa examinar com mais atenção o controle de constitucionalidade concentrado e principal.

A Constituição qualificou o STF como guarda da Constituição. Por esse motivo, reservou para a competência exclusiva do STF a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, da CF), porquanto esse órgão é o intérprete maior da Constituição e constitui centro da jurisdição constitucional.²

O objeto da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade é o pedido de pronunciamento do STF a respeito da interpretação da lei (*lato sensu*), em relação à Constituição. Cumpre ao tribunal “manifestar-se especificamente acerca da validade de uma lei e, conseqüentemente, sobre sua permanência ou não no sistema”.³

Aqui, coloca-se em discussão um problema bastante comum: se a decisão de mérito, transitada em julgado, fundar-se em norma declarada inconstitucional, ou em interpretação tida como incompatível com a Constituição, pela via da ação direta de inconstitucionalidade, poderá ser impugnada pela ação rescisória?

2. Questão terminológica: coisa julgada “inconstitucional”

Antes de expor os fundamentos para a solução do problema, convém pôr em relevo uma observação de ordem terminológica.

A decisão de mérito transitada em julgado que está assentada em norma declarada inconstitucional pelo STF na via do controle abstrato não *produz* “coisa julgada inconstitucional”, como indicam respeitabilíssimos setores da doutrina,⁴ com eco na jurisprudência.⁵

² Cf. José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, p. 536.

³ Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 134.

⁴ É o que se verifica no título da obra coletiva (*Coisa julgada inconstitucional*) organizada por Carlos Valder do Nascimento e José Augusto Delgado.



A coisa julgada, elevada à garantia constitucional (art. art. 5º, XXXVI, da CF), é qualidade que torna indiscutível e imutável o comando da parte dispositiva da decisão de mérito não mais sujeita a recurso (art. 467 do CPC), nem ao reexame necessário (art. 475 do CPC).⁶ Se inconstitucional significa inconciliável ou incompatível, não parece ser adequado atribuir ao instituto da coisa julgada a qualificação de “inconstitucional”. Afigura-se ser inconciliável com a Constituição a decisão de mérito fundada em norma declarada inconstitucional, ou em interpretação tida como incompatível com a Constituição. A coisa julgada é apenas o fenômeno que reveste a referida decisão tornando-a estável.

Com propriedade, Barbosa Moreira diz: “o que se concebe seja incompatível com a Constituição é a sentença (*lato sensu*): nela própria, e não na sua imutabilidade (ou na de seus efeitos, ou de uma e outros), é que se poderia descobrir contrariedade a alguma norma constitucional”.⁷

Ultrapassada a questão de nomenclatura, a decisão fundada em norma declarada inconstitucional ou incompatível com a Constituição pode ser objeto de impugnação. Antes do trânsito em julgado, compete à parte, MP ou ao terceiro interessado interpor o recurso cabível, de acordo com o pronunciamento impugnado.

No entanto, depois do trânsito em julgado, sobretudo se a decisão é revestida pela autoridade da coisa julgada material, o problema ganha contornos mais complexos. Mais especificamente, questiona-se se tal decisão fica ou não sujeita ao controle da ação rescisória (art. 485 do CPC).

3. Decisão inconstitucional e decisão inexistente

À primeira vista, a expressão “decisão inexistente” parece contradizer-se em seus próprios termos. Decisão concebe a idéia de um ato processual, resultante de uma atividade cognitiva desenvolvida pelo órgão jurisdicional sobre o pedido e as mais diversas questões que despontam no curso do procedimento.

Decisão é algo que existe.

⁵ STJ, AgRg na Pet 1844/DF, rel. Min. Luiz Fux, DJ 23.6.2008 ; Resp 883.338/AL, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 1.10.2007.

⁶ Por todos: Barbosa Moreira, Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, p. 107-108.



Prender o termo “decisão” ao termo “inexistente” encerraria verdadeira contradição. Por fundamento lógico, seria difícil admitir a categoria “decisão inexistente” na teoria das nulidades processuais, porquanto os vícios somente alcançariam decisões existentes.

Essa divisão lógica levou alguns doutrinadores a negarem a categoria de ato processual inexistente.⁸

Modernamente, a doutrina admite, com certa tranqüilidade, a existência dessa categoria, dentre eles a decisão inexistente.⁹

O que se quer manifestar com a locução decisão inexistente é um ato processual que não tem substância jurídica e que “não se formou para o Direito”.¹⁰

A justificativa dessa classe liga-se ao interesse teórico e, sobretudo, ao proveito prático.¹¹

No âmbito da teoria das nulidades dos atos processuais, a doutrina considera a inexistência como “vício” que se manifesta com maior intensidade.¹² A inexistência mostra-se como o “grau máximo da *ineficácia*.”¹³ É “não ser” do ato processual.¹⁴

O ato inexistente caracteriza-se pela falta de qualquer elemento essencial à sua constituição e existência no plano jurídico. Se juridicamente inexistente, nesse plano, o ato é ineficaz, insuscetível de produzir efeitos substanciais e processuais. A inexistência de um ato processual opera por si mesma ineficácia.

Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁵ desenvolveu o tema com profundidade e concluiu pela

⁷ Barbosa Moreira, Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material, p. 236-237.

⁸ Carnelutti, Inesistenza dell’atto giuridico?, p. 209. Em outra obra Carnelutti sustentou posicionamento diverso (cf. *Sistema del diritto processuale civile*, vol. II, p. 489).

⁹ Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo e da sentença*, pp. 284 e ss.; Calmon de Passos, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, pp. 89 e ss.; Roque Komatsu, *Da invalidade no processo civil*, p. 157 e ss.. Aroldo Plínio Gonçalves, *Nulidades no processo*, pp. 70 e ss.; Eduardo Talamini, *Revisão da coisa julgada*, pp. 284 e ss. No direito estrangeiro: Chiara Besso, *La sentenza civile inesistente*, especialmente pp. 158 e ss.; Comoglio-Ferri-Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, pp. 356/359; Marcelo Lopez Mesa, *Ineficacia y nulidade de los actos jurídicos e procesales*, 285 e ss.

¹⁰ Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, n. 275, p. 469.

¹¹ Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, n. 525, p. 324; Calmon de Passos, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, n.76, p. 91; Roque Komatsu, *Da invalidade no processo civil*, p. 159. Aroldo Plínio Gonçalves escreveu que “no processo, o ato inexistente adquire relevância pelas conseqüências jurídicas que podem advir de sua ocorrência, na cadeia do procedimento (*Nulidades no processo*, n. 15, p. 71).

¹² Moniz de Aragão, *Comentários ao código de processo civil*, vol. II, n. 344, p. 260; Girolamo Monteleone, *Compendio di diritto processuale civile*, pp. 150/151.

¹³ Zeno Veloso, *Invalidade do negócio jurídico*, p. 135.

¹⁴ Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, n. 234, p. 377.

¹⁵ *Nulidades do processo e da sentença*, especialmente cap. 3, pp. 283 e ss.



existência das decisões juridicamente inexistentes. Segundo a renomada processualista, a inexistência decorre de um comprometimento da natureza do ato decisório (v.g. decisão proferida por quem não exerce função jurisdicional) ou porque o ato decisório está comprometido por defeitos graves ocorridos no curso do procedimento (v.g. petição inicial sem assinatura do advogado).

Naturalmente, concebe-se que o ato inexistente não é alcançado pela preclusão ou pela coisa julgada, e também não pode ser convalidado.¹⁶

Diz-se que o ato inexistente é um *não-ato* ou um *não-provimento*.¹⁷

Em razão de ter aparência de um ato processual, no plano fático, reconhece-se a possibilidade de o ato inexistente produzir efeitos. Cabe registrar, entretanto, que o resultado ou o produto originado do ato inexistente não tem capacidade de transformá-lo em um ato existente e eficaz no plano jurídico.

Sustenta-se que a decisão de mérito, proferida com base em lei e posterior ação declaratória de inconstitucionalidade julgada procedente, rigorosamente, não necessitaria ser objeto de ação rescisória, “já que a decisão que seria alvo de impugnação seria juridicamente inexistente, pois que baseada em “lei” que não é lei (“lei” inexistente).” Segundo essa prestimosa doutrina, “a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 495 do CPC, intentar ação declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação”.¹⁸

Esse posicionamento, nada obstante tenha sido exposto por uma das grandes autoridades do processo civil e com valiosos fundamentos, merece algumas ponderações.

A decisão alcançada por um vício de inconstitucionalidade não representa necessariamente a aparência de ato jurídico.

¹⁶ Na jurisprudência: a “sentença juridicamente inexistente não é apta à formação da coisa julgada e, portanto, não fica acobertada por tal autoridade” (STJ, Resp 156.483/AL, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 12.2.2007. Equivocada a decisão ao considerar que os “defeitos processuais das decisões judiciais são corrigidos por via da ação rescisória, mas os defeitos da base fática que retiram da sentença a sua sedimentação, tornando-a nula de pleno direito ou inexistente, podem ser corrigidos, como os demais atos jurídicos, pela relatividade da coisa julgada nula ou inexistente” (RF 382/313). Não há falar-se em “relativização” de coisa julgada quando se tratar de ato inexistente.

¹⁷ Calmon de Passos, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, n. 85, p. 103. Na doutrina estrangeira: Comoglio-Ferri-Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, p. 357;

¹⁸ Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo e da sentença*, n. 3.4.7.2, p. 388. A posição também é sustentada pela autora em obra conjunta com José Miguel Garcia Medina, n. 2.3.1, *O dogma da coisa julgada*, p. 43.



Não é, contudo, tal discrepância, por si só, que a persistência desse vício permitiria concluir que a decisão estivesse desprovida de elementos estruturais mínimos para enquadrar-se no campo da (in)existência dos atos jurisdicionais. Acrescente-se, ainda, que a decisão inconstitucional produz efeitos fáticos e jurídicos e, em razão disso, está submetida a controle por mecanismos previstos na Constituição.

Naturalmente se concebe que “apenas as decisões judiciais com o mínimo de identificabilidade são passíveis de um juízo de inconstitucionalidade.”¹⁹ Com isso, juridicamente, não é possível falar em decisão inconstitucional inexistente.

Destaque-se, ainda, outro argumento que afasta, de maneira decisiva, a tese da inexistência. O art. 27 da Lei n. 9.868/99, que confere ao STF, por maioria de dois terços de seus membros (*quorum* qualificado), poderes para restringir os efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, mediante a utilização de critérios para adequar os efeitos da inconstitucionalidade às mais diversas situações.

A prevalecer a tese da “inexistência”, em algumas situações a decisão tomada em sede de controle abstrato da constitucionalidade assumiria verdadeira cláusula condicional para a existência de determinados atos jurisdicionais, fato que traria conseqüências gravosas aos princípios da segurança e da estabilidade das relações jurídicas.

Conclui-se que a decisão fundada em lei declarada inconstitucional, pela via da ação direta de inconstitucionalidade, não configura ato inexistente.²⁰

4. Ação rescisória contra decisão inconstitucional

A decisão fundada em norma inconstitucional é decisão juridicamente existente. Resta saber se ela é ou não rescindível.

¹⁹ Paulo Otero, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, n. 11, p. 64.

²⁰ Barbosa Moreira, Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material, n. 2, p. 238; Theodoro Júnior-Cordeiro de Faria, A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle, p. 148. Com escopo no direito português, no mesmo sentido do texto: Paulo Otero, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, n. 11, p. 63-65. Marcelo Rebelo de Sousa admite que a inconstitucionalidade da decisão judicial poderá gerar um ato nulo ou inexistente. Segundo essa doutrina, são qualificáveis como atos inexistentes “as aparências de actos jurisdicionais que violem os direitos absolutos, o objecto ou conteúdo dos demais direitos fundamentais e a essência dos outros princípios integrantes da Constituição material” (O valor jurídico do acto inconstitucional, p. 325).



Do exame do objeto do juízo rescindente, é possível afirmar que, se a decisão for de mérito, qualquer que seja ela, independentemente do fundamento, sujeita-se, na generalidade dos casos, à rescisão.²¹

O problema da rescindibilidade da decisão de mérito, fundada em norma declarada inconstitucional pelo STF, é questão que se insere nos motivos rescisórios e não no objeto da rescisão.

Não se afigura correta, ao menos em tese, afirmar que o efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade do preceito infraconstitucional é causa motivadora para ajuizar a ação rescisória. Esses casos, na realidade, comportam ação rescisória fundada na violação a literal disposição de lei (Constituição Federal).²²

É importante registrar que a decisão de declaração de inconstitucionalidade não tem efeito rescindente, isto é, não desconstitui a coisa julgada que revestiu a decisão de mérito fundada no ato declarado inconstitucional. Nesse aspecto, a Constituição portuguesa é específica ao estabelecer que “Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido.”²³

²¹ É assentada a jurisprudência do STF sobre a eficácia *ex tunc* de decisão proferida em controle concentrado e que, como tal, legitima a ação rescisória de sentença que a contrarie, ainda que anterior (STF, AgReg na Recl 2.600/SE, rel. Min. Cezar Peluso, j. 14.9.2006). No mesmo sentido: “Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão. Não se pode diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal com a manutenção de decisões divergentes. Assim, se somente por meio do controle difuso de constitucionalidade, portanto, anos após as questões terem sido decididas pelos Tribunais ordinários, é que o Supremo Tribunal Federal veio a apreciá-las, é a ação rescisória, com fundamento em violação de literal disposição de lei, instrumento adequado para a superação de decisão divergente” (STJ, RE 328.812/AM, rel. Gilmar Mendes, DJ 11.4.2003).

²² Alfredo Buzaid, *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, n. 62, p. 138; Angelina Mariz de Oliveira, *Ação direta de inconstitucionalidade em matéria tributária*, n. 16.b, p. 143; Izabelle Albuquerque Costa Maia, *Admissibilidade da ação rescisória fundada em violação a literal disposição de lei* (art. 485, V, CPC), p. 214. Oswaldo Luiz Palu assenta que “há que se lembra que a inconstitucionalidade de uma lei declarada pelo Supremo implica que o vício existia desde a origem; a sanção, entretanto, pode não ser a nulidade *ex tunc*, e o mesmo diga-se da posição que firma a constitucionalidade: desde o início a lei estava escoreta de vícios. Não há prazo para a ação que objetiva a declaração de inconstitucionalidade, mas há prazo para que se proponha a ação rescisória contra o julgado inferior, prazo esse que deve ser observado” (*Controle de constitucionalidade*, p. 238). Na jurisprudência, no mesmo sentido do texto: STF, RMS 17.976/SP, rel. Min. Amaral Santos, DJ 13.9.1968. No voto, para a hipótese, consignou-se ser impossível a utilização do mandado de segurança. Celso Ribeiro Bastos parece admitir que a ação rescisória não seria o único meio ao sustentar que “a coisa julgada há de ceder, toda vez que contra ela sobrelevem razões mais altas e princípios de maior alcance” (*Comentários à Constituição do Brasil*, p. 220/221).

²³ Ao comentar o dispositivo constitucional português, Jorge Miranda ensina que “o fundamento último da regra não se encontra, porém, ou não se encontra só num princípio de separação de poderes. Decorre de um princípio material



A declaração de inconstitucionalidade da lei não impede que decisão, transitada em julgado, seja revestida pela autoridade da coisa julgada material. A ocorrência dessa situação permite, na generalidade dos casos, o ajuizamento da ação rescisória para dissolver a coisa julgada e rescindir a decisão assentada na norma declarada inconstitucional.

Seja-nos permitido, a essa altura, certa digressão para assentar a inaplicabilidade da Súmula 343 do STF. Segundo este Verbete, não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

Essencialmente, diferentemente da súmula vinculante, compreende-se que a súmula 343 do STF tem natureza persuasiva²⁴, portanto, com força *relativa*, e não impede o ajuizamento da ação, muito menos veda seja julgado o mérito da causa.²⁵

Seria circunstância afrontosa à força normativa da CF e, também, ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional, aplicar a Súmula 343 do STF. Admitir a aplicação da orientação contida no aludido verbete em matéria de interpretação constitucional significaria fortalecer as decisões das instâncias ordinárias em detrimento das decisões do STF.

O próprio STF já admitiu que “tal prática afigura-se tanto mais grave se se considerar que no sistema geral de controle de constitucionalidade das leis a voz do STF somente será ouvida depois de anos de interpretação controvertida, para manutenção de julgado desenvolvido contra a orientação da Corte constitucional, significa afrontar a efetividade da Constituição.”²⁶⁻²⁷

– a exigência de segurança jurídica. A estabilidade do direito tornado certo pela sentença insusceptível de recurso ordinário é, igualmente, a dos direitos e interesses que declara” (*Manual de direito constitucional*, vol. VI, p. 290).

²⁴ Sobre a súmula persuasiva, v. Fabiano Carvalho, *Poderes do relator nos recursos – art. 557 do CPC*, n. 12.1, p. 105 e ss.

²⁵ Teresa Arruda Alvim Wambier, *Recursos especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, n. 16.4, p. 521.

²⁶ STF, RE 328.812/AM, rel. Gilmar Mendes, DJ 11.4.2003. Na doutrina: Teori Albino Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, n. 6, p. 128-136. Com interpretação mais ampla, Teresa Arruda Alvim Wambier, *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, n. 16.4, p. 521-543.

²⁷ Em recentíssimo julgamento, por meio do primoroso voto do Min. Teori Albino Zavascki, proferido no Resp 1.026.234/DF, DJ de 11.6.2008, o STJ decidiu que: “A súmula 343/STF, editada antes da Constituição de 1988, tem origem na doutrina (largamente adotada à época, inspiradora também da súmula 400/STF) da legitimidade de interpretação razoável da norma, ainda que não a melhor, permitindo assim que a respeito de um mesmo preceito normativo possa existir mais de uma interpretação e, portanto, mais de um modo de aplicação. Ao criar o STJ e lhe dar a função essencial de guardião e intérprete oficial da legislação federal, a Constituição impôs ao Tribunal o dever de manter a integridade do sistema normativo, a uniformidade de sua interpretação e a isonomia na sua aplicação. O exercício dessa função se mostra particularmente necessário quando a norma federal enseja divergência interpretativa. Mesmo que sejam razoáveis as interpretações divergentes atribuídas por outros tribunais, cumpre ao STJ intervir no sentido de dirimir a divergência, fazendo prevalecer a sua própria interpretação. Admitir interpretação razoável, mas contrária à sua própria, significaria, por parte do Tribunal, renúncia à condição de intérprete



As razões que explicam esse tratamento diferenciado são o da “supremacia jurídica da Constituição, cuja interpretação não pode ficar sujeita à perplexidade, e a especial gravidade de que se reveste o descumprimento das normas constitucionais, mormente o vício da inconstitucionalidade das leis. O exame desta orientação em face das súmulas revela duas preocupações fundamentais da Corte Suprema: a primeira, a de preservar, em qualquer circunstância, a supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários; a segunda, a de preservar a sua autoridade de guardião da Constituição, de órgão com legitimidade constitucional para dar a palavra definitiva em temas relacionados com a interpretação e a aplicação da Carta Magna”.²⁸

Por necessidade de coerência do ordenamento jurídico, a decisão de mérito, assentada no ato declarado inconstitucional e transitada em julgado, pode ser objeto de rescisão pela via da ação rescisória, porque esse ato jurisdicional coloca em risco a própria força jurídica suprema da CF, tendente a desencadear uma série de efeitos negativos.²⁹

institucional da lei federal e de guardião da sua observância. Por outro lado, a força normativa do princípio constitucional da isonomia impõe ao Judiciário, e ao STJ particularmente, o dever de dar tratamento jurisdicional igual para situações iguais. Embora possa não atingir a dimensão de gravidade que teria se decorresse da aplicação anti-isonômica da norma constitucional, é certo que o descaso à isonomia em face da lei federal não deixa de ser um fenômeno também muito grave e igualmente ofensivo à Constituição. Os efeitos da ofensa ao princípio da igualdade se manifestam de modo especialmente nocivos em sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado: considerada a eficácia prospectiva inerente a essas sentenças, em lugar da igualdade, é a desigualdade que, em casos tais, assume caráter de estabilidade e de continuidade, criando situações discriminatórias permanentes, absolutamente intoleráveis inclusive sob o aspecto social e econômico. Ora, a súmula 343 e a doutrina da tolerância da interpretação razoável nela consagrada têm como resultado necessário a convivência simultânea de duas (ou até mais) interpretações diferentes para o mesmo preceito normativo e, portanto, a cristalização de tratamento diferente para situações iguais. Ela impõe que o Judiciário abra mão, em nome do princípio da segurança, do princípio constitucional da isonomia, bem como que o STJ, em nome daquele princípio, também abra mão de sua função nomofilática e uniformizadora e permita que, objetivamente, fique comprometido o princípio constitucional da igualdade. É relevante considerar também que a doutrina da tolerância da interpretação razoável, mas contrária à orientação do STJ, está na contramão do movimento evolutivo do direito brasileiro, que caminha no sentido de realçar cada vez mais a força vinculante dos precedentes dos Tribunais Superiores”.

²⁸ Teori Albino Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, p. 132-133.

²⁹ Walter Piva Rodrigues também admite que essa decisão é rescindível, o que está de acordo com o texto. Entretanto, não pode ser aceita a proposta feita pelo emérito professor da Universidade de São Paulo que, ao analisar a coisa julgada no aspecto tributário, indica termo inicial para a propositura da ação rescisória a partir do trânsito em julgado da ação direta de inconstitucionalidade (*Coisa julgada tributária*, n. 14, p. 117). Recusa-se o entendimento pelos seguintes motivos: o prazo para a propositura da ação rescisória é estabelecido pela lei. Trata-se de prazo decadencial, que, segundo a linha do sistema de direito brasileiro, como regra, não está sujeito à interrupção ou à suspensão (art. 207 do CC). Além disso, a decisão proferida em sede de controle abstrato não será o objeto de rescisão e, conseqüentemente, não é determinante para a contagem do prazo para o ajuizamento da ação rescisória. O termo inicial para a propositura da ação rescisória conta-se a partir do trânsito em julgado da decisão rescindível ou, como se tem entendido, do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo (cf., por todos, Athos Gusmão Carneiro, *Ação rescisória - embargos de declaração e sua influência na contagem do biênio decadencial*, p. 246-260), embora com certa divergência (cf. Barbosa Moreira, *Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade*, p. 168-177).



É preciso asseverar que o CPC estabelece o prazo decadencial de dois anos (art. 495 do CPC) para propor ação rescisória. Isto vale também para a ação rescisória que tenha por objeto decisão fundada em norma declarada inconstitucional, que não ajuizada ao tempo previsto em lei. Aqui é importante não confundir gravidade do vício rescisório com o prazo para o exercício do meio jurídico para rescindir a decisão fundada em lei declarada inconstitucional pelo STF.

5. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e ação rescisória

A decisão de inconstitucionalidade de lei pode constituir fator de incerteza e de insegurança jurídica, colidir com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos ou apresentar-se como uma solução politicamente inoportuna.³⁰

A estabilidade das relações jurídicas diante da fiscalização abstrata da constitucionalidade exercida pelo STF torna-se assunto de mais alta complexidade por envolver dois princípios nucleares do sistema jurídico: princípio da segurança jurídica e o princípio da certeza do direito.³¹

Por desempenhar função política, o STF, no julgamento das ações de controle abstrato da constitucionalidade, não se limita à prática de mero exercício de subsunção.

Em casos efetivamente excepcionais, o art. 27 da Lei n. 9.869/99 confere ao STF poderes para limitar a eficácia temporal da decisão declaratória de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, para preservar situações jurídicas constituídas no decurso da vigência da norma declarada inconstitucional.³²

Com a limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, procura-se preservar os imperativos da segurança jurídica e de altos interesses sociais inerentes ao Estado Democrático de Direito. À luz do princípio da proporcionalidade, evita-se, numa linha de ponderação axiológica de bens jurídicos afetados pelas conseqüências do provimento do STF, que os efeitos dessa decisão possam vir a prevalecer para além de uma justa medida, sobre outros valores jurídicos e interesses públicos que também são dignos de especial proteção

³⁰ Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 673.

³¹ Nesse sentido, mas com ênfase no direito tributário, v. Paulo de Barros Carvalho, *Direito tributário, linguagem e método*, p. 263-264.

³² O art. 282º, 4, da Constituição de Portugal estabelece que “Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2.”



constitucional.³³

A tal poder, a doutrina convencionou denominar de “modulação dos efeitos da decisão tomada em sede de controle abstrato de constitucionalidade.”³⁴

Em atenção precisamente à necessidade de consolidar a força normativa da CF, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade assume caráter excepcional. Por isso, diz-se que a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade está condicionada pelo princípio da proporcionalidade,³⁵ na sua tríplice vertente: necessidade, adequação e racionalidade.³⁶

Ao limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o STF assegura que não será alterada a qualificação jurídica do fato passado que foi objeto de decisão acobertada pela autoridade da coisa julgada material, muito embora o provimento jurisdicional tenha sido fundado em norma declarada inconstitucional.

A restrição dos efeitos da decisão do STF salvaguarda a *pós-atividade* da decisão fundada em norma inconstitucional revestida pela autoridade da coisa julgada material.³⁷ A garantia de preservação das situações anteriores à declaração de inconstitucionalidade da norma desautoriza o ajuizamento da ação rescisória.

Nas hipóteses de restringir-se a eficácia da decisão proferida na ação de controle abstrato, a ação rescisória contribuiria para o desequilíbrio do sistema jurídico, porque a renovação da causa levaria a discutirem-se novamente situações jurídicas regulamentadas pela decisão fundada na norma declarada inconstitucional, de modo a abalar certas dimensões do interesse público e múltiplas manifestações e expectativas do interesse privado.

Ao delimitar os efeitos do provimento declaratório de inconstitucionalidade do STF,

³³ Carlos Blanco de Moraes, *Justiça constitucional*, t. II, n. 675, p. 282.

³⁴ Walber de Moura Agra, *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*, p. 149. A expressão “modulação dos efeitos” também é conhecida por “sentenças manipulativas” (cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça constitucional*, t. II, n. 636, p. 240).

³⁵ Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 696.

³⁶ Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, vol. VI, p. 301.

³⁷ Essa situação pode, em certa medida, ser comparada com a revogação das leis. Em estudo digno dos maiores elogios, e que pode ser aproveitado pelo texto acima, Fernando Noronha a diferença entre retroatividade e pós-atividade das leis. “Quando temos retroatividade a lei nova passa a ter, ao mesmo tempo, aplicação a fatos presentes (imediaticidade) e a fatos passados (retroatividade). Quando temos pós-atividade, a eficácia imediata da lei nova é diminuída em sua extensão, na medida em que determinados fatos a serem produzidos durante o seu tempo de vigência vão ser regidos pela lei revogada, como se esta permanecesse em vigor” (Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis, n. 3, p. 96).



reconhece-se o valor positivo da norma inconstitucional.³⁸

O art. 27 da Lei n. 9.868/99 emprega a expressão “segurança jurídica”. Com efeito, a coisa julgada, entendida como a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva do provimento jurisdicional de mérito, está vinculada ao princípio da segurança jurídica. A restrição da eficácia da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade fortalece a tese da segurança jurídica que provém da coisa julgada.

Nessas hipóteses, nada obstante estejam previstos os pressupostos para o seu cabimento, isto é, decisão de mérito transitada em julgado, um dos motivos rescisórios (art. 485 do CPC) e inexistência de decadência (art. 495 do CPC), poderá não ser admitida a ação rescisória ou, ainda, ser restringido o objeto de rescisão.³⁹

A dilucidação estabelecida acima permite entender a permanência da decisão fundada em ato contrário à CF, que foi revestida pela autoridade da coisa julgada. Será inadmissível a ação rescisória diante do efeito pós-ativo daquela decisão.

6. Conclusões

As razões acima expostas parecem suficientes para justificar as seguintes conclusões:

1º) é impróprio falar em “coisa julgada inconstitucional”; o que se concebe é uma decisão de mérito transitada em julgado que se funda em norma declarada inconstitucional;

2º) decisão fundada em norma ou ato declarado inconstitucional pelo STF não é decisão inexistente;

3º) a ação rescisória é cabível para impugnar decisão fundada em norma ou ato declarado

³⁸ A expressão é de Jorge Bacelar Gouveia, que estuda o valor positivo do ato inconstitucional como um instituto autônomo da teoria do direito constitucional e significa a ausência de quaisquer conseqüências jurídicas negativas da inconstitucionalidade intrínseca, ou seja, como reportado à estrutura do ato em si mesmo e não a formalidades que lhe sejam exteriores (*O valor positivo do acto inconstitucional*, p. 18).

³⁹ Paulo Roberto Lyrio Pimenta não analisa a questão do cabimento da ação rescisória quando o STF modula os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade. Todavia, problema de igual valor é tratado sobre outro prisma, não menos interessante. Trata-se da modulação dos efeitos da decisão que julga procedente o pedido rescindente na ação rescisória. O autor afirma que regras ou princípios jurídicos que tutelem os efeitos dos atos praticados com fulcro na decisão rescindenda podem proporcionar o surgimento de uma colisão entre bens jurídicos, impondo ao tribunal, no julgamento da ação rescisória, a consideração deste conflito, tanto no juízo rescindente quanto no juízo rescisório. A rescindibilidade da decisão que tiver apreciado matéria constitucional pode levar o órgão jurisdicional competente para o julgamento da ação rescisória em diversas hipóteses à atribuição de efeitos futuros (eficácia prospectiva ou



inconstitucional pelo STF;

4º) se o STF limitar os efeitos da inconstitucionalidade não será cabível a ação rescisória ou o cabimento poderá ser restringido nos limites da modulação dos efeitos da inconstitucionalidade.

BIBLIOGRAFIA

AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador : Juspodvum, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, in *Temas de direito processual* (terceira série). São Paulo: Saraiva, 1984.

____. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, vol. 11. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

____. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material, in *Temas de direito processual* (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BESSO, Chiara. *La sentenza civile inesistente*. Torino: Giappichelli, 1996.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação rescisória - embargos de declaração e sua influência na contagem do biênio decadencial, in 113, p. 246-260.

CARNELUTTI, Francesco. Inesistenza dell'atto giuridico?, in *Rivista di Diritto Processuale*, I, 1955.

____. *Sistema del diritto processuale civile*, vol. II. Padova: Cedam, 1938.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008.

COMOGLIO, Paolo Luigi Lezioni sul processo civile, 2ª ed. Bologna : Il Mulino, 1998.

COSTA MAIA, Izabelle Albuquerque. Admissibilidade da ação rescisória fundada em violação a literal disposição de lei (art. 485, V, CPC). Dissertação de mestrado. PUCSP, 2005.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1997.

DELGADO, José Augusto e VALDER DO NASCIMENTO, Carlos. *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

modulação dos efeitos) à decisão proferida no juízo rescindente (Ação rescisória e modulação da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade, n. 6 e 7, p. 153-155).



- FERRI, Corrado. *Lezioni sul processo civile*, 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 1998.
- GOLÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*, 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2000.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, 11ª ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O valor positivo do acto inconstitucional*. Reimpressão. Lisboa : Associação Acadêmica da Faculdade de Direito Lisboa, 2000.
- KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MARIZ DE OLIVEIRA, Angelina. *Ação direta de inconstitucionalidade em matéria tributária*. São Paulo: Dialética, 2005.
- MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.
- MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.
- MESA, Marcelo J. López. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales*. Buenos Aires: Depalma, 1998.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. VI. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- _____. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Reimp. da 1ª ed. 1968. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao código de processo civil*, vol. II, 9ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- MONTELEONE, Girolamo. *Compendio di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 2001.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*, t. II. Coimbra : Coimbra Editora, 2005.
- NORONHA, Fernando. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução de problemas de direito intertemporal, in *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, n. 23, p. 91-110.
- OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ação rescisória e modulação da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade, in *Revista de Processo* 153, p. 143-155.
- RODRIGUES, Walter Piva. *Coisa julgada tributária*. São Paulo. Quartier Latin, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SOUSA, Marcelo Rebelo. *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*. Lisboa: s/ed., 1988.
- TARUFFO, Michele *et alii*. *Lezioni sul processo civile*, 2ª Bologna: Il Mulino, 1998.
- THEODORO JR. Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos*



processuais para seu controle, in Carlos Valder Nascimento (coordenador). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2ª ed. Brasília: Editora América Jurídica, 2002.

VALDER DO NASCIMENTO, Carlos e DELGADO, José Augusto. *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*, 2ª ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, 6ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

____. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

____. MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



Temeridad y malicia procesales al banquillo: crónica de dos lacras jurídicas que pretenden consolidarse *

(Procedural recklessness and malice to the bench:
chronicle of two juridical blights that try to be consolidated)

JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE

Lawyer for the Catholic University of Arequipa's Santa María (Perú)

Legal Manager of the Vacation Center Huampaní

kimblellmen@hotmail.com

RESÚMEN: Con mucha razón se dice que en el proceso judicial afloran, patéticas y muy diligentes, la oscuridad y miseria humanas a escalas geológicas, no solamente por la corrupción de los servidores de justicia, si no también por la actuación de las partes, desde los actos dilatorios, hasta demandas maliciosas; soslayando a su vez los letrados en su mayoría, el compromiso ético y deontológico para consigo mismos, con la abogacía, con los patrocinados, con sus pares, con los magistrados, con la entidad gremial, con la majestad del derecho y finalmente, con la sociedad en su conjunto. Estos graves y anómalos comportamientos del día a día abogadil, con el único fin de perjudicar a la contraparte o a terceros, se presentan con gran frecuencia en el proceso, obstruyendo la impartición de justicia; es así que el autor aborda en el presente trabajo los temas de la temeridad y malicia (que son absolutamente contrarios a la justicia y al derecho) en el proceso civil desde amplias perspectivas doctrinales, legislativas y jurisprudenciales, analizando sus orígenes, identificando y distinguiendo ambas figuras -las mismas que no son solo propias y latentes en el Estado peruano -y desarrollando con rigor académico, su problemática en la actualidad; desentrañando las causas de su comisión y sugiriendo derroteros como pautas para su aminoramiento. Huelga acotar que el presente ensayo cobra especial como gravitante relevancia, porque presenta una naturaleza bifronte, ya que, curiosa y preocupantemente (por decir lo menos), no solamente

* “La excelencia moral es resultado del hábito. Nos volvemos justos realizando actos de justicia; templados, realizando actos de templanza; valientes, realizando actos de valentía”. Aristóteles.

“Hay un punto pasado el cual, hasta la justicia se vuelve injusta”. Sófocles. “Abusus non est usus, sed corruptela”. (El abuso no es uso, sino corruptela). “Se me sanciona por incurrir, a nivel procesal, indistintamente en: i) temeridad, ii) mala fe, iii) temeridad o mala fe, iv) temeridad y mala fe, y v) temeridad y/o mala fe. Empero, no se me ha explicado y fundamentado (justificado) jurídicamente, la naturaleza de dichas conductas, los casos en que se incurre en ellas y la sanción en sí, ¿podría hacerlo?. Rpta. No, pero no porque no desee hacer lo propio, si no porque no tengo la menor idea”. Anónimo. “Un poco de Derecho Procesal a nadie ofende”.



pocos autores del orbe no han abordado dichos temas, si no que además; no los han asumido en dicho nivel y línea de investigación, profundidad de análisis, así como de cosmovisión múltiple.

Palabras claves: proceso, corrupción, dilación, infiel cumplimiento.

ABSTRACT: With a lot of reason it is said that in the judicial process they appear, pathetic and very diligent, the darkness and human misery to geologic scales, not only for the corruption of the servants of justice, if not also for the performance of the parts, from the dilatory acts, until malicious demands; ignoring the lawyers in turn in their majority, the ethical commitment with the legal profession, with those sponsored, with their couples, with the magistrates, with the union entity, with the majesty of the right one and finally, with the society in their group. These serious and anomalous behaviors of the day by day lawyer, with the only end of harming to the tally or third, is presented with great frequency in the process, obstructing the administration of justice; the author it approaches work presently the topics of the recklessness and malice (that are absolutely contrary to the justice and to the right) in the civil process from wide doctrinal, legislative perspectives, analyzing their origins, identifying and distinguishing both figures -the same ones that are not alone own and latent in the Peruvian State - and developing with academic rigor, their problem at the present time; figuring out the causes of their commission and suggesting courses like rules for their decrease. It to delimit that the present rehearsal gets paid special as very important relevance, because it presents a nature two frontiers, since, curious and to worry (to say the less ones), not solely few authors of the orb have not approached this topics, if not that also; they have not assumed them in this level and investigation line, analysis depth, as well as of diverse vision.

Keywords: judicial proceeding, corrupt practices, delay, unfaithful observance.

SUMARIO:

I. Introducción.- II. De lo correcto a lo incorrecto.- III. Acerca de la temeridad procesal.- IV. Sobre la malicia procesal.- V. Litigante temerario.- VI. El artículo 112 (“no deslindado”) del Código Procesal Civil peruano.- VII. Temeridad y malicia vs. principios procesales.- VIII. Temeridad y malicia procesales en la literatura.- IX. Teoría del abuso del derecho.- X. Costas, costos, multas, responsabilidades y sanciones.- XI. Normatividad aplicable al derecho peruano.- XII. Legislación extranjera.- XIII. Criterio del Tribunal Constitucional peruano.- XIV. Reflexiones finales.- XV. Sugerencias.- XVI. Propuesta legislativa.- XVII. Bibliografía.



I. INTRODUCCIÓN.

Los inicios de la existencia del *derecho*¹ se remontan prácticamente a los orígenes de la humanidad misma², sin embargo, respecto de los comienzos del *proceso*^{3,4} la doctrina mayoritaria es conteste que corresponden a tiempos inmemoriales, pero el principio del *derecho procesal*^{5 6} (al margen que, al igual que el *proceso*, tampoco sea posible precisar una fecha determinada) estuvo determinado cuando ante la aceptación o legalidad del ejercicio de la venganza privada⁷

¹ El derecho es un sistema u ordenamiento jurídico de normas obligatorias, sistemáticamente jerarquizadas, que regulan el desenvolvimiento de la vida humana en sociedad. Es un arte, una disciplina que crea, desarrolla, interpreta, ordenamientos y principios jurídicos. No es ya un mero conjunto de normas (positivismo), tampoco fue o posee carácter de ciencia. El derecho (al margen que actualmente la doctrina mayoritaria peruana sea conteste con la tridimensionalidad- i) hecho, ii) derecho y iii) norma- del mismo) debe empezarse a ser entendido, estudiado, interpretado y enseñado, como mínimo, desde una naturaleza octodimensional inescindible (según el profesor José Antonio Silva Vallejo, el derecho presenta ocho dimensiones): i) normas (conjunto de leyes positivas) ii) hechos (realidades del derecho) iii) valores (justicia, libertad, seguridad, igualdad, etc.) iv) tiempo jurídico (plazos, tiempos, condiciones, retroactividad, ultractividad, etc.) v) espacio jurídico (lugar donde se concreta o manifiesta el derecho) vi) historia (épocas y periodos determinados) vii) ideologías (intereses detrás del derecho) y viii) vivencias (experiencias que determinan situaciones y actitudes frente al justiciable). A la citada visión octodimensionalista del derecho, le agregamos que el derecho tiene que ser abordado además, a la luz de sus fuentes y principios generales.

² Cabe precisar que el derecho en el inicio de la humanidad era conducente con el estado de naturaleza (ante la inexistencia del Estado, Estado que debió su aparición o fue producto del contrato social que en su obra del mismo nombre Jean-Jacques Rousseau, desarrolló ampliamente), es decir, con el ejercicio de la justicia privada o venganza privada.

³ Proceso es un conjunto de actos dirigidos a la formación o a la explicación de los mandatos jurídicos, cuyo carácter consiste en la colaboración a tal fin de la personas interesadas (partes) con una o más personas desinteresadas (jueces, oficio judicial)... proceso es un método para la formación o para la actuación del derecho, sirve al derecho; por otra parte, en cuanto esa formación o actuación, en razón de los conflictos de intereses que tienden a regular y también de los otros en que se resuelve el proceso mismo, está regulada por el derecho, el proceso es servido por el derecho, por lo cual la relación entre derecho y proceso es doble y recíproca. (Cfr. CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del proceso civil. Vol. I. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959, pp. 21- 22).

⁴ Por otro lado, es imperativo destacar que con gran acierto el gran jurista Hugo Alsina, denota que el proceso es un organismo muerto, inerte, sin vida propia, que avanza al tiempo construyéndose en virtud a los actos de procedimiento que ejecutan las partes y el juez; y que esa fuerza externa que lo mueve o que le proporciona existencia: vida; se denomina impulso procesal. (ALSINA, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Tomo I. Parte General. 2ª Edición. Ediar Soc. Anon. Editores. Buenos Aires, 1963, p. 448.)

⁵ Consideramos que el derecho procesal es la rama del derecho público cuya finalidad es la constitución de órganos estatales de tutela jurídica a los justiciables, así como las condiciones, formas y efectos de desenvolvimiento de los actos procesales; en el marco de un sistema jurídico determinado y a la luz de un debido proceso. Este derecho adjetivo tiene por fuentes a: i) la ley ii) la costumbre iii) la jurisprudencia y iv) la doctrina.

⁶ El derecho procesal pionero o inicial, al que denominamos derecho procesal madre, dado cuenta que a él deben su existencia los derechos procesales de las distintas ramas del derecho, tuvo su aparición u origen en el Clásico y Bajo Imperio romano.

⁷ Si bien es cierto que el Estado peruano se encuentra regido por un estado de derecho dejando muy atrás al, en su momento, estado de naturaleza del hombre primitivo, es ciertamente paradójico que en el actual estado de derecho persistan legalmente resquicios del antiguo y casi extinto a nivel mundial estado de naturaleza; claros ejemplos de ello advertimos en el inciso 2. del art. 1971 del Código Civil peruano que contempla inexistencia de responsabilidad: “en legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno”, y el art. 920 del mismo código indica acerca de la defensa posesoria extrajudicial: “el poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias”. En ese sentido, queda claro que en dichos supuestos es perfectamente legal y legítimo (en un Estado de Derecho como el nuestro, actuar abierta y justificadamente en sentido opuesto, es



(por el hombre primitivo) ésta rebasa sus límites, viendo por conveniente dotar de poder de decisión o autoridad a un jefe que brinde orden y justicia; pero esta autoridad pronto se convirtió en autoritaria: es en ese momento que aparece la necesidad que dicho jefe de grupo también tenga que someterse a una orden o autoridad; consecuentemente es en ese momento es que nace el *derecho procesal*, específicamente en el derecho romano. En ese sentido, tenemos que las *legis actiones*⁸, constituyeron el sistema más antiguo de enjuiciar en el *proceso civil romano*⁹, luego les sucedió la ley *aebutia*¹⁰ y posteriormente el *proceso extraordinario*¹¹.

Sin embargo, es con la publicación de las *siete partidas* (1258) que aparece el *moderno derecho procesal civil*¹², de las cuales la tercera reglamentó el procedimiento civil, donde se postergan en gran medida los principios del proceso común. Posteriormente, es acogido por el Código de Enjuiciamiento en materia Civil peruano de 1852. Luego, dicho proceso civil moderno se positivizó en 1855 en la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Posteriormente, se materializa en el

decir, conforme o de acuerdo a un estado de naturaleza) hacer uso impunemente de la auto justicia, auto tutela o justicia por mano propia para hacer valer individualmente nuestros derechos, sin necesidad de recurrir a la vía judicial).

⁸Las *legis actiones* fueron el sistema más antiguo del proceso civil romano (primer periodo o “monárquico”), el mismo que cayó pronto en desuso (por sus complicados y estrictos formulismos, ya que bastaba un error mínimo del *rito formular* para perder la causa; estos formulismos se contraponían con la sencillez y elasticidad necesarias de una administración de justicia ágil y eficiente) y fue completamente olvidado. Consistían en declaraciones solemnes que las partes tenían que pronunciar frente al magistrado. Es este procedimiento prevalecía la voluntad de las partes y el juez se limitaba a controlar si dicha actividad era conforme al formalismo de la ley y a intervenir como moderador. Existieron cinco tipos de *legis actiones*: i) *Legis actio sacramentum* (para reclamar una cosa o un derecho) ii) *Legis actio per iudices postulationem* (para reclamar pagos de deudas de dinero cierto y participación en herencia) iii) *Legis actio per conditionem* (para exigir un pago pecuniario y reclamación de cosa determinada) iv) *Legis actio per manus iniunctionem* (contra la persona sentenciada al pago de una cantidad de dinero) y v) *Legis actio per pignoris capionem* (facultad de adueñarse de la cosa del deudor insolvente). (Vide así: CHIAUZZI, Honorato. *Derecho romano*. Ediciones Peisa. Lima- Perú. 1982, p. 203).

⁹Veni IGLESIAS, Juan. *Derecho romano*. 7ª edición. Editorial Ariel. S.A. Barcelona. 1982, pp. 202- 205.

¹⁰ La ley romana *aebutia* (segundo periodo o “republicano”), se caracterizó por la actitud distinta por parte del magistrado, el cual luego de oír a las partes, entregaba al actor una instrucción escrita o fórmula mediante la cual designaba al juez y fijaba los elementos que debían ser tenidos en cuenta por éste al dictar sentencia y que consistían en los hechos y el derecho invocados por el actor, el objeto litigioso y las defensas opuestas por el demandado. Dicha fórmula consta de: i) la *demonstratio*, que contenía los hechos enunciados por los litigantes, ii) la *intentio*, la cual resumía lo pretendido por el demandante, iii) la *condemnatio* otorgaba al juez la facultad de absolver o condenar de acuerdo al resultado de la prueba, y iv) la *adjudicatio*, permitía al juez atribuir a alguna de las partes la propiedad de la cosa litigiosa. (Vici GOZAINI, Gonzalo Alfredo. *Elementos de derecho procesal civil*. Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera. Buenos Aires. 2005, p. 08).

¹¹ En el procedimiento extraordinario romano que impusiera Dioclesiano (tercer y último periodo o “imperial”) desaparece la división del proceso en dos tiempos, para comenzar su desarrollo ante solo un magistrado. La demanda se presenta por escrito, el demandado es oficialmente citado a comparecer, debiendo contestar la pretensión por escrito, lo cual implica un debilitamiento de los principios de oralidad e intermediación. Además, al desaparecer la necesidad de la presencia del accionado en el proceso, es posible la continuación del mismo en rebeldía, adoptándose también la imposición de costas al dictar sentencia, la que podía ser impugnada. (Cfr. *Ibid.* p. 09).

¹² El mismo que cuenta como su máximo exponente (padre del derecho adjetivo civil) al ilustre jurista italiano Giuseppe Chiovenda.



Código de Procedimientos Civiles peruano de 1911, para dar origen al Código Procesal Civil peruano de 1993 vigente y finalmente, tenemos que sale a la luz el *sui generis* Código Procesal Constitucional peruano de 2004 (igualmente vigente), donde se concreta el avance o desarrollo del proceso civil o legal, ampliando sus alcances a través del proceso constitucional. Cabe precisar que los dos últimos Códigos mencionados son correspondientes con el *derecho procesal civil contemporáneo peruano*.

Empero, el derecho procesal general o en general precisan insoslayablemente de un *debido proceso*^{13 14}, para poder cumplir sus fines; en tal sentido, dicho debido proceso es un *derecho fundamental* y una *garantía*¹⁵ procesal (*tutela jurisdiccional efectiva*^{16 17 18}), pero además, éste

¹³ Consideramos que el debido proceso es el derecho de los justiciables a un proceso judicial sin postergaciones, retrasos, alteraciones o deformaciones, durante el camino, devenir o desenvolvimiento lógico procesal del mismo; que desvirtúen su finalidad que es la justicia. Consecuentemente, queda claro que, prima facie, el derecho que tienen los justiciables a un derecho justamente, “debido”. Sin embargo, tomando como premisa que precisamente la indebididad del mismo lo desnaturaliza/destina; el etiquetado o denominación del mismo como “debido proceso”, se presenta ciertamente como una tautología/redundancia. Así, su correcta designación debe ser únicamente (en puridad): “proceso”. Por otro lado, es preciso tener en cuenta que el debido proceso detenta tres modalidades: i) “jurisdiccional”, que garantiza un proceso debido a nivel judicial, arbitral, militar y comunal, ii) “administrativo”, que garantiza lo propio en sede de la administración pública, y iii) “corporativo particular”, que garantiza también un debido proceso entre particulares. Asimismo, el debido proceso posee dos dimensiones: i) “adjetiva o formal”, como garante de un desenvolvimiento o desarrollo procesal debido, y ii) “sustantiva o material”, como garante de una decisión judicial basada o enmarcada tanto en la razonabilidad y proporcionalidad, es decir, garantiza una sentencia justa.

¹⁴ El debido proceso, estatuido genéricamente como garantía, salió a la luz del mundo del derecho, en primer lugar: en el common law inglés, en la Carta Magna de Inglaterra del 15/06/1215 (Concesión Real o cédula del rey Juan Sin Tierra inglés, por la cual se comprometió con los nobles ingleses, a respetar sus fueros e inmunidades y a no disponer su muerte, prisión y confiscación de sus bienes, mientras dichos nobles no fuesen juzgados por sus iguales); y en segundo lugar: aparece expresamente en la Quinta Enmienda de la Constitución Política de EE. UU. de 1787- Carta de Derechos- (la misma que prohíbe los juicios repetidos por el mismo delito y los delitos sin el debido proceso legal, así como también, el que una persona acusada no esté obligada a atestiguar contra si misma).

¹⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Ivcher Bronstein, sentencia 06/02/2001) estableció que un debido proceso en general, es decir, en todo nivel o sede, debe observar las garantías procesales mínimas, tales como los derechos que tiene todo justiciable a: i) acceder a un tribunal, ii) ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, iii) ser juzgado sin demora, iv) derecho de defensa, v) derecho a ser oído, vi) no ser obligado a declarar contra uno mismo, ni confesarse culpable, vii) presentar e interrogar testigos, viii) un juicio público, ix) una instancia plural, x) una indemnización por error judicial, xi) la igualdad ante la ley y ante los tribunales, xii) ser presumido inocente, xiii) no ser sometido ni condenado dos veces por el mismo delito, xiv) no ser sujeto de aplicación retroactiva de una ley, salvo que ésta sea más favorable al reo, xv) ser juzgado por delitos previamente tipificados en la ley. (Vide NOVAK, Fabián y NAMIHAS, Sandra. Derecho internacional de los derechos humanos. Academia de la Magistratura. Lima –Perú. 2004, pp. 242- 255).

¹⁶ La tutela jurisdiccional efectiva es la garantía del justiciable a que: i) su accionar o petición judicial sea admitido (tutela judicial), accionar que posteriormente ii) sea materializado o resuelto en una sentencia y finalmente, que iii) dicha sentencia sea oportuna y debida como efectivamente ejecutada (tutela efectiva).

¹⁷ En ese sentido, consideramos que entre debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, existe una marcada diferencia, es decir, mientras que el primero, se desenvuelve en el transcurso del trayecto procesal (iter procesal, específicamente entre la tutela jurisdiccional y la efectividad de la misma), la segunda, se manifiesta al comienzo (cuando el aparato jurisdiccional ampara la demanda del justiciable- tutela jurídica) y final (al ejecutarse la sentencia debida y oportunamente) de dicho devenir procesal. Ergo, existe pues entre ellos, una relación muy estrecha. Finalmente, proceso y tutela referidos se complementan, pero no significan lo mismo.



proceso debido presenta una naturaleza axiológica y social. En ese sentido, es lógica la desazón que experimentamos cuando precisamente este proceso que debe ser *debido*, es violado o atropellado por negativas prácticas procesales como la temeridad y mala fe (malicia) procesales, las cuales no hacen más que impedir que el derecho cumpla o alcance su finalidad, desnaturalizándolo; más aún cuando dichas prácticas se ven lamentablemente acrecentadas, hasta cierto punto, incontenibles o inexorables como el tiempo.

Por otro lado, el *debido proceso* es un “*derecho continente*”, pues, contiene, agrupa o engloba otros derechos, los cuales se encuentran contemplados en una Convención y Convenio Internacional de DD. HH., así tenemos respectivamente: fue regulado como: i) *garantía judicial* ha sido regulado por el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica 7-22/11/1969), denominada también Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)¹⁹; y además, ii) el *debido proceso*, a través del *derecho a un proceso equitativo*, también fue contemplado por el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales revisado de conformidad con el Protocolo Nº 11, completado por

¹⁸ Es necesario dejar constancia que el debido proceso (formal y material), conjuntamente con la tutela jurisdiccional efectiva, forman parte de la tutela procesal efectiva (Art. 4 del Código Procesal Constitucional peruano: “...Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”).

¹⁹ Artículo 8. Garantías Judiciales.- 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. (Veni LANDA ARROYO, César (Compilador). Jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. Palestra editores. Lima- Perú. 2005, pp. 1301- 1302).



los Protocolos Nº 1 y 6 (septiembre 2003)²⁰.

El *debido proceso*, además, es reconocido en el inc. 3 del art. 139 de la Constitución Política peruana, que señala: “son principios y derechos de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”.

Así tenemos que, ostentan la titularidad del derecho al *debido proceso* y la *tutela jurisdiccional* no solamente las *personas naturales*, también las *personas jurídicas de derecho privado* (Exp. Nº 0905-2001-AA/TC y Nº 4972-2006-PA/TC), así también, lo propio las *personas jurídicas de derecho público* (en efecto, el Tribunal Constitucional peruano –Exp. Nº1407-2007-PA/TC, 14/08/2008) –recientemente ha sostenido que, estas últimas (es decir, las personas jurídicas de derecho público) son poseedoras de dicha titularidad, incluso en la etapa prejurisdiccional a cargo del Ministerio Público.

Además, es preciso recordar que el *debido proceso* detenta tres modalidades: i) “*jurisdiccional*”, que garantiza un proceso debido a nivel judicial, arbitral, militar y comunal, ii) “*administrativo*”, que garantiza lo propio en sede de la administración pública, y iii) “*corporativo particular*”, que garantiza también un debido proceso entre particulares. Asimismo, posee dos dimensiones: i) “*adjetiva o formal*”, como garante de un desenvolvimiento o desarrollo procesal debido, y ii) “*sustantiva o material*”, como garante de una decisión judicial basada o enmarcada tanto en la razonabilidad y proporcionalidad, es decir, garantiza una sentencia justa.

Empero, el *debido proceso* desgraciadamente se desnaturaliza o enturbia sobremanera, cuando somos testigos que fenómenos como la malicia y temeridad procesales hacen su

²⁰ Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo.- 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que será considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la convocación e interrogación de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia. (Vici DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (Compilador). Jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos. Palestra editores. Lima- Perú. 2004, pp. 947- 948).



permanente y nefasta aparición en él; es más, dichos fenómenos del proceso no solo se han limitado a elevar su incidencia (así como su correspondiente cuota de perjuicio en los procesos²¹), en las ramas procesales tradicionales, tales como: el derecho procesal civil²² (derecho procesal raíz o matriz, originario o primigénio- dado que de él nacen o adoptan su estructura los demás derechos procesales no únicamente peruanos-), derecho procesal penal, derecho procesal laboral, derecho procesal registral, derecho procesal notarial, entre otras; sino que han ingresado también a manifestarse y ganar terreno (cada vez más) en las nuevas, novedosas y recientes, tales como: el derecho procesal empresarial, derecho procesal constitucional, derecho procesal administrativo, derecho procesal deportivo, derecho procesal electrónico, derecho procesal regulador, derecho procesal global, derecho procesal ambiental, derecho procesal penal económico, derecho procesal internacional, derecho procesal comercial, derecho procesal tributario aduanero, derecho procesal societario, derecho procesal marcario; entre otras.

Así, tenemos que con mucha razón se dice que en el proceso judicial aflora, patética y muy diligente, la miseria humana, no solo por la corrupción de los servidores de justicia, si no también por la actuación de las partes, desde los actos dilatorios, hasta demandas maliciosas; soslayando los letrados en su mayoría, el compromiso ético y deontológico para consigo mismos, con la abogacía, con los patrocinados, con sus pares, con los magistrados, con la entidad gremial, con la majestad del derecho y finalmente, con la sociedad en su conjunto.

Estos graves y anómalos comportamientos del día a día abogadil, con el único fin de perjudicar a la contraparte o a terceros, se presentan con gran frecuencia en el proceso, obstruyendo la impartición de justicia; es así que abordamos el presente trabajo los temas de la temeridad y malicia (absolutamente contrarios a la justicia y al derecho) en el proceso civil desde amplias perspectivas doctrinales, legislativas y jurisprudenciales, analizando sus orígenes, identificando ambas figuras -las mismas que no solamente se presentan y son latentes en el

²¹ A propósito de procesos, es preciso citar a Guido Águila Grados (co Director de la Escuela de Graduados Águila Calderón- EGACAL) el cual señaló:– en el Diplomado taller al alta especialización jurídica “Perfil académico para la Magistratura, con mención en Teoría del Derecho y Teoría General del Proceso” (11/10/2008– 06/12/2008), – que los únicos procesos judiciales existentes en el derecho peruano son: el civil, el penal, el constitucional, el laboral, el contencioso administrativo, el único, el de filiación extramatrimonial y el de pérdida de dominio. Águila Grados, considera además, que el proceso cautelar no existe (lo que si existe es la providencia cautelar), y continúa afirmando que no es proceso cautelar porque: i) no existe bilateralidad previa de la instancia ii) no pretende la satisfacción de un derecho, solo busca asegurar el efectivo cumplimiento de una sentencia iii) no tiene autonomía, depende de un proceso principal, y iv) en ningún caso podrá adquirir la calidad de cosa juzgada.

²² El derecho procesal civil peruano es correspondiente con la perjudicial corriente procesal decisionista (que se caracteriza por ejemplo, por facultar al magistrado poder legalmente- más no legítimamente- solicitar prueba de oficio). La misma, es opuesta a la corriente jurídico procesal garantista.



Estado peruano -y desarrollando con rigor académico, su problemática en la actualidad, desentrañando las causas de su comisión y sugiriendo derroteros y pautas para su aminoramiento.

Huelga acotar que el presente ensayo cobra especial como gravitante relevancia, porque presenta una naturaleza bifronte, ya que, curiosa y preocupantemente (por decir lo menos), no solamente muy pocos autores del orbe no han abordado dichos temas, si no que además; los que han arribado a dicha empresa no la han asumido en dicho nivel y línea de investigación, profundidad de análisis, así como de cosmovisión múltiple.

Ingresemos pues, sin más preámbulos a desentrañar lo relacionado a las harto debatidas (cuasi superficialmente), combatidas y en su momento permitidas, taras jurídicas procesales (como la malicia –mala fe– y temeridad), las mismas que amenazan seriamente a convertirse en los flagelos jurídicos más perjudiciales de la presente era contemporánea.

II. DE LO CORRECTO A LO INCORRECTO

Los efectos de la temeridad y malicia (mala fe) procesales generan que el derecho se distorsione, de emblemático a paradójico, tal como lo da a entender Fernando De Trazegnies: “En la Europa del siglo XI, las primeras Universidades se fundan para enseñar Derecho. Y, evidentemente, esto no es una casualidad, no es un azar cultural: las Universidades nacen con miras al Derecho, porque a su vez el Derecho era visto entonces como un modelo de pensamiento riguroso... los estudiantes no acudían a formarse como juristas, sino como hombres; o quizá, creían que formándose como juristas eran hombres mas completos (*El Mundo*, octubre 1994)²³”.

En ese sentido, es preocupante el cambio de rumbo o dirección –en sentido contrario, diríamos: de la corrección a la incorrección– del sentido de la profesión de abogado, es decir, que mientras en sus inicios era ciertamente auspicioso, con el transcurso del tiempo se deformó o se inclinó a favor (aunque no mayoritaria, pero cada vez en aumento) de la temeridad y malicia (mala fe) procesales. Sobre todo cuando de la denominación misma del área de estudio, conocimiento o saber del abogado (*derecho*²⁴) se puede desentrañar sus significados o acepciones básicas (*recto*, *correcto*), que aluden a lo sensato, justo, razonable, honesto, legal, lícito, procedente; que debe lógicamente caracterizar a la quintaesencia de la abogacía, como lo fué en sus inicios y debe continuar siéndolo.

²³Vici VALDIVIA CANO, Juan Carlos. La caja de herramientas (Introducción a la investigación jurídica). Impresiones Zenith. Arequipa- Perú. 1998, p. 65.

²⁴En: i) inglés: law, right. ii) francés: droit. iii) alemán: gerade, rect. iv) portugués: directo. v) italiano: dititto; etc.



Pero, es más preocupante aún si tomamos en cuenta que el proceso se ve desnaturalizado por el litigio malicioso o abuso del derecho de litigar (así, con mucha razón es harto sabido –en el Orbe- que comúnmente en el proceso aflora y se desenvuelve campante lo mas oscuro y retorcido de la miseria humana). Más aún cuando los que violentan o violan el proceso reclaman que sus argucias ilegítimas sean accedidas en nombre de la vigencia y defensa misma del debido proceso. Así, el juez de la causa, en el ejercicio de su función de administrador y justicia y defensor de la corrección del proceso, no puede permitir que las partes, por cualquier medio o modo, festinen el proceso; dicho en otros términos, el magistrado es y tiene que comportarse como garante del fiel cumplimiento del debido proceso en el juicio.

Además, las partes y los abogados deben tomar en cuenta que al hacer fraude, estafa o incorrección en el proceso, o accionar con temeridad procesal, no solo incurren en abuso del derecho, sino que también vulneran las atribuciones y majestad del juez, los derechos de la parte contraria, y también, por si fuese poco, el debido proceso.

La actuación procesal racional colabora facilitando la finalidad buscada por el accionante. Una actuación procesal irracional minimiza o lo conculca, perjudica o destruye. Se debe combatir, la irracionalidad procesal usada tanto para dilatar el proceso, como también para evitar la imposición de una sanción. El litigante que varía o frustra el fin del ordenamiento procesal acciona desviadamente; genera la desnaturalización del mismo, además de incurrir en inconstitucionalidad e irrazonabilidad. En ese sentido: “toda irrazonabilidad es inconstitucional... la regla de razonabilidad marca un límite más allá del cual, la irrazonabilidad implica una violación a la Constitución”²⁵.

III. ACERCA DE LA TEMERIDAD PROCESAL

La temeridad procesal “consiste en la conducta de quien deduce pretensiones o defensas cuya inadmisibilidad o falta de fundamento no puede ignorar con arreglo a una mínima pauta de razonabilidad, configurándose, por lo tanto, frente a la conciencia de la propia sin razón”²⁶.

La temeridad no es otra cosa que una acción, en este caso actuar procesal, que desborda lo normal, lo razonable y lo debido, así como ataca valores morales del demandado quién se ve obligado a defenderse, si es que lo puede hacer sobre afirmaciones tendenciosas. Sin embargo,

²⁵ Cfr. **BIDART CAMPOS**, Germán J. Derecho constitucional. Ediar. Tomo I. Buenos Aires. 1968, p. 238.

²⁶ Vide **PALACIO**, Lino E. y **ALVARADO VELLOSO**, Adolfo. Código procesal civil y comercial de la nación. Tomo II. Editorial. Rubinzal Culzoni, Santa Fe. 1992, p. 393.



quien acciona defendiéndose, aunque sea claro concededor de su culpabilidad, no puede ser calificado de temerario, ya que es lícita la búsqueda de un resultado atenuado o -por lo menos- en previsión de no ser víctima de un abuso de derecho²⁷.

Litigar con temeridad o accionar con temeridad en el juicio es la defensa sin fundamento jurídico. Es la conducta de quien sabe o debe saber que carece de razón y/o falta de motivos para deducir o resistir la pretensión y, no obstante ello, así lo hace, abusando de la jurisdicción, o resiste la pretensión del contrario.

La conciencia de no tener razón o el saberse actuando sin poseer de razón legal, es lo que condiciona la temeridad. El comportamiento de temeridad se refleja ante el magistrado, a través de toda la actuación en el proceso por lo absurdo, caprichoso, etcétera, de las pretensiones o defensas²⁸.

Por otro lado, recurrir al tedio, aburrimiento y en consecuencia extender o prolongar el tiempo del proceso alegando un sin fin de coartadas, ya sea, enfermedad o viaje con la finalidad de acrecentar la cantidad de los honorarios y lo que es peor muchas veces en casos donde se sabe a ciencia cierta que no se podrá ganar; son claros ejemplos del actuar temerario a nivel procesal. La declaración del Decano del Colegio de Abogados de Lima, Walter Gutiérrez, es muy clara y evidente, al señalar que: "El 60% de los expedientes que existen en los órganos jurisdiccionales corresponde a procesos chatarras, frívolos, que no tienen fundamento legal o fáctico, pero que son presentados impunemente por abogados inescrupulosos, sobrecargando el sistema y volviéndolo más ineficiente".

La temeridad no es de reciente data, ya que en el derecho romano *la parte vencida era condenada al pago de las costas de la contraria*, tomándose como base la idea de la temeridad en el proceso. Luego, se introdujo *el principio del vencimiento como justificativo del pago total de las costas*. En ese sentido, tenemos que Piero Calamandrei, en su obra "Elogio de los jueces escrito por un abogado", señala en lo referido a ciertas relaciones entre los abogados y la verdad, así como analiza la obligada parcialidad del defensor, en ese sentido refiere: "El abogado, como el historiador, traicionaría su oficio si alterase la verdad relatando hechos inventados..."²⁹.

²⁷ Cfr. TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. Temeridad y malicia procesales en el sistema jurídico peruano. En Revista Jurídica del Perú de Editora Normas Legales (Tomo Nº 98, abril 2009, pp. 303-304).

²⁸ En ese sentido, consideramos necesario dejar constancia que el solo hecho de encontrarse en ausencia de razón no significa que se esté en situación de temeridad, pues de ser así todo litigante perdedor de una causa sería pasible de sanción; no lo es tampoco el error, ni la ausencia o pobreza de fundamentación de las pretensiones; ni la negligencia; mucho menos la existencia de jurisprudencia obligatoria contraria a la pretensión invocada.

²⁹ Veni TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. Piero Calamandrei Pimpinelli: gran maestro y procesalista de la juridicidad



Vemos imprescindible definir los términos “temerario y temeridad³⁰”, en ese sentido tenemos que: i) El primero significa: “imprudente; quien desafía los peligros. Pensamiento dicho o hecho sin justicia ni razón; y en especial cuando ataca valores morales del prójimo”, ii) El segundo, constituye una: “acción arriesgada, a la que no precede un exámen meditado sobre los peligros que puede acarrear o los medios de sortearlos. Juicio temerario, el formulado sin la debida razón y fundamento. En lo psicológico y en la resultante vital, la temeridad, alineada en cierto grado en la actitud suicida, cuando el desafío entraña contingencias considerables para la existencia o la integridad física, encuentra móviles desde el interés más egoísta al sacrificio más excelso; ya que corresponde a actuaciones que se escalonan desde la agresión y el despojo delictivo al salvamento del prójimo y a intentos heroicos. En la esfera jurídica concreta, el litigar con temeridad, sin probabilidad al menos de que la causa pueda triunfar por hechos favorables o argumentos aún débiles que alegar, lleva consigo la condena en costas. En los ordenamientos procesales donde tal medida no se funda, cual exige la responsabilidad civil, el hecho del vencimiento; sin excluir un posible recargo, ya punitivo, por movilizar de mala fe a la justicia”.

Debemos tener presente que el magistrado, en lo referido a la temeridad procesal, es responsable de supervigilar el proceso desde dos perspectivas: i) desde el litigio o tema de fondo y ii) desde el actuar o comportamiento de las partes. Así lo señaló Eduardo Couture en el Proyecto del Código de Procedimiento Civil uruguayo: “...ningún campo es mas apropiado que el del proceso para poder efectuar una vigilancia directa sobre la buena fe. Allí está el magistrado que es, simultáneamente, juez del conflicto y juez del proceso. Él discierne, dentro del ámbito del mismo juicio, no solo quien tiene razón, sino también como se han comportado los que pretenden tener razón...”.

IV. SOBRE LA MALICIA PROCESAL

Además, es importante precisar o tener en claro los significados de temeridad y malicia. Así, tenemos que: i) "La primera, consiste en la conducta de quien sabe o debe saber su mínima razón para litigar y, no obstante, lo hace, abusando de la jurisdicción; y ii) La segunda, se configura

mundial. En: Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano, “Jurídica”. Lima- Perú (N° 194, 15/04/2008, p. 08).

³⁰ Vici CABANELLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual, 23ª edición. Tomo VIII. 1994, pp. 28 -29.



en cambio, por el empleo arbitrario del proceso o actos procesales, en contraposición a los fines de la jurisdicción, con un objeto netamente obstruccionista. Abusa y agrede a la jurisdicción"³¹.

Malicia procesal es “la utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto (inconducta procesal genérica) o aisladamente cuando el cuerpo legal los conmina con una sanción específica (inconducta procesal específica), y el empleo de las facultades, que la ley otorga a las partes, en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe”³². Malicia es, por ejemplo, confabular con el notificador para que notifique en un domicilio diferente del que consta en la cédula, con el oscuro propósito que el demandado o notificado pierda sus derechos por la no comparecencia en término al proceso.

La temeridad se evidencia en tanto se vincula con el actuar o proceder procesal de fondo y la malicia se identifica mas bien con la forma valiéndose de lo que está regulado, abusando de ello. Sin embargo, no debemos perder de vista que tanto la temeridad como la malicia- mala fe- (demostrados) en que incurre el litigante deben ser sumaria y ejemplarmente sancionadas por el juez del proceso.

El legislador peruano no hace referencia expresa al término “malicia procesal” o “malicia” (solo menciona “mala fe”), sin embargo, si lo hace de manera implícita, dado que, por ejemplo, el inc. 6 del art. 112 del Código Civil peruano advierte: “Se considera que ha existido temeridad o mala fe... cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso”. Ergo, la malicia, además de entorpecer, requiere ser “reiterada”. Al respecto, consideramos que dicho deslinde y precisión son imprescindibles y urgentes de realizarse, así como mostramos nuestro desacuerdo con la exigencia de la reiterancia referida para el caso de la mala fe o malicia procesal. Sin embargo, dichas disquisiciones desarrollamos en el acápite VI - intitulado “El artículo 112 (“no deslindado”) del Código Procesal Civil peruano”-, así como en las reflexiones finales y sugerencias, respectivamente

Finalmente, hablando en términos “jurídico deportivos”, diríamos que la temeridad y malicia (mala fe) procesales son opuestas o antagónicas al *fair play* (“realización de la actividad deportiva de forma digna sin perjudicar o dañar intereses ajenos, actuando con la mayor rectitud y probidad, con un comportamiento adecuado y esperado; bajo estos lineamientos el deporte debe ser realizado honradamente, sin dañar a la otra parte, presupone justicia, igualdad, lealtad,

³¹ Cfr. MAURINO, Alberto Luís. Abuso del derecho en el proceso. Editorial La Ley. Argentina. 2001. p. 41.



honestidad, aceptación y respeto al adversario y por las diferencias de cada uno, entre otros valores morales”³³)³⁴; consecuentemente reiteramos que la malicia o mala fe procesal, es en cierta forma, la negación o violación del *fair play* aplicado a lo jurídico.

V. LITIGANTE TEMERARIO

La aparición del término *temerario procesal* o litigante temerario se produce en los inicios de la *culpa aquiliana* o *extracontractual* de la ley del mismo nombre, siendo las costas una forma de pena civil contra quien sin razón alguna ejercitaba una acción o temerariamente se oponía a ella, generándose un daño evidentemente injusto que debía ser definitivamente reparado.

El litigante temerario, denominado por Justineano “*improbis litigatur*” (contendiente deshonesto, pleitista de mala fe), tiene una naturaleza binomia o bifronte, es decir: i) demanda o se excepciona a sabiendas de su falta de razón o sin motivo valedero, ejerciendo una litigación bizantina, ii) activando la prestación de la función jurisdiccional basándose en motivos fútiles, lo que constituye una actualización del supuesto de falta de lealtad o de probidad procesal.

Improbis deviene de *improbe* e *improbe* significa con maldad o perversamente, de modo defectuoso, injusto e irrazonado. Es quién activamente tiende trampas y/o estafas procesales con una subjetividad dolosa, con la finalidad de engañar al juez y derrotar y/o dañar o perjudicar a la parte contraria, recurriendo al uso de medios ilegales y falsos para obtener el resultado propuesto.

Litigar temerariamente, es actuar de mala fe, con la idea de lograr beneficios en base a mentiras, engaños, ocultar información, etc. Así también, quien inicia una demanda, o interpone una excepción sabiendo que no tiene un mínimo de razón, incurre en temeridad litigante. Por otro lado, consideramos que proceder maliciosamente en una suerte de confabulación abogadil consistente en burlar al magistrado con el propósito de conseguir un beneficio (que no le corresponde legalmente) en la causa y en perjuicio también del patrocinado, muchas veces no solo para ocultar sus errores de patrocinio, sino también para incrementar sus honorarios de manera ilegal prolongando (el demandado que interpone excepciones, defensas y recursos sin fundamentos serios, con la única finalidad de dilatar o entorpecer) innecesariamente un juicio

³² Veni GOZÁÑI, Osvaldo A. La conducta en el proceso. Librería Editora Platense S.R.L. Buenos Aires. 1988, p. 69.

³³ Vide VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. El juego limpio y la incertidumbre de nuestro derecho. Legal Express. Año 6. Nº 67, Lima –Perú. Julio del 2006, p. 19.

³⁴ Consideramos que la vulneración del *fair play* law en el proceso como tal, deviene, se desnaturaliza o se convierte en *not fair play* law.



muchas veces cuasi eternamente³⁵; es asumir una conducta procesal de *improbis litigatur*.

Verbigracia, el litigante temerario es quien altera el proceso, pues, falsifica, corrompe, cambia, cercena, destruye o sustrae la prueba ya incorporada al mismo, o amenaza, coacciona, soborna o engaña a un testigo; porque de esa manera el magistrado probablemente decidiría muy distinto a lo que debiera (a lo justo), obviamente en perjuicio de la parte contraria.

Consecuentemente, el temerario procesal o "*improbis litigatur*", es quien ha actuado indistinta o concurrentemente con temeridad procesal o con malicia (mala fe) procesales. Por ende, consideramos válido utilizar el término *maliciario procesal*, como sinónimo de *temerario procesal*, dado que este último abarca o incluye a la temeridad y a la malicia (mala fe) procesales.

VI. EL ARTÍCULO 112 ("NO DESLINDADO") DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO

Solo para efectos académicos abordamos el tema que el legislador peruano (a diferencia de la temeridad procesal) no hace referencia expresa al término: *malicia procesal*, sin embargo, desde nuestro punto de vista sí lo hace pero utilizando un sinónimo (la mala fe), dado que el inc. 6 del art. 112 del Código Civil peruano advierte: "*Se considera que ha existido temeridad o mala fe... cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso*" (el subrayado, resaltado y cursiva son nuestros). Así, consideramos que, la malicia, además de entorpecer el proceso, requiere ser reiterada. Referimos que es la *mala fe* o *malicia* la que se configura con la *reiterancia* mencionada textualmente en el citado artículo, ergo, la temeridad procesal (acto arriesgado, sin razón o fundamento y sin posibilidad de éxito) no significa lo mismo que la *malicia* o *mala fe procesal*, sino que es difícil comportarse reiteradamente como temerario en el proceso.

³⁵ Traemos a colación un emblemático como harto conocido caso (que dicho sea de paso era solo uno de la mayoría de los casos de antaño donde existía una marcada o exacerbada cultura litigiosa, iniciar y dilatar permanentemente los juicios; específicamente en la plena vigencia del Código de Procedimientos Civiles, porque de cierta forma el mismo cuerpo legal citado así lo permitía): Sucede que un abogado litigante de muy avanzada edad (cuyos casos eran casi los de siempre, porque eran los mismos al margen del avance inexorable de los días, semanas, meses, años...) decide retirarse del ejercicio abogadil, pero ocurre que paralelamente su nieto se titulaba de abogado, entonces decide dejarle en vida sus casos (increíblemente en esos tiempos dejar en herencia los casos de los letrados era una costumbre muy aceptada y admirada) pero no tomó en cuenta que su colega y nieto, diligente, pujante, de sangre nueva, imbuído e identificado con las nuevas tendencias jurídicas, culminaría con los mismos en meses. Pero grande fue su desconcierto, cuando lejos de obtener una felicitación de parte de su abuelo, recibió a cambio una severa llamada de atención y casi al borde las lagrimas le increpó: "¡Nieto de mi corazón, en ti están puestas las esperanzas de la familia, sin embargo, hondo es mi pesar, porque veo como nos defraudas clamorosa y desfachatadamente, porque los casos que dejé fueron los que atesoré y dilaté por décadas, es más, fueron mi prestigio, status y nuestro sustento. Ahora mi preocupación está en que encuentres o que busques a que te vas a dedicar para poder subsistir, si como abogado litigante no sirves!". Nótese el marcado comportamiento cuya relación con el tema del presente trabajo es muy notorio, como preocupante y reflexivo.



Empero, como afirmar que la *mala fe* que sanciona el Código Civil peruano, significa lo mismo que la *malicia* (o viceversa) no es suficiente; procedemos a realizar la fundamentación requerida. En primer lugar, necesitamos tener a mano el significado de *mala fe* que está relacionado con la maldad, la cual es “una acción mala e injusta”; y así también el de *malicia* que es (de forma concisa) “el empleo arbitrario u obstruccionista del proceso”, En segundo lugar, tenemos que en dicha definición última) hay dos términos que desarrollar (arbitrariedad y obstruccionismo). En tercer lugar, tenemos que: i) *arbitrariedad*, implica un “actuar contrario a lo justo, caprichoso o engreído”, y ii) *obstruccionista*, nos habla de “dificultar, entorpecer, impedir, retardar o dilatar”. En cuarto lugar, tenemos que la maldad es un acto malo o injusto, así como también el que la arbitrariedad y obstruccionismo denota injusticia. En quinto lugar, consecuentemente tenemos que *mala fe* y *malicia* son sinónimos.

Ahora, tomando como premisa dicha sinonimia (entre *mala fe* y *malicia procesales*) y dado que art. 112 del Código Civil peruano no solamente no menciona textualmente (como ya dijimos) la *malicia*, pero sí la menciona, diremos, utilizando un sinónimo: la *mala fe*. Pero el asunto no acaba ahí, va mas allá, porque en dicho artículo (que tiene siete incisos), el término *mala fe* solo es nombrado en el encabezado o inicio del mismo, consecuentemente, no precisa que incisos están referidos a la temeridad y cuales a la mala fe o malicia.

En ese sentido, utilizando las consideraciones y precisiones conceptuales anteriormente expuestas, realizamos los deslindes necesarios de los siete incisos que contiene el art. 112 del Código Civil peruano, que solo se limita a indicar “se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos”:

i) *“Inc.1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio”.*

Consideramos que el presente inciso está referido a la temeridad procesal.

ii) *“Inc. 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad”.*

En este inciso, para nosotros, está dando a conocer la temeridad procesal.

iii) *“Inc. 3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente”.* Nuestro punto de vista es que este inciso se refiere a la temeridad procesal.

iv) *“Inc. 4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos”.*

Este inciso es considerado por nosotros como malicia o mala fe procesal.



v) *“Inc. 5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios”.*

El presente inciso, para nosotros, está avocado a la mala fe o malicia procesal.

vi) *“Inc. 6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; y”.*

Este inciso, a criterio nuestro, es correspondiente con la malicia o mala fe procesal.

vii) *“Inc. 7. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación”* (Inciso agregado por el Artículo 2 de la L. N° 26635, en fecha 23-06-96).

Este inciso, es a nuestra consideración, conteste con la mala fe o malicia procesal.

VII. TEMERIDAD Y MALICIA VS. PRINCIPIOS PROCESALES

En primer lugar, tenemos que la temeridad y malicia procesales se identifican con la farsa, con la estafa en el proceso, con la ilegalidad, con el abuso del derecho. En consecuencia, son totalmente contrarias a los principios procesales que salvaguardan los derechos de las partes y de terceros, principios que pueden entenderse a nivel genérico, o específico, es decir, ya sea a nivel de un proceso constitucional u ordinario.

Empero, en segundo lugar tenemos que respecto de los principios procesales: Hernando Davis Echandía afirma la importancia de los principios de la buena fe y la lealtad procesales³⁶ (este último, denominado también, principio de moralidad³⁷ y principio de conducta procesal³⁸): “La ley procesal debe sancionar la mala fe de las partes o de sus apoderados, estableciendo para ello severas medidas, entre ellas la responsabilidad solidaria de aquellas y éstos, y el juez debe tener facultades oficiosas para prevenir, investigar y sancionar tanto aquella como el fraude procesal”.

En ese sentido, no se puede accionar, en sede judicial, con temeridad y/o malicia procesales si se es respetuoso de los principios señalados, ya que la malicia y temeridad procesales son totalmente opuestas o antagónicas respecto de los principios de la buena fe y la lealtad procesales.

VIII. TEMERIDAD Y MALICIA PROCESALES EN LA LITERATURA

Nadie como Carlos Ramos Núñez para deleitarnos magistralmente al recorrer los pasajes de diversas como no pocas obras literarias asociadas al mundo jurídico, en efecto menciona de la

³⁶ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general del proceso. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1984, p. 46.

³⁷ Vide MORALES GODÓ, Juan. Instituciones de derecho procesal. Palestra Editores. Lima- Perú. 2005, p. 44.

³⁸ Veni ESPINOZA ZEVALLOS, Rodolfo J. Los principios procesales específicos del Código Procesal Constitucional



obra “*El tigre blanco*” de Alonso Cueto: “El inescrupuloso Carranza resumía su práctica profesional en una frase peruana muy extendida entre quienes corrompen y quienes se dejan corromper: ¿cómo arreglamos?. La expresión supone un tácito entendimiento entre los interlocutores que dan por sentado que, *no obstante cualquier impedimento legal o ético, llegarán a un acuerdo que los sustraiga de la norma*”³⁹. El subrayado, resaltado y cursivo, son nuestros.

La frase peruana (en forma interrogatoria) referida anteriormente delata o da a entender que la misma se convierte en un agujero negro donde lógica y lamentablemente se entiende tiene cabida tanto la temeridad, como la malicia procesales y más, por decir lo menos.

IX. TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO

9.1. DEFINICIÓN.

Esta teoría refiere que cuando se acciona procesalmente con mala fe (malicia) y/o temeridad, se incurre en abuso del derecho, es decir, se comete dicho abuso debido a la utilización del derecho de una manera indebida, anormal, innecesaria, excesiva, perversa, injusta, desmedida, transgresora, antifuncional, impropia o inadecuada.

Cabe dejar constancia que generalmente dichas inconductas perturbadoras del proceso (que son producto del uso irregular, exagerado e ilimitado de un derecho subjetivo) no son abiertamente antijurídicas y requieren en consecuencia una supervigilia minuciosa y permanente del proceso. Por otro lado, señalamos que el referido acto denominado o calificado como *abuso* atenta o es contrario al análisis económico del derecho y a la sociedad, al margen de ser abiertamente alejado de la finalidad de la ley, legalidad y justicia.

Gonzalo Fernández de León, dice que “desde el punto de vista jurídico, abuso es el hecho de usar de un poder o facultad, aplicándolos a fines distintos de aquellos que son ilícitos por naturaleza o costumbre”⁴⁰.

Así también, Couture define al abuso del derecho como una “forma excesiva y vejatoria de acción u omisión de parte de quien, so pretexto de ejercer un derecho procesal, causa perjuicio al adversario, sin que ello sea requerido por las necesidades de la defensa”⁴¹.

peruano (Art., III del T. P.), en El derecho procesal constitucional peruano. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2005, p. 396.

³⁹ Vici RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *La pluma y la ley. Abogados y jueces en la narrativa peruana*. PUCP. Lima- Perú. 2007, p. 46.

⁴⁰ Cfr. FERNANDEZ DE LEÓN, Gonzalo. Diccionario jurídico. 3ª edición. Ediciones Contabilidad Moderna. Buenos Aires, p. 45.

⁴¹ Vide COUTURE, Eduardo J. Vocabulario jurídico. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1983, p. 61.



Para Raúl Chanamé Orbe, el abuso del derecho es una “figura por la cual, se ejerce un derecho fuera de la finalidad para la que fue concebido, atropellando un interés legítimo, aún no protegido jurídicamente. Cuando el titular de un derecho lo ejercita con el fin de dañar a otro, no necesariamente con el fin de beneficiarse”⁴².

Luís Ribó Durand, refiere acerca del abuso del derecho como, “...la posibilidad de que un sujeto de derecho, al hacer uso del poder jurídico que conlleva el derecho subjetivo del que es titular, ejercite dicho poder de forma antisocial”⁴³.

Henri Capitant, entiende que el abuso del derecho es un “acto material o jurídico dañoso, que sería considerado lícito si se atendiese a un exámen objetivo y formal de él, pero que es ilícito porque el titular del derecho lo ejerce con la intención de perjudicar a otra persona (proceso vejatorio)”⁴⁴.

Pedro Adrián Infantes Mandujano, advierte que el abuso del derecho consiste en la “ilicitud de ejercer una facultad, potestad, derecho mas allá de lo permitido moral o legalmente, también aprovecharse de una situación u objeto con la misma finalidad. El abuso puede ocasionarlo una persona teniendo como base un hecho lícito pero con finalidad ilícita... que se sale de los límites de la justicia, la equidad, la ley y la razón”⁴⁵.

Cabe señalar que el proceso evolutivo de la aceptación o reconocimiento de la conducta procesal abusiva o excesiva como tal, ha sido motivo de arduas y encendidas discusiones entre: i) la doctrina procesal liberal individualista y ii) su homóloga contemporánea; donde la primera alegaba que no había motivo de positivizarla ya que sus efectos únicamente tenían que ser aceptados so pretexto del deber de asumir el costo del proceso, y a su vez la segunda abogaba por la necesidad de proscribir dicha inconducta procesal, vía prohibición y sanción legal. Ganadora de dicha confrontación resultó faustamente triunfante la segunda, es decir, la contemporánea/moralizadora del proceso propia de la Escuela eficientista del proceso civil; además de contener un loable propósito jurídico social solidario.

Por otro lado, consideramos, respecto del *nomen juris* “abuso del derecho”, que las denominaciones más apropiadas son: “abuso del proceso”, “abuso en el proceso” o “abuso de los derechos procesales”, dado que si bien es cierto que lo que se persigue es modificar, prolongar o

⁴² Veni CHANAME ORBE, Raúl. Diccionario jurídico moderno. 3ª edición. Gráfica Horizonte. Lima- Perú, p. 57.

⁴³ Vici RIBÓ DURAND, Luís. Diccionario de derecho. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona. 1987, p. 04.

⁴⁴ Cfr. CAPITANT, Henri. Vocabulario jurídico. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1986, p. 07.

⁴⁵ Vide INFANTES MANDUJANO, Pedro Adrián. Diccionario jurídico. Ediciones legales. S.A.C. Lima- Perú. 2000, pp. 31-32.



postergar- sacando ventaja de manera ilegítima- la sentencia o sus efectos, para tal propósito se hace uso abusivo de inconductas a nivel procesal.

Señalamos que el abuso del derecho, se presenta como opuesto o antagónico al principio de la proscripción del abuso del proceso- este principio se fundamenta en el deber de lealtad, probidad y buena fe procesales- y es el producto de la consecuencia de la temeridad procesal. Dicha dañosidad (probada) se efectiviza al limitar la aplicación de la finalidad del derecho que es la justicia; así, el- en su momento- invocamiento de Piero Calamandrei, acerca del insoslayable retorno de la priorización de la justicia en el proceso; corrobora lo dicho.

Cabe aclarar que la ausencia de intervención o denuncia oportuna de inconductas procesales conllevará a su convalidación, y su advertimiento debe arribar a la eventual nulidad de las mismas, además de las responsabilidades civil, penal y administrativa en que incurre el sujeto del proceso abusivo del derecho. Así también, se debe tener en cuenta que la sanción al abuso del derecho debe ser entendida y aplicada con una naturaleza excepcional y no prioritaria o generalizante, ya que básicamente desvirtuaría su función correctiva.

9.2. NATURALEZA JURÍDICA

Es curioso, por decir lo menos, el amplio abanico de teorías que postulan argumentos para intentar determinar la naturaleza jurídica del abuso del derecho, lo que nos da una idea muy clara de la dificultad y amplitud para arribar a dicha empresa. Inclusive, actualmente la doctrina aún no es conteste respecto de la precisión de la uniformidad de su naturaleza jurídica.

En ese sentido, a decir de Abraham Luís Vargas⁴⁶, quien citando a Ival Rocca, enumera una serie de teorías que reclaman para sí la exclusividad de adjudicación de la naturaleza jurídica del abuso del derecho: i) del acto sin derecho, ii) del exceso ilegítimo, iii) de la extralimitación, iv) del acto ilícito, v) de la culpa, vi) del dolo genérico, vii) del dolo intención de perjudicar, viii) del dolo intención de beneficiarse, ix) del dolo intención antisocial, x) del exceso de destino, xi) del interés, xii) del enriquecimiento sin causa, xiii) de la mala fe, xiv) del riesgo creado, y xv) del fin económico social.

⁴⁶ Veni VARGAS, Abraham L. El ejercicio abusivo del proceso (criticismo y relativismo filosófico- científico vs. Existencialismo y realismo legislativo, jurisprudencial y doctrinario). En: Abuso procesal. PEYRANO, Jorge W. (Director). Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. 2001, pp. 296- 297.



9.3. ORÍGEN Y EVOLUCIÓN

Si bien es cierto que la teoría del abuso del derecho fue ideada en el derecho romano en respuesta a la utilización ilimitada del derecho subjetivo en el proceso, ésta aparece inicialmente en la jurisprudencia francesa, pasando –a inicios del siglo XVIII, cuando el Landrecht de Prusia de 1794 se convierte en el pionero, de los ordenamientos jurídicos del mundo, en establecer taxativamente el abuso del derecho como principio– a positivizarse en las legislaciones europeas y latinoamericanas, principalmente; no logrando ser incluida aún en el derecho del *commun law* (donde utilizan la teoría de los actos ilícitos o la indebida interferencia en los intereses ajenos para combatir el abuso del derecho).

Por otro lado, tenemos que la jurisprudencia del antiguo derecho francés aplicó en numerosos casos el principio del abuso malicioso⁴⁷. Luego, el Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, denominado también *BGB*) señaló: “el ejercicio de un derecho es inadmisibles cuando solo puede tener por fin dañar a otro”, siendo refrendado por su correspondiente par adjetivo (*Zivilprozeßordnung*, conocido también como *ZPO*) al establecer la posibilidad del magistrado de derivar argumentos de prueba de la conducta procesal de las partes atendiendo al contenido íntegro de los debates. Posteriormente, también hicieron lo propio sus pares civiles suizo, soviético, peruano, italiano, entre otros. En ese sentido, tenemos que cuasi recientemente la Constitución peruana (1993) incluyó en su texto la prohibición del abuso del derecho, en su artículo 103 in fine. Es así como progresivamente el abuso del derecho demuestra claramente su avance desde la doctrina, pasando por la jurisprudencia, para finalmente lograr positivizarse.

Este proceder procesal anómalo (abuso del derecho), “supone el ejercicio de un derecho subjetivo excediéndose de sus naturales y adecuados límites, lo que genera perjuicio a terceros, sin utilidad alguna para el titular... es famosa la tesis de Calvo Sotelo, que preparó para la posteridad el terreno a la no menos destacada sentencia del Tribunal Supremo español, del 14/02/1944 que modificó el criterio- de “quien ejercita su derecho no daña a nadie”-, a partir de cuyo momento, ya acogiendo unas veces un criterio objetivo, ya en otras, el subjetivo, se instauró una corriente judicial de sanción al abuso; preparando así el terreno para la posterior incorporación de la *condena del abuso del derecho* en el Código Civil español”⁴⁸.

⁴⁷ Vici BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría general de la responsabilidad civil. Abeledo- Perrot. Buenos Aires. 1992, p. 439.

⁴⁸ Cfr. PALÉS, Marisol (Directora). Diccionario jurídico Espasa Lex. Editorial Espasa Calpe. Madrid. 2002, pp. 38-39.



9.4. SUJETOS QUE INCURREN EN ABUSO DEL DERECHO

Consideramos que pueden incurrir en uso abusivo del proceso la totalidad de los sujetos procesales:

i) Las partes.- Cuando solicitan o reclaman derechos inexistentes o ilegales o al quejar indebida o infundadamente a un magistrado ante la Oficina de Control de la Magistratura- OCMA- (en este tipo de quejas incurrir también no pocos abogados).

ii) El abogado.⁴⁹ A través de la interposición de recurrentes medidas cautelares, el planteamiento de ilegales recusaciones, accionar judicialmente a través los recursos mas perjudiciales para la parte contraria, de quebrantamiento de procesos, reclamar un derecho sin haber agotado la vía previa, interposición de recursos de todo y por todo con el evidente propósito de dilatar o impedir la finalización del proceso o la ejecución de una sentencia.

iii) Los auxiliares jurisdiccionales.- Mediante el ocultamiento de documentos.

iv) Los notificadores.- Al notificar en lugar distinto a la verdadera dirección de la otra parte.

v) Los terceros.- A través de inconductas procesales de peritos, y

vi) El juez.- Al correr excesivamente traslados a la partes, excesivo rigor en la formalidad al rechazar recursos o declarar nulidades recurrentemente, admitir o rechazar medios probatorios abiertamente procedentes o improcedentes respectivamente, incurrir en morosidad judicial injustificada o no sancionar (omisión cuasi cómplice) el accionar procesal abusivo de cualquiera de los sujetos señalados.

9.5. FORMAS PARA DETERMINAR DICHO ABUSO

Contamos con tres parámetros, maneras, modalidades o criterios para establecerlo:

i) Subjetiva.- Mediante la cual el sujeto del proceso ejerce una conducta procesal abusiva con clara intencionalidad o culpa de dañar a otro.

ii) Objetiva.- En esta modalidad el sujeto procesal acciona abusivamente en el proceso consiguiendo violar, eliminar, modificar o afectar la finalidad del derecho.

iii) Ecléctica.- Considera que el sujeto procesal comete abuso del derecho al querer (y lograr) perjudicar a otro o al distorsionar/ desbordar el fin del derecho. En otros términos, el

⁴⁹ Sin embargo, por obvias razones, es preciso tomar en cuenta que no es sencillo establecer una clara, precisa o exacta diferencia o línea divisoria entre los actos o conductas temerarias o de mala fe de las partes y los abogados.



presente criterio ecléctico o mixto considera la simultaneidad o concurrencia de las anteriores modalidades descritas.

9.6. EFECTOS DEL ABUSO DEL DERECHO

Respecto de los efectos que se generan como consecuencia de la aplicación o acción comisiva del abuso del derecho o procesal, Juan Alberto Rambaldo⁵⁰ nos da luces al acotar que:

“Es lógico que varíen los efectos de la comisión del abuso procesal, según:

- i) La oportunidad en el que el mismo se cometa (antes o durante el proceso);
- ii) El tiempo en que se hubiese tomado conocimiento de la realización del acto abusivo,
- iii) La magnitud y,
- iv) La reparabilidad del daño causado”.

X. COSTAS, COSTOS, MULTAS, RESPONSABILIDADES Y SANCIONES

10.1. COSTAS

Según el Código Procesal Civil peruano (art. 410), las costas están constituídas por i) las tasas judiciales, ii) los honorarios de los órganos de auxilio judicial y iii) los demás gastos judiciales realizados en el proceso.

Las costas o gastos son de aplicación a la parte vencida (se aplican de oficio), tanto como los costos, pueden ser convenidos por las partes cuando el proceso concluye por transacción o conciliación. Notificadas las costas deben ser canceladas de manera inmediata, caso contrario se podrá cobrarlas por la vía forzosa.

Hugo Alsina⁵¹ sostiene que “en los inicios del antiguo derecho romano no se conocían las costas, cada litigante abonaba sus propios gastos... tampoco se conocieron en Francia hasta la edad media, en que se comenzó a aplicar una multa a quien sucumbía en el pleito, de donde derivó la costumbre”.

El maestro Chiovenda⁵², manifiesta: “la máxima de que el vencido ha de pagar necesariamente al vencedor los gastos o costas del juicio corresponde ya a la última fase del derecho romano. Anteriormente la condena en costas, no se imponía sino al vencido temerario,

⁵⁰ Vide RAMBALDO, Juan A. El abuso procesal. En Abuso procesal. PEYRANO, Jorge W. (Director). Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. 2001, p. 227.

⁵¹ Veni ALSINA, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Tomo IV segunda parte. Segunda edición. Ediar S. A. Editores. Buenos Aires- Argentina. 1961, p. 523.

⁵² Vici CHIOVENDA, Guisepppe. Condena en costas. Valletta Ediciones. Argentina. 2004, p. 11.



entendida la *temeritas*, al igual que la *calumnia*, como consecuencia de lo injusto. En días más remotos aún no tenía lugar el reembolso de gastos entre las partes contendientes, pues quedaban a cargo del vencedor y del vencido, a no ser que uno de ellos tuviera derecho a exigirlos de un tercero ajeno al pleito, pero responsable de él”.

Para Jaime Guasp⁵³, “las costas son una parte de los gastos procesales: una *species* de un *genus* más amplio que abarca todos los desembolsos de carácter económico que el proceso puede producir”.

Según explica Pedro Sagástegui Urteaga⁵⁴, “la expresión costas tienen varios sentidos: i) Cantidades fijas e inalterables que se adeudan al Estado con ocasión del proceso ii) Condena accesoria impuesta en sentencia por su conducta procesal iii) Indemnización a cargo de la parte vencida en proceso civil a favor del vencedor, cuando el juez condena al resarcimiento de esa parte de los gastos causados iv) Es propio de los sistemas del *civil law*. En el derecho anglosajón se denomina *expensas* o *fees*”.

Por otro lado, Raúl Chanamé Orbe⁵⁵ refiere que las costas son “gastos ocasionados a las partes litigantes con ocasión del proceso judicial, que se cuantifican en un valor económico. Las costas son: i) procesales (actuaciones y diligencias) y ii) personales (honorarios de abogado, etc.).

Henri Capitant⁵⁶, señala: “costas es el conjunto de gastos tasables efectuados por las partes en el curso o con ocasión de un juicio y que constituyen el objeto de una condena especial en el fallo; en principio se ponen a cargo de la parte vencida”.

10.2. COSTOS

Se debe entender por costos genéricamente como una indemnización impuesta por el magistrado como resarcimiento. Sin embargo, el Código procesal civil peruano (art. 411) establece que son costos del proceso el honorario del Abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial.

Couture señala: “los costos son 1.- Cantidades variables que como los honorarios profesionales, se adecuan a los que prestan servicios a los litigantes o a la justicia. 2.- Condena

⁵³ Cfr. GUASP, Jaime. Derecho procesal civil. Tomo primero. 4ª edición. Editorial Civitas. Madrid- España. 1998, p. 527.

⁵⁴ Vide SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro. Exégesis y sistemática del Código Procesal Civil. Volúmen I. Primera edición. Editora Jurídica Grijley. Lima- Perú. 2003, p. 746.

⁵⁵ Veni CHANAMÉ ORBE, Raúl. Ob. Cit., p. 269.

⁵⁶ Vici CAPITANT, Henri. Ob. Cit., p. 171.



accesoria que el juez impone a quien ha litigado con malicia que merece la nota de temeridad, o en los casos en que es preceptiva por disposición de la ley. 3.- Indemnización que debe el vencido al vencedor cuando el juez, por ministerio de la ley o por apreciación de la conducta de aquél en juicio, condena al resarcimiento de esa parte de los gastos causídicos”⁵⁷.

10.3. MULTA

Se encuentra constituida por una sanción económica con la singularidad de estar destinada a ser ingresos propios del Poder Judicial. Sin embargo, a diferencia de las costas, no está regulada la exoneración de la misma. En consecuencia, se entiende que el juez debe ponderarla debidamente para no ocasionar angustias económicas excesivas en la parte vencida.

Henri Capitant⁵⁸ afirma que *multa de procedimiento* “es una multa considerada, a menudo como una variedad de la civil, y cuya función es asegurar el juego regular de un procedimiento, ya sea obligando a cumplir una formalidad o previniendo el ejercicio abusivo de un recurso”.

Antiguamente las costas importaban una suerte de prohibición de imponer otra sanción como sería la condena a pagar un resarcimiento suplementario (multa). Sin embargo, en la actualidad es casi de común aceptación en el derecho latinoamericano que contempla a su vez la temeridad procesal. Así por ejemplo: el artículo 22 de la Ley colombiana 446 de 1998 establece lo relacionado a la imposición de multas por entorpecer el normal desarrollo del proceso, obstruir la practica de pruebas, entre otros⁵⁹.

10.4. RESPONSABILIDADES

La temeridad y malicia (mala fe) procesales se ubican en el Derecho de Daños,

⁵⁷ Cfr. COUTURE, Eduardo J. Ob. Cit., pp. 186- 187.

⁵⁸ Vide CAPITANT, Henri. Ob. Cit., p. 382.

⁵⁹ “Artículo 22. Multas. Sin perjuicio de otras disposiciones sobre temeridad o mala fe y condena de costas, ni de lo establecido en el artículo 60 de la ley 270 de 1996, en todos los procesos judiciales el juez, magistrado o sala de conocimiento, previa averiguación que garantice el derecho de defensa, impondrá al abogado de la parte respectiva una multa hasta de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales en los siguientes casos: 1. Cuando se utilice el proceso, recurso, incidente o trámite especial que haya sustituido a éste, para fines ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos. 2. Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas. 3. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal del proceso. Contra la providencia que imponga la multa anterior procederá el recurso de reposición. En todo caso, el juez deberá enviar copia autenticada de la misma al consejo seccional de la judicatura, para efectos de la iniciación de la correspondiente acción disciplinaria cuando hubiere lugar a ella. PAR.- La multa a la que se refiere el presente artículo se impondrá sin perjuicio de los poderes correccionales del juez, magistrado o sala que la imponga” (Ley colombiana 446 de 1998 por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia).



ocasionándose consecuentemente daños en todos los sujetos de un proceso judicial, aunque mayormente en el demandante y demandado.

El litigante que incurre en temeridad y/o malicia (mala fe) procesales abusa del derecho en perjuicio de la contraparte y/o terceros; consecuentemente es responsable por dicho acto a nivel civil, penal y administrativo.

Pero, cabe señalar que el daño que ocasiona es un daño material y no moral. Además, incurren en temeridad y malicia procesales quienes hayan actuado de manera dolosa, fraudulenta y no por culpa. Es decir, tienen que haber obrado con plena conciencia y voluntad de querer hacerlo. Así, traemos a colación el inc. 5 del art. 50 del Código Procesal Civil peruano, que indica: *“son deberes de los jueces en el proceso: sancionar al abogado o a la parte que actúe en el proceso con dolo o fraude”*.

10.5. SANCIONES

Es importante precisar que los sujetos del proceso que incurren en temeridad o malicia procesales, son pasibles de sanciones como la multa. Así, citamos el inc. 1 *ab initio* del art. 53 que trata sobre las facultades coercitivas del juez y que en mérito a ellas puede *“imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión”*.

La parte pertinente del inciso del artículo mencionado en el párrafo anterior, es aplicable cuando por ejemplo: el juez advierte que se está incurriendo en temeridad o malicia procesales o se pretende hacerlo, entonces, se hace saber al o los responsables conminándolos a que se abstengan de continuar o insistir en dicha actitud, con el apercibimiento de imponer multa como sanción.

XI. NORMATIVIDAD APLICABLE AL CASO PERUANO

Tenemos que en lo que respecta a la exigencia de no incurrir en temeridad y/o malicia (mala fe) procesales, diversos cuerpos normativos del Estado peruano se ocupan de ella, tanto a nivel de la jurisdicción ordinaria (de instancia plural, subjetiva y difusa por constitucionalidad), como la constitucional (de instancia única, de urgencia, objetiva y difusa propiamente dicha), ya sea en sus respectivos títulos preliminares o en su articulado.

Sin embargo, es preciso dejar en claro que si bien es cierto que los temas de la *temeridad*



procesal y malicia (mala fe) procesales se encuentran contemplados en el Código Procesal Civil peruano de 1993 (art. 112), también es cierto que dicho ejercicio irregular del derecho no necesariamente figura expresa o no expresamente en el articulado de la totalidad de los demás códigos procesales peruanos (salvo el caso del Código Procesal Constitucional, art. 56) o leyes orgánicas (salvo el caso, además, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 288); empero, ello no debe significar que el articulado referido a la *mala fe* (malicia) y *temeridad* procesales del Código Procesal Civil referido no debe ser aplicado por los códigos procesales que no lo contemplan; dado que la Primera Disposición Final y Complementaria establece: “*las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza*”. En consecuencia lo concerniente a la *temeridad y malicia (mala fe) procesales* regulado en el Código Procesal Civil peruano es de aplicación a todos los demás códigos procesales peruanos, salvo que la naturaleza incompatible de de alguno(s) lo impida.

Por si fuera poco, tenemos que considerar que el Código Civil peruano regula el ejercicio abusivo del derecho- art. II de su Título Preliminar- (que se debe entender como la consecuencia del accionamiento procesal temerario o malicioso) y más aún finalmente, la Constitución Política peruana de 1993 también contempla el abuso del derecho (art. 103). Consecuentemente, si la Constitución Política peruana no ampara el abuso del derecho, éste no debe ser amparado por ninguna fuente del derecho peruano tanto en sede judicial o extrajudicial.

Acto seguido, citaremos el *bloque de constitucionalidad*⁶⁰ respectivo:

- i) Constitución Política peruana.- El art. 103⁶¹ sobre el abuso del derecho.
- ii) Código Procesal Constitucional peruano.- El art. 56⁶² sobre las costas y costos.

⁶⁰ A nuestro entender, el bloque de constitucionalidad está compuesto por el conjunto de normas que acompañan y descifran a la Constitución. Este bloque es la resultante de la suma de la Constitución y las normas interpuestas o de desarrollo. Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano señala: “Es pertinente a lo que la experiencia gala del bloc de la constitutionnalité nos presenta, y que la Constitución en es un conjunto, con los valores que esta encierra (jurídicos y positivos) sirva como parámetro para entenderla, utilizando al Tribunal Constitucional como elemento trascendente para lograr la pacificación del ordenamiento y de la vida estatal. Este bloque es un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución formal, figura a partir de la cual surge la fuerza normativa de la Constitución, que irradia al todo el ordenamiento jurídico. Exp. Nº 3361-2004-AA/TC, fj. 47 (web: 16/12/2005)”. Véase GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. Diccionario de jurisprudencia constitucional. Definiciones y conceptos extraídos de las resoluciones y sentencias del tribunal constitucional. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2009, pp. 68- 69.

⁶¹ Art. 103, “... La Constitución no ampara el abuso del derecho”.

⁶² Artículo 56.- Costas y Costos.- Si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el Juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada. Si el amparo fuere desestimado por el Juez, éste podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad. En los procesos constitucionales el Estado sólo puede ser condenado al pago de costos. En aquello que no esté expresamente establecido en la presente Ley, los costos se regulan por los artículos 410 al 419 del Código Procesal



iii) Código Civil peruano.- El art. II de su Título Preliminar⁶³ refiere acerca del ejercicio abusivo del derecho.

iv) Código Procesal Civil peruano.- El art. IV⁶⁴ de su Título Preliminar señala los principios de iniciativa de parte y de conducta procesal, el art. 109⁶⁵ que trata sobre los deberes de las partes, abogados y apoderados, el art. 110⁶⁶ que regula la responsabilidad patrimonial de las partes, sus abogados, sus apoderados y los terceros legitimados, el art. 111⁶⁷ que norma la responsabilidad de los abogados, el art. 112⁶⁸ que refiere acerca de la temeridad o mala fe, el art. 410⁶⁹ acerca de la constitución de las costas, 411⁷⁰ respecto de la definición de los costos, 412⁷¹

Civil.

⁶³ Art. II (Título Preliminar), “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”. (Texto según la 1ª disposición del T.U.O. del Código Procesal Civil- D. Leg. 768- autorizado por R.M. 010-93-JUS de 23-04-93.

⁶⁴ Artículo IV (Título Preliminar).- Principios de Iniciativa de parte y de Conducta procesal.- El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos. Las partes, sus representantes, sus Abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecuan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe. El Juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria.

⁶⁵ Artículo 109.- Deberes de las partes, Abogados y apoderados.- Son deberes de las partes, Abogados y apoderados: 1. Proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso; 2. No actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales; 3. Abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes en sus intervenciones; 4. Guardar el debido respeto al Juez, a las partes y a los auxiliares de justicia; 5. Concurrir ante el Juez cuando este los cite y acatar sus órdenes en las actuaciones judiciales; y 6. Prestar al Juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales, bajo apercibimiento de ser sancionados por inconducta con una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.

⁶⁶ Las partes, sus Abogados, sus apoderados y los terceros legitimados responden por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe. Cuando en el proceso aparezca la prueba de tal conducta, el Juez, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal. Cuando no se pueda identificar al causante de los perjuicios, la responsabilidad será solidaria.

⁶⁷ Artículo 111.- Responsabilidad de los Abogados.- Además de lo dispuesto en el artículo 110, cuando el Juez considere que el Abogado actúa o ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar.

⁶⁸ Artículo 112.- Temeridad o mala fe.- Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio; 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; 3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente; 4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; 5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios; 6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; y 7. Cuando por razones injustificadas las partes no asistan a la audiencia generando dilación (Inciso agregado por el Artículo 2 de la L. N° 26635, en fecha 23-06-96).

⁶⁹ Artículo 410.- Costas.- Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso.

⁷⁰ Artículo 411.- Costos.- Son costos del proceso el honorario del Abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial.

⁷¹ Artículo 412.- Principio de la condena en costas y costos.- El reembolso de las costas y costos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración. La condena en costas y costos se establece por cada instancia, pero si la resolución de segunda revoca la



acerca del Principio de la condena en costas y costos, 413⁷² sobre la exención y exoneración de costas y costos, 414⁷³ precisa los alcances de la condena en costas y costos, 415⁷⁴ acuerdo sobre costas y costos, 416⁷⁵ desistimiento y abandono en la condena en costas y costos, 417⁷⁶ liquidación de las costas, 418⁷⁷ procedencia de los costos, 419⁷⁸ pago de las costas y costos, 420⁷⁹ literalidad y destino de la multa, 421⁸⁰ unidad de pago aplicable a la multa, 422⁸¹ liquidación y procedimiento de la multa y 423⁸² pago de la multa.

de primera, la parte vencida pagará las costas de ambas. Este criterio se aplica también para lo que resuelva la Corte de casación. Si en un proceso se han discutido varias pretensiones, las costas y costos se referirán únicamente a las que hayan sido acogidas para el vencedor. En los casos en que se hubiera concedido auxilio judicial a la parte ganadora, corresponderá a la vencida el reembolso de tasas judiciales al Poder Judicial. (Párrafo incorporado por el Artículo 7 de la Ley N° 26846, publicada el 27-07-97).

⁷² Artículo 413.- Exención y exoneración de costas y costos.- Están exentos de la condena en costas y costos los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales. Están exoneradas de los gastos del proceso las Universidades Públicas, quienes obtengan Auxilio Judicial y la parte demandante en los procesos de alimentos dentro de los límites establecidos en la ley pudiendo ser condenados al pago de costas y costos. También está exonerado quien reconoce o se allana a la demanda dentro del plazo para contestarla. (Artículo vigente conforme a la sustitución establecida por el Artículo 5 de la Ley N° 26846, publicada el 27-07-97).

⁷³ Artículo 414.- Precisión de los alcances de la condena en costas y costos.- El Juez regulará los alcances de la condena en costas y costos, tanto respecto del monto como de los obligados y beneficiados, en atención a las incidencias del proceso, fundamentando su decisión.

⁷⁴ Artículo 415.- Acuerdo sobre costas y costos.- Las partes deben convenir sobre las costas y costos cuando el proceso concluye por transacción o conciliación, salvo los que no participaron del acuerdo, quienes se someten a las reglas generales.

⁷⁵ Artículo 416.- Desistimiento y abandono en la condena en costas y costos.- Si el proceso acaba por desistimiento, las costas y costos son de cargo de quien se desiste, salvo pacto en contrario. Quien se desista de la pretensión paga las costas y costos del proceso. El abandono de la instancia determina la condena en costas y costos del demandante.

⁷⁶ Artículo 417.- Liquidación de las costas.- Las costas serán liquidadas por la parte acreedora de ellas, después de ejecutoriada la resolución que las imponga o la que ordena se cumpla lo ejecutoriado. La liquidación atenderá a los rubros citados en el Artículo 410, debiéndose incorporar sólo los gastos judiciales comprobados y correspondientes a actuaciones legalmente autorizadas. Las partes tendrán tres días para observar la liquidación. Transcurrido el plazo sin que haya observación, la liquidación será aprobada por resolución inimpugnable. Interpuesta observación, se conferirá traslado a la otra parte por tres días. Con su absolución o sin ella, el Juez resolverá. La resolución es apelable sin efecto suspensivo. El único medio probatorio admisible en la observación es el dictamen pericial, que podrá acompañarse hasta seis días después de haberse admitido. Del dictamen se conferirá traslado por tres días, y con su contestación o sin ella el Juez resolverá con decisión inimpugnable.

⁷⁷ Artículo 418.- Procedencia de los costos.- Para hacer efectivo el cobro de los costos, el vencedor deberá acompañar documento indubitable y de fecha cierta que acredite su pago, así como de los tributos que correspondan. Atendiendo a los documentos presentados, el Juez aprobará el monto.

⁷⁸ Artículo 419.- Pago de las costas y costos.- Las costas y costos deben pagarse inmediatamente después de ejecutoriada la resolución que las apruebe. En caso de mora, devengan intereses legales. El pago se exige ante el Juez de la demanda. Las resoluciones que se expidan son inimpugnables.

⁷⁹ Artículo 420.- Literalidad y destino de la multa.- La multa debe ser declarada judicialmente precisándose su monto, el obligado a su pago y la proporción en que la soportan, si fueran más de uno. Cuando no se precise se entiende impuesta en partes iguales. La multa es ingreso propio del Poder Judicial. En ningún caso procede su exoneración.

⁸⁰ Artículo 421.- Unidad de pago aplicable a la multa.- La Unidad de Referencia Procesal aplicable al pago de la multa, será la vigente a la fecha en que se haga efectivo. En la liquidación que se presente, se citará la norma que fija la unidad de pago.

⁸¹ Artículo 422.- Liquidación y procedimiento.- La liquidación de la multa es hecha por el Secretario de Juzgado y aprobada por el Juez de la demanda. Todas las resoluciones expedidas para precisar el monto de la multa son



v) Ley Orgánica del Poder Judicial peruano.- El art. 284⁸³ que versa sobre la función de la abogacía y derecho de defensa, el art. 288⁸⁴ que trata sobre los deberes que debe observar el abogado patrocinante y el art. 292⁸⁵ referido sobre la sanción disciplinaria a abogados.

vi) Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú.- El art. 5⁸⁶ refiere acerca del abuso de procedimientos de los abogados y el art. 32⁸⁷ señala lo concerniente al descubrimiento de engaño o equivocación durante el juicio.

vii) Principios Básicos sobre la Función de los Abogados de las Naciones Unidas⁸⁸.- El art. 26⁸⁹ y el 27⁹⁰ tratan sobre las actuaciones disciplinarias de los letrados.

inimpugnables. Sin embargo, se concederá apelación sin efecto suspensivo si el obligado cuestiona el valor de la Unidad de Referencia Procesal utilizada para hacer la liquidación. Si la resolución es confirmada, el obligado debe pagar adicionalmente una suma equivalente al veinticinco por ciento del monto liquidado.

⁸² Artículo 423.- Pago de la multa.- La multa debe pagarse inmediatamente después de impuesta. En caso contrario, devengan intereses legales y su exigencia es realizada de oficio por el Juez de la demanda al concluir el proceso, tan pronto quede consentida o ejecutoriada la resolución que aprueba la liquidación.

⁸³ Artículo 284.- Función Social de la abogacía y derecho de defensa. La abogacía es una función social al servicio de la Justicia y el Derecho. Toda persona tiene derecho a ser patrocinada por el Abogado de su libre elección.

⁸⁴ Artículo 288.- Deberes. Son deberes del Abogado Patrocinante: 1.- Actuar como servidor de la Justicia y como colaborador de los Magistrados; 2.- Patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe; 3.- Defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos y las normas del Código de Ética Profesional; 4.- Guardar el secreto profesional; 5.- Actuar con moderación y guardar el debido respeto en sus intervenciones y en los escritos que autorice; 6.- Desempeñar diligentemente el cargo de defensor de oficio, herencia y ausentes, para el que se le ha designado; 7.- Instruir y exhortar a sus clientes para que acaten las indicaciones de los Magistrados y guarden el debido respeto a los mismos y a todas las personas que intervengan en el proceso; 8.- Cumplir fielmente las obligaciones asumidas con su cliente; 9.- Abstenerse de promover la difusión pública de aspectos reservados del proceso aún no resuelto, en que intervenga; 10.- Consignar en todos los escritos que presenten en un proceso su nombre en caracteres legibles y el número de su registro en el Colegio de Abogados, y su firma en los originales, sin cuyos requisitos no se acepta el escrito; 11.- Denunciar a las personas que incurran en el ejercicio ilegal de la abogacía; y, 12.- Ejercer obligatoriamente, cuando menos una defensa gratuita al año, según el reporte que realizase el respectivo Colegio de Abogados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289⁹ de esta ley.

⁸⁵ Artículo 292.- Sanción disciplinaria a abogados. Los Magistrados sancionan a los abogados que formulen pedidos maliciosos o manifiestamente ilegales, falseen a sabiendas la verdad de los hechos, o no cumplan los deberes indicados en los incisos 1), 2), 3), 5), 7), 9), 11), y 12) del artículo 288. Las sanciones pueden ser de amonestación y multa no menor de una (01) ni mayor de veinte (20) Unidades de Referencia Procesal, así como suspensión en el ejercicio de la profesión hasta por seis meses.

Las resoluciones que impongan sanción de multa superior a dos (02) Unidades de Referencia Procesal o de suspensión, son apelables en efecto suspensivo, formándose el cuaderno respectivo. Las demás sanciones son apelables sin efecto suspensivo. Las sanciones son comunicadas a la Presidencia de la Corte Superior y al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo.

⁸⁶ Artículo 5.- El Abogado debe abstenerse del empleo de recursos y formalidades legales innecesarias, de toda gestión dilatoria que entorpezca el normal desarrollo del procedimiento y de causar perjuicios.

⁸⁷ Artículo 32.- Cuando el Abogado descubra en el juicio una equivocación o engaño que beneficie injustamente a su cliente deberá comunicárselo para que rectifique y renuncie al provecho que de ella pudiera obtener. En caso de que el cliente no esté conforme, puede el Abogado renunciar al patrocinio.

⁸⁸ Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) 27/ 08/ 1990- 07/09/1990.

⁸⁹ Art. 26. La legislación o la profesión jurídica por conducto de sus correspondientes órganos, establecerán códigos de conducta profesional para los abogados, de conformidad con la legislación y las costumbres del país y las reglas y normas internacionales reconocidas.

⁹⁰ Art. 27. Las acusaciones o reclamaciones contra los abogados en relación con su actuación profesional se tramitarán



viii) Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica⁹¹.- El art. 5. que versa sobre la buena fe y lealtad procesal de los partícipes del proceso⁹² y el art. Art. 35 que contiene lo relacionado a la responsabilidad del Tribunal⁹³.

XII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

i) Código de Procedimiento Civil Venezolano.- El atentar contra la lealtad y probidad en el proceso es regulado por el art. 17 de su Título Preliminar contemplando lo referido a su prevención y sanción⁹⁴.

ii) Código Procesal Civil italiano (*Códice di Procedura Civile*).- Establece acerca del comportamiento de las partes⁹⁵ en su art. 116, párrafo 2º.

iii) Código de Procedimiento Civil boliviano.- En su art. 4 señala las facultades especiales de los jueces y las partes⁹⁶.

iv) Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea⁹⁷.- En el acápite 2.2. de sus Principios Generales estipula la importancia de la confianza e integridad moral del abogado⁹⁸.

rápida e imparcialmente mediante procedimientos apropiados. Los abogados tendrán derecho a una audiencia justa, incluido el derecho a recibir la asistencia de un abogado de su elección.

⁹¹ Llevado a cabo en Montevideo en marzo de 1988.

⁹² Art. 5. Buena fe y lealtad procesal.- Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe. El Tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.

⁹³ Art. 35. Responsabilidad del Tribunal.- Los Magistrados serán responsables por: a) demoras injustificadas en proveer, b) proceder con dolo o fraude, e) sentenciar cometiendo error inexcusable.

⁹⁴ Artículo 17.(de su Título preliminar) -El Juez deberá tomar de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendentes a prevenir o a sancionar las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesales, o cualquier acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes.

⁹⁵ Art. 116, párrafo 2º.- "El juez puede deducir argumentos de prueba de las respuestas que las partes le den según el artículo siguiente, de su rechazo injustificado a consentir las inspecciones que él ha ordenado y, en general, del comportamiento de las partes en el proceso".

⁹⁶ Art. 4.- Facultades especiales.- Los jueces y tribunales tendrán las siguientes facultades, de oficio o a petición de parte: 1) Declarar la perención de instancia y la rebeldía. 2) Rechazar todo escrito que contuviere expresiones ofensivas para las partes, el juez o la moral, o que no sea atinente al motivo del proceso. 3) Reprimir los incidentes que sólo tendieren a entorpecer o dilatar el proceso. 4) Exigir las pruebas que consideraren necesarias, como exhibiciones, peritajes y juramentos, llamar a los testigos ofrecidos por las partes, efectuar careos y emplear ciertos medios que fueren conducentes al mayor esclarecimiento del proceso. 5) Amonestar a las partes y apercibir a los subalternos. 6) Imponer las sanciones establecidas en este Código. 7) Declarar en oportunidad de dictar sentencia la temeridad o malicia en que hubieren incurrido las partes o profesionales intervinientes.

⁹⁷ Aprobado en sesión plenaria en Estrasburgo el 28/10/1988, por el Consejo de Abogados de la Comunidad. (En ese entonces era Comunidad y no la de ahora Unión europea).

⁹⁸ Acápite 2.2. (de sus Principios generales) Confianza e integridad moral. Las relaciones de confianza no pueden existir si existe alguna duda sobre la honestidad, la probidad, la rectitud o la sinceridad del Abogado. Para este último, estas virtudes tradicionales constituyen obligaciones profesionales.



v) Código Procesal Civil brasileiro (*Código de Processo Civil do Brasil o Institui*).- Refiere sobre el litigante de mala fe⁹⁹, en su art. 17.

vi) Código General del Proceso uruguayo.- En su art. 5 menciona el actuar procesal de mala fe¹⁰⁰.

vii) Ley de Enjuiciamiento Civil española.- El art. 247 contiene el tema del respeto a las reglas de la buena fe procesal¹⁰¹.

viii) Código Procesal Civil y Comercial argentino.- En su art. 29 aborda el tema de la reacusación maliciosa¹⁰².

ix) Código de Procedimiento Civil colombiano.- Traemos a colación el art. 73 el cual regula las costas del proceso del apoderado que actúe con temeridad o mala fe¹⁰³.

XIII. CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Antes de revisar las jurisprudencias del Tribunal Constitucional (TC) en materia de temeridad y malicia (mala fe) procesales, es necesario tener presente que dichos fenómenos tienen como saldo a diez abogados recientemente sancionados por dicho Tribunal por promover

⁹⁹ Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I- deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II- alterar a verdade dos fatos; III- usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV- opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V- proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI- provocar incidentes manifestamente infundados. VII- interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

¹⁰⁰ Artículo 5º. - Buena fe y lealtad procesal.- Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe. El tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.

¹⁰¹ Art. 247. De la buena fe procesal.- Respeto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento. 1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. 2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. 3. Si los tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrá imponerle, de forma motivada, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de treinta mil a un millón de pesetas, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar. 4. Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria.

¹⁰² Art. 29. Reacusación Maliciosa.- Desestimada una recusación con causa, se aplicarán las costas y una multa de hasta pesos novecientos mil (\$ 900.000) por cada recusación, si ésta fuere calificada de maliciosa por la resolución desestimatoria.

¹⁰³ "Artículo 73. (modificado por el decreto 2282 de 1989, artículo 1, numeral 9). Responsabilidad patrimonial de apoderados y poderdantes. Al apoderado que actúe con temeridad o mala fe se le impondrá la condena de que trata el artículo anterior y la de pagar las costas del proceso, incidente, trámite especial que lo sustituya, o recurso. Dicha condena será solidaria si el poderdante también obró con temeridad o mala fe. El juez impondrá a cada uno multa de diez a veinte salarios mínimos mensuales. Copia de lo pertinente se remitirá a la autoridad que corresponda, con el fin



acciones judiciales sin sentido, con sanciones que van desde la llamada de atención hasta multa pecuniaria. Además, el TC ha demandado a los magistrados del Poder Judicial a mantenerse alertas ante casos de temeridad procesal, los mismos que dicho sea de paso, lamentablemente van cada vez en aumento.

Es más, Juan Vergara Gotelli, miembro del TC, precisó que no se puede permitir que los abogados presenten *temerariamente* demandas que no tienen ninguna posibilidad de prosperar: "Ellos deben ser sancionados, porque son los conductores técnicos de la defensa y no deben pretender burlarse de los magistrados ni de sus patrocinados".

A continuación hizo mención de dos casos: i) El primero, en el que un abogado presentó una demanda de hábeas corpus para una sociedad anónima. (cuando es de común conocimiento que dicha acción de garantía solo es para proteger derechos de la persona y no para asociaciones o para empresas), y ii) El segundo, el de una acción de amparo en la que solicitaron una pensión de jubilación a favor de una persona que no tenía el número mínimo de aportaciones que señala la ley.

Es claro además, que por más exhaustiva que llegue a ser una investigación y/o aporte doctrinario, siempre llevará una sombra inmisericorde que lo señale, descalifique o condene por no mostrar, avocarse o abarcar también el ángulo práctico o concordar con la realidad referente al tema de investigación (peor aún cuando dicha realidad o lo que acontece en la práctica demuestra ser muy lejana o totalmente diferente a lo expresado). Cuando una investigación muestra el tipo de falencia señalado es conocida o achacada de no aterrizar o no llegar a aterrizar. Por lo cual haremos lo propio para evitar caer en dicha limitación, en los presentes temas de investigación.

En ese sentido, (dejando constancia que si bien es cierto que la *temeridad y la malicia- o mala fe- procesales* se encuentran reguladas a nivel de jurisdicción ordinaria y también a nivel de jurisdicción constitucional). En la presente oportunidad:

i) Realizaremos un breve pasaje de veinticinco jurisprudencias del Tribunal Constitucional peruano (TC)¹⁰⁴ ¹⁰⁵referidas a los temas materia del presente trabajo, es decir, del segundo nivel señalado (selección realizada del periodo 1995- 2007).

de que adelante la investigación disciplinaria al abogado por faltas a la ética profesional".

¹⁰⁴ Tal y como lo señala el Art. 139, inc. 20 de la Constitución de 1993, repitiendo así el aserto consagrado en la anterior Carta de 1979, en el sentido que toda persona tiene derecho de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales (con las limitaciones de ley), lo que debe entenderse no limitado al Poder Judicial, sino también el Tribunal constitucional (Véase GARCÍA, Ob. Cit, p. VII).

¹⁰⁵ El Tribunal Constitucional peruano (Exp. Nº 04-2006-AI/TC, f.j.18) ha señalado que el derecho a la crítica de las resoluciones judiciales es el derecho de toda persona de examinar y emitir juicios públicamente respecto de las



ii) De dichas jurisprudencias (para efectos de la presente investigación)- dado que la inclusión del texto completo de las mismas, por su amplitud y cantidad, es obviamente impracticable-, hemos extractado (extraído textual y sistemáticamente, y no resumido o simplemente transcrito de sus respectivas sumillas), para un mejor entendimiento (más concreto, didáctico y ágil), de las partes mas relevantes o pertinentes.

iii) Además, cabe agregar que hemos resaltado y subrayado las partes más saltantes de las mismas e incidiendo más en los comportamientos de temeridad o malicia (mala fe) procesales, como en sus respectivas sanciones, que en los temas de fondo de dichas causas.

A continuación, pasaremos a revisar y analizarlas individualmente con la finalidad de determinar:

a) En que medida el citado Tribunal, hace distinciones o no al sancionar entre mala fe (malicia) y temeridad procesales.

b) En que medida dicho Tribunal señala o distingue cuales de los siete incisos del art. 112 del Código Procesal Civil peruano están referidos a la mala fe (malicia) procesal y cuales de los mismos, los son de la temeridad procesal:

i) *“...Que, el recurso de aclaración... contiene frases ofensivas que agravan a personas e instituciones de la administración de justicia, afectan los límites mínimos del respeto, prudencia y probidad... y a sabiendas que legalmente no procede recurso tendiente a modificar el fondo del fallo... presenta escrito denominándolo recurso de aclaración... ha incurrido en temeridad procesal y debe ser objeto de sanción, medida solo aplicable por los jueces, que se orienta a persuadir ponderación a los señores abogados en el ejercicio de su profesión que deben ejercerlo con probidad y en base a la verdad de los hechos. RESUELVE: Declarar improcedente el escrito de aclaración... Suprímase las frases ofensivas vertidas en el escrito... Sancionar al abogado... con la medida disciplinaria de amonestación debiendo remitirse copias certificadas de los actuados pertinentes al señor Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima, al señor representante del Ministerio Público y al señor Decano del Colegio de Abogados de Lima... dispusieron su publicación en el Diario Oficial El Peruano, conforme a Ley”¹⁰⁶.*

decisiones que adoptan los jueces en todas las especialidades. Así también, que entre los límites al derecho a la crítica de las resoluciones judiciales, destaca, entre otros, que ésta no deba servir para orientar o inducir a una determinada actuación del juez, pues, éste solo se encuentra vinculado por la Constitución y la ley que sea conforme a ésta (Ver *Ibid*, pp. 726-727).

¹⁰⁶ Vide Exp. Nº 099-95 AA/TC



Respecto de la presente resolución (*Exp. Nº 099-95 AA/TC*), señalamos que los términos: i) “*a sabiendas*” de no poder modificar el fondo del fallo” y ii) “*presenta escrito*”; nos da una clara señal de la comisión de temeridad, como efectivamente lo ha considerado el TC.

ii) “*...De manera reiterada ha inducido a error a este tribunal... Se concluye que el abogado patrocinante de la demandada... ha actuado con temeridad y/o mala fe, por lo que resulta pertinente aplicar lo dispuesto en el artículo 111º del mismo Código Adjetivo sobre la responsabilidad de los abogados en el proceso... SE RESUELVE: corregir la Resolución de autos... conforme a los considerandos 6 y 7 de la presente Resolución... De conformidad con el considerando 10, disponer que se cursen las copias certificadas pertinentes...*”¹⁰⁷.

En esta resolución (*Exp. Nº 632-2001-AA/TC*), se aprecia que el “*inducir a error*” al Tribunal es conducta inequívoca de temeridad ya que se entiende que el actor es conciente de no tener razón o fundamento. Sin embargo, no apreciamos la mala fe (malicia) que el TC menciona con que se haya actuado.

Consecuentemente, consideramos que para que esto suceda, lo más probable es que el TC no tiene bien en claro la diferencia entre mala fe (malicia) y temeridad, ya que parece considerar que ambos son sinónimos; peor aún cuando va más allá al señalar que se incurrió en “*temeridad y/o mala fe*” (dado que no es lógico, afirmar que *algo* se comporte válidamente como: “*esto y aquello*”; y a la vez o concurrentemente, es decir, al mismo tiempo, afirmar que ese *algo* sea también, “*esto o aquello*”).

En tal sentido, tiene que aclararse/deslindarse que sea “*A o B*” o “*A y B*” (pero no ambos a la vez), dado que es impreciso e incorrecto señalar que algo sea “*A y/o B*”, a la vez e indistintamente, además. Consecuentemente, no es válido sostener la doble y concurrentemente indistinta naturaleza de “*A o B*”, “*A y B*” y “*A y/o B*”.

Por otro lado, en la presente resolución (*Exp. Nº 632-2001-AA/TC*) *in comento* el TC indica comisión de temeridad y/o mala fe, al respecto nos preguntamos si ello obedeció a un error mecanográfico incluir “*y/o mala fe*” (en lugar de señalar únicamente la comisión de temeridad en la misma); ya que de lo contrario el asunto se evidenciaría más erróneo aún-.

Si bien es cierto que lo relatado nos preocupa, no nos sorprende realmente, ya que el TC peruano presenta un desarrollo importante en derecho constitucional, más no aún en derecho procesal constitucional.

¹⁰⁷ Veni Exp. Nº 632-2001-AA/TC



iii) *“...Se advierte que la sentencia recaída en el presente proceso constitucional se encuentra arreglada a la Constitución y la ley; y, además, no existe en ella algún concepto oscuro o dudoso que aclarar. Que el abogado, teniendo conocimiento que no procede recurso alguno tendiente a modificar el fondo del fallo, presenta esta solicitud, incurriendo en temeridad procesal... RESUELVE Declarar sin lugar la solicitud de nulidad... sancionar al abogado... con la medida disciplinaria de amonestación, debiendo remitirse copias certificadas de los actuados pertinentes al Presidente de la Corte Superior de Justicia, al representante del Ministerio Público y al Decano del Colegio de Abogados de Lima... disponiéndose la notificación al recurrente...”¹⁰⁸.*

En dicha resolución (Exp. N° 1326-2001-AA/TC), se señala que: “no existiendo concepto que aclarar” el abogado “presenta solicitud”, por consiguiente se ha incurrido en temeridad. Así también lo señaló el TC.

iv) *“...Que el abogado, sabiendo que no procede recurso alguno tendiente a modificar el fondo del fallo, presenta la presente solicitud incurriendo en temeridad procesal... RESUELVE Declarar sin lugar la solicitud de aclaración formulada por el Procurador del Ministerio de Pesquería (actualmente de Producción)... Asimismo, sancionar al abogado... con la medida disciplinaria de amonestación, debiendo remitirse copias certificadas de los actuados pertinentes al Presidente de la Corte Superior de Justicia, al representante del Ministerio Público y al Decano del Colegio de Abogados de Lima...”¹⁰⁹.*

Este caso (Exp. N° 200-2002-AC/TC), se repite lo mismo que en el anterior (Exp. N° 1326-2001-AA/TC). Estamos de acuerdo con el TC. Es temeridad.

v) *“...Contra los decretos y autos que dicte este Colegiado procede únicamente el recurso de reposición... no estando estipulada la anulación como recurso para cuestionar los actos procesales antes indicados... debe entenderse el presente recurso como uno de reposición y no de anulación... asimismo, aparece de la sumilla del escrito de “anulación” que se solicita la suspensión del proceso... dicha solicitud carece de sustento y, por lo tanto, no puede ser estimada... de otro lado, de autos se advierte que la recurrente y su abogado patrocinante, lejos de colaborar con este Colegiado, observan una conducta manifiestamente obstruccionista y temeraria, que se refleja en pedidos contradictorios y carentes de sustento legal... RESUELVE Declarar IMPROCEDENTE el recurso de reposición, presentado como anulación por la empresa recurrente, y SIN LUGAR los pedidos de suspensión del proceso y de señalamiento de nueva fecha para la vista de la causa,*

¹⁰⁸ Vici Exp. N° 1326-2001-AA/TC



*debiendo continuar el proceso según su estado... Multar a la empresa... y a su abogado... con 20 Unidades de Referencia Procesal cada uno... Remitir copia de los actuados respectivos a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados de Lima*¹¹⁰.

En la presente resolución (*Exp. N° 354-2002-AA/TC*), el TC afirma que se ha actuado de manera “*obstruccionista y temeraria*”. En este caso, si bien es cierto que entendemos que se ha litigado –a la vez– con malicia o mala fe (obstruir) y con temeridad; en ese sentido, nos extraña que el TC solo aprecie temeridad; porque el término “*obstruccionista*”, parece ser utilizado solo para darle mayor énfasis a la temeridad.

vi) “*...Las aclaraciones o precisiones solicitadas son, en verdad, planteamientos diversos que entrañan la reconsideración y modificación del fallo emitido, lo cual no es procedente por cuanto ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado a la autoridad de cosa juzgada, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución, tal como lo prescribe el artículo 139°, inciso 2), de la Constitución Política del Perú... Que el abogado... teniendo conocimiento que no procede recurso alguno tendiente a modificar el fondo del fallo, presenta esta solicitud... se dispone sancionarlo con una multa de 2 URP, siendo ésta una medida cuyo propósito deberá ser el de persuadir a los señores abogados para que ejerzan su profesión con probidad y sobre la base de la verdad de los hechos... RESUELVE Declarar sin lugar la solicitud de aclaración. Téngase presente en cuenta lo expuesto en el considerando N° 4., supra...*”¹¹¹.

Aquí (*Exp. N° 1200-2003-AA/TC*), se obró con temeridad, ya que: “*se actuó con conciencia de no tener razón*”. De igual opinión es el TC.

vii) “*...El Primer Juzgado Especializado en lo Penal de Tumbes, con fecha 30 de noviembre de 2000, declara infundada la demanda, por considerar que de las instrumentales obrantes en el expediente se aprecia que las acciones realizadas por el demandante ofenden la dignidad de las personas y, en particular, de los Magistrados. Por otra parte, estima que la conducta adoptada por el Presidente de la Sala Mixta se ciñe al ejercicio de sus atribuciones como Magistrado, al impedir que se mancille por medio de carteles y actos difamatorios, la buena reputación de los Magistrados, no apreciándose vulneración alguna de los derechos constitucionales invocados ni amenaza contra la libertad del accionante. La recurrida confirma la apelada, por considerar que la conducta del emplazado no constituye vulneración o amenaza de la libertad individual del*

¹⁰⁹ Cfr. *Exp. N° 200-2002-AC/TC*

¹¹⁰ Vide *Exp. N° 354-2002-AA/TC*

¹¹¹ Veni *Exp. N° 1200-2003-AA/TC*



accionante... este Colegiado, habida cuenta de la condición de abogado del accionante y de la evidente temeridad procesal con la que ha obrado, considera pertinente al caso de autos la aplicación de los artículos 111° y 112° del Código Procesal Civil, aplicables supletoriamente, de conformidad con el artículo 63° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435. Ha resuelto Declarar INFUNDADA la demanda... Ordena, en aplicación de los artículos 111° y 112° del Código Procesal Civil, la remisión de copias de la presente sentencia a la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados de la misma localidad...¹¹².

En este caso (Exp. N° 2620-2003-HC/TC), se “actúa sin tener fundamento”. Concordamos con el TC que señala que es temeridad.

viii) “...Que el alegato referido a que este Colegiado aclare motivadamente su fallo, por tener decisiones controvertidas, pretende desconocer y, por ende, modificar el resultado de un proceso, en contra de la garantía prevista en el artículo 139° inciso 2) de la Constitución, que establece que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni modificar sentencias, ni retardar su ejecución... Que el abogado patrocinante de la demandante... teniendo conocimiento de que no es posible modificar el fondo del fallo, presenta esta solicitud, incurriendo en temeridad procesal... RESUELVE Declarar SIN LUGAR la solicitud presentada... Imponer al abogado... la sanción de multa de 1 Unidad de Referencia Procesal, disponiéndose que el Juez de la causa adopte las medidas pertinentes para que se haga efectiva; oficiándose a la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima y al Ilustre Colegio de Abogados de Lima...¹¹³.

Aquí (Exp. N° 2851-2003-AA/TC) se puede apreciar que, al “presentar solicitud siendo conciente de no poder variar el fallo”, se incurre según el TC en temeridad. De acuerdo.

ix) “...El demandante... se ha mostrado renuente a que se expida la resolución final, con el objeto de lograr la prescripción de la acción penal... El demandante sostiene que una vez recusado el Juez emplazado por causal de parcialidad... éste se arrogó ilegalmente la facultad de tramitar el proceso penal expidiendo las cuestionadas resoluciones materia de autos, atentando contra su libertad personal al haber dispuesto su ubicación y captura... Resulta manifiesta la impostura del demandante al pretender servirse del Tribunal Constitucional para una actuación evidentemente intervencionista en un proceso penal ordinario en tramite... con evidente finalidad de frustrar la

¹¹² Vici Exp. N° 2620-2003-HC/TC



tramitación del proceso, temeridad que conlleva la necesaria colaboración del abogado patrocinante del recurrente... y también de los abogados de los otros procesados... por lo que se hace imperioso que este Supremo Tribunal restituya la autoridad del Juez y se denuncie a los referidos abogados ante el Ministerio Público y al Colegio de Abogados de Lima... En consecuencia, las resoluciones dictadas por el Juez penal no lesionan derecho fundamental alguno del recurrente debiendo rechazarse la demanda por temeraria, deshonesta y ajena a las previsiones del numeral 25 del Código Procesal Constitucional. HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda de habeas corpus... Disponer se remitan copias de la presente sentencia al Ministerio Público y al Colegio de Abogados de Lima para que estas instituciones procedan conforme al fundamento 10 de la presente sentencia... ”¹¹⁴.

En esta jurisprudencia (*Exp. N° 3338-2004-HC/TC*), al actuar “obstruyendo o frustrando el proceso” de manera repetida (ya que incurrían en ello varios abogados de las partes), se incurre en malicia o mala fe. Sin embargo, yerra el TC al esbozar el cometimiento de temeridad. Consecuentemente, no estamos de acuerdo.

x) “...Los recurrentes interponen demanda de amparo contra el juez del 26 Juzgado Civil de Lima... alegan la vulneración del derecho al debido proceso... consistente en no haber dado respuesta a un medio impugnatorio y a una demanda... sin embargo este Tribunal ha tomado conocimiento mediante el expediente 4389-2005-PA/TC, traído a esta instancia, de que por Resolución N° 2, de fecha 31 de octubre del año 2002, emitida por el 26 Juzgado Especializado en lo Civil de Lima se concedió la apelación en el proceso N° 2002-35369 que motiva la presente demanda... Que este Colegiado no puede dejar de advertir que el escrito de demanda del presente proceso tiene como fecha el 21 de enero de 2003 y que, como se expuso en los considerandos anteriores, se denuncia entre otras cosas que el juez demandado no ha resuelto el recurso de apelación interpuesto en la causa 2002-35369; no obstante obra en los autos del expediente 4389-2005-PA/TC, que gira precisamente en torno a una de las causas que origina el presente proceso, que el actor y abogado... fue notificado de la resolución... esto es con anterioridad a la presentación de la presente demanda, lo que significa que aun cuando conocía de la resolución acusó su inexistencia en el presente proceso... está acreditada la actuación temeraria del demandante y también abogado de la causa ...sumándose a ello que ha usado expresiones descomedidas y agraviantes sin guardar el debido respeto al juez... es evidente que tales frases son

¹¹³ Cfr. *Exp. N° 2851-2003-AA/TC*



ofensivas y vejatorias, no resultando acordes con una conducta procesal respetuosa de la actividad jurisdiccional... el recurrente debió ejercitar su derecho de defensa dentro del respectivo proceso... RESUELVE Declarar IMPROCEDENTE la demanda por haberse producido la sustracción de la materia en el extremo que solicita se expida la resolución correspondiente al escrito de apelación presentado por el demandante... Revocar la resolución de grado y, reformándola, admitir la demanda en el extremo referido a la causa 2002-36483, que involucra al codemandante... Imponer al abogado y parte en el proceso ... una multa de tres Unidades de Referencia Procesal... ”¹¹⁵.

En el presente caso (*Exp. N° 340-2005-PA/TC*), se evidencia el “*conciente accionar procesal duplicado pero en procesos distintos*”, lo que denota temeridad. En igual término lo considera el TC.

xi) “*...La demandante percibe una pensión del régimen general de jubilación... y pretende que se efectúe una recalificación de la misma alegando que su monto es irrisorio... no se evidencia la inaplicación de las normas que regulan, actualmente, el monto de la pensión mínima legal... tanto el demandante como su abogado patrocinante han actuado con manifiesta temeridad... HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda, e imponer a la demandante la sanción de pago de costas y costos del proceso a consecuencia de su acción temeraria... Disponer que se proceda de conformidad con el fundamento 7, se remitan las copias certificadas pertinentes... ”¹¹⁶.*

En la presente resolución (*Exp. N° 1660-2005-PA/TC*), el TC señala que hay temeridad al “*pretender vía judicial acceder a un monto pensionario que no le corresponde por ley*”. Consideramos también haber lugar a temeridad.

xii) “*...El recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando renta vitalicia por enfermedad profesional conforme al Decreto Ley 18846 y su Reglamento, así como los devengados desde la fecha de su cese. Refiere haber laborado en la Empresa Minera del Centro del Perú S.A. (Centromín Perú) por más de 46 años, expuesto a riesgos de toxicidad, peligrosidad e insalubridad, razón por la cual en la actualidad padece de neumoconiosis, con incapacidad de 75% para el trabajo... La emplazada formula tacha contra la evaluación médica emitida por el Ministerio de Salud, propone la excepción de prescripción extintiva, y contesta la demanda alegando que el recurrente no ha cumplido con presentar el informe de la Comisión Evaluadora de Essalud, en el que conste que padece la*

¹¹⁴ Vide Exp. N° 3338-2004-HC/TC

¹¹⁵ Cfr. Exp. N° 340-2005-PA/TC

¹¹⁶ Vide Exp. N° 1660-2005-PA/TC



enfermedad profesional alegada... A efectos de sustentar su pretensión. el demandante presenta a fojas 7 copia de un Examen Médico Ocupacional expedido por el Instituto de Salud Ocupacional Alberto Hurtado Abadia del Ministerio de Salud... de acuerdo con el cual el demandante adolece de neumoconiosis (silicosis) en segundo estadio de evolución... Mediante Oficio... remitido por la... directora del Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud – CENSOPAS, se informó que “el documento que en fotocopia nos ha adjuntado, referido al examen médico ocupacional N° 18658 es un documento falsificado... la supuesta historia del demandante no se encuentra registrada en nuestros archivos... Consiguientemente, el diagnóstico de la enfermedad profesional de neumoconiosis ha quedado desvirtuado... Este Tribunal... evidencia que el doctor Carlos Castillo Mauricio (CMP 8313) ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley General de Salud, que prescribe que El acto médico debe estar sustentado en una historia clínica veraz y suficiente que contenga las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para resolver el problema de salud diagnosticado... De igual manera, se han vulnerado las disposiciones contenidas en el título primero de la sección cuarta del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú... este Tribunal ordena remitir copia de la presente y de los actuados pertinentes al Ministerio Público y al Colegio Médico del Perú, para que se apliquen al doctor... las sanciones a que hubiere lugar... se impone al demandante el pago de costos y costas, así como una multa de diez unidades de referencia procesal (10 URP)... De la misma manera, y por los motivos ya señalados, este Colegiado impone una multa de diez unidades de referencia procesal (10 URP) al abogado patrocinante del demandante... y dispone la remisión de los actuados pertinentes al Colegio de Abogados de Junín... HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda, y dispone que se proceda de conformidad con los fundamentos 14 y 17 de la presente, remitiéndose las copias certificadas pertinentes...”¹¹⁷.

En el presente caso (Exp. N° 2016-2005-PA/TC), consideramos que: “*presentar documento falsificado para reclamar otorgamiento de un derecho*” es temeridad. De igual manera lo considera El TC.

xiii) “*...El Tribunal considera que para estos casos no sólo no resulta procedente la vía del amparo, sino que... considera que la conducta del actor resulta temeraria debido a que pretende la desafectación de un bien gravado para garantizar el pago de la reparación civil, establecido en un proceso penal como consecuencia de la comisión de un delito, sin que, pese al tiempo transcurrido,*

¹¹⁷ Veni Exp. N° 2016-2005-PA/TC



el responsable civil de dicho acto haya abonado el íntegro de la reparación dispuesta por el Juez... RESUELVE Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo de autos... Imponer el pago de costas y costos al demandante conforme al considerando 4 de la presente resolución...¹¹⁸.

En el presente caso (Exp. N° 5088-2005-PA/TC), “accionar por la vía (amparo) no correspondiente por ley”, revela temeridad según el TC. Opinamos lo mismo.

xiv) “...Los demandantes alegan la afectación de los derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva... en correspondencia con la libertad personal... en lo referido al derecho a probar... y al derecho a la defensa... Sobre la base de esta vulneración, solicitan lo siguiente: - Nulidad del proceso penal hasta la fase de instrucción a fin de que se les permita probar el hecho postulado como defensa material. - Nulidad del proceso penal hasta la fase de instrucción a fin de que el juez penal en la sentencia se pronuncie sobre el argumento de defensa técnica... Como se ha podido advertir, la actitud de los recurrentes ha sido plena y absolutamente irreflexiva. Varios hechos demuestran esta disposición a lo largo del proceso; entre otros, se pueden mencionar: presentar un pedido de inhibición cuando ello no procedía; reclamar el uso de los procesos constitucionales contra cualquier tipo de sentencia; dejar de presentar testigos; evitar relacionar la intervención de los miembros de su estudio a lo largo de los procesos penal y constitucional; presentar una demanda cuando se sabía perfectamente que iba a ser desestimada; pretender rectificar en sede constitucional lo que había sido ya perdido en la ordinaria. La realización de este tipo de actos ha contraído consecuencias negativas a este Colegiado, perturbando el cumplimiento adecuado de sus funciones constitucionales, motivo por lo cual se impone aplicar a los demandantes el pago de costos y costas del proceso, así como una multa... de veinte unidades de referencia procesal (20 URP)... este Colegiado ha advertido algunas cuestiones respecto a la práctica profesional de la defensa. Ésta, por principio, no amerita una utilización arbitraria de los medios procesales que el sistema jurídico provee, sino más bien comporta la necesidad de patrocinar convenientemente a los defendidos. Así, no es posible que los miembros de un estudio jurídico primero manifiesten a sus clientes que pueden realizar un acto porque no lo asumen como delito, cuando sí lo es; luego defenderlos en el proceso penal que se investiga por la comisión de tal acto; y, posteriormente, conducirlos hasta un proceso constitucional como modo de infundir esperanzas –muchas veces infundadas– a quienes confiaron en ellos... HA RESUELTO Declarar IMPROCEDENTE la solicitud de inhibición del juez... Declarar IMPROCEDENTE la demanda de

¹¹⁸ Vici Exp. N° 5088-2005-PA/TC



amparo de autos en el extremo que alega la violación del derecho a la prueba... Declarar INFUNDADA la demanda de amparo de autos en el extremo que alega la violación del derecho a la defensa... EXHORTAR a los magistrados del Poder Judicial mayor compromiso en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, sobre todo en lo relativo a dar respuesta a los pedidos de los justiciables, por más infundados o improcedentes que estos sean... Disponer la sanción a los recurrentes de la multa de 20 URP, imponiéndoles el pago de costas y costos del proceso como consecuencia de su acción temeraria al presentar una demanda absolutamente inviable...¹¹⁹.

En la presente resolución (Exp. N° 6712-2005-HC/TC), tenemos que: “solicitar inhibición cuando por ley no procede” revela temeridad. Luego, “dejar de presentar testigos” constituye mala fe o malicia. A continuación, “evitar relacionar la intervención de los miembros de su estudio a lo largo de los procesos penal y constitucional con fines no correctos”, evidencia también malicia o mala fe (en esta segunda oportunidad se configura la reiterancia exigida por ley para ser mala fe o malicia). Consecuentemente, consideramos que en el presente caso se ha obrado con temeridad y mala fe o malicia a la vez o concurrentemente. Sin embargo, el TC sanciona únicamente como temeridad. Lógicamente no somos contestes con el TC.

xv) “...En el caso de autos, esta actitud temeraria se observa no bien se toma en cuenta que la decisión jurisdiccional que se pretende dejar sin efecto a través del presente proceso, no sólo no afectaba los derechos que han sido invocados, puesto que sólo tenía como efecto la designación de un Administrador judicial provisional y, en ese sentido, no podía afectar ni la propiedad ni la libertad de trabajo y de empresa, como alega el recurrente, sino que, además, al momento de interponerse la presente demanda, dicha medida cautelar había caducado con todos sus efectos, tal como lo ha denunciado la magistrada emplazada. ...el abogado de la demandante no sólo conocía de la falta de argumentos para llevar adelante el presente proceso, sino que, además, pretendió sorprender a la judicatura constitucional, incluyendo a este Colegiado, a efectos de que se ordene la anulación de un acto jurisdiccional que había sido dictado conforme a las normas procesales vigentes, y que al momento de presentarse la presente demanda ya había caducado puesto que, al interponerse la demanda que suscitó la medida cautelar fuera de proceso, ésta había sido ya archivada al no haberse subsanado las omisiones procesales que habían sido advertidas en la etapa de postulación del proceso... este Colegiado considera que la conducta temeraria no sólo debe imputarse a la parte demandante sino también al Abogado que autorizó el

¹¹⁹ Cfr. Exp. N° 6712-2005-HC/TC



escrito de demanda y los sucesivos recursos... este Tribunal impone el pago de los costos procesales... la misma que deberá ser pagada por la demandante, estableciéndose además, por concepto de multa y... el pago de 10 URP que deberá ser abonado por el abogado o por los abogados que autorizaron los escritos desde la etapa de postulación y hasta el recurso que dió origen a la presente sentencia y en forma solidaria... HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda de amparo... IMPONER al recurrente, por concepto de sanción por conducta temeraria y... el pago de los costos procesales que deberá liquidarse y establecerse en vía de ejecución... IMPONER al abogado que autorizó el escrito de demanda, así como los sucesivos recursos, el pago de 10 URP por concepto de sanción por incumplimiento de los deberes propios del ejercicio profesional...”¹²⁰.

En el presente caso (*Exp. N° 8094-2005-PA/TC*), tenemos que: “*accionar sin argumentos*” y peor aún “*solicitar anulación de acto jurisdiccional expedido conforme a ley*”, constituye temeridad. De igual manera lo entiende el TC.

xvi) “*...Se aprecia que el recurso de agravio constitucional no reúne los requisitos previstos... ya que el proceso de amparo del que se deriva la presente queja se encuentra en la fase de ejecución de sentencia, no tratándose, por lo tanto, de una resolución de segundo grado denegatoria de una acción de garantía; en consecuencia, el presente recurso de queja debe ser desestimado... este Tribunal considera necesario pronunciarse respecto de la actuación temeraria por parte de la entidad recurrente y su Procurador Público, ya que, a través de la interposición de los recursos de agravio constitucional –sin encontrarse legitimado para su interposición- y de queja, vienen retardando injustificadamente la ejecución de la sentencia expedida por el ad quem, accionar que contraviene los fines que persiguen los procesos constitucionales... RESUELVE Declarar improcedente el recurso de queja. Dispone la notificación a las partes y oficial a la Sala de origen para que proceda conforme a ley...”¹²¹.*

En el presente caso (*Exp. N° 294-2006-Q/TC*), apreciamos que: “*interponer recursos sin contar con legitimidad*” y además, “*sin tener legitimidad, accionar en queja*”; denota en ambos casos, según el TC, temeridad. Suscribimos lo dicho.

xvii) “*...El demandante conocía en todo momento las reglas de conducta impuestas en su contra, por lo que existió una conducta temeraria de su parte...Este Tribunal concluye que el*

¹²⁰ Vide Exp. N° 8094-2005-PA/TC



recurrente tuvo conocimiento de las actuaciones del órgano jurisdiccional en el proceso penal indicado, habiendo hecho ejercicio de su derecho de defensa. En consecuencia, se descarta la alegada vulneración del derecho de defensa o del debido proceso, por lo que la demanda debe ser desestimada... HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda de hábeas corpus...¹²².

En este caso (Exp. N° 3165-2006-PHC/TC), apreciamos que: “desobedecer normas de conducta impuestas penalmente para alegar posteriormente vulneración del derecho de defensa o debido proceso”, denota a nuestro entender temeridad. De igual opinión es el TC.

xviii) “...El demandante ejercitó activamente su derecho de defensa haciendo uso de todos los recursos que la ley procesal prevé y que por el contrario demostró una conducta obstruccionista tendiente a lograr la prescripción de la acción penal. ...al no acreditarse en autos la indefensión invocada por el recurrente, debe desestimarse la demanda... en autos se acredita la conducta obstruccionista del procesado... cuyo objeto es conseguir la prescripción de la acción penal... conducta temeraria que no hubiera podido ser materializada sin el patrocinio de su abogado defensor, el cual, faltando a sus deberes de lealtad, probidad y buena fe, interpuso y autorizó los recursos tendientes a entorpecer el proceso y así dilatar la lectura de la sentencia, lo que constituye falta grave que debe ser considerada por el correspondiente Colegio Profesional conforme a sus atribuciones... HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda de hábeas corpus... Ordenar la remisión de copias de la presente sentencia al Colegio de Abogados de Lima para que proceda conforme a lo expuesto en el fundamento 9, supra...¹²³.

En la presente resolución (Exp. N° 4496-2006-PHC/TC), se aprecia la “conducta obstruccionista del actor quien para conseguir la prescripción de la acción penal hace uso de todos los recursos que la ley procesal prevé”, la misma que corresponde a un actuar procesal malicioso o con malicia (por obstruccionista y reiterado). Sin embargo, el TC la considera como conducta temeraria y no maliciosa. No estamos de acuerdo con el TC.

xix) “...El accionante no ha determinado con precisión en que consisten los actos ciertos y de inminente realización que vulneren su derecho constitucional a la libertad de trabajo, pues no indica el perjuicio ocasionado con tales amenazas y si estas supuestas amenazas le ocasionarán un perjuicio real, efectivo e ineludible; asimismo de las agresiones a las que hace referencia no obra en autos prueba alguna que acredite que se hayan producido; concluyéndose de ello que el

¹²¹ Veni Exp. N° 294-2006-Q/TC

¹²² Vici Exp. N° 3165-2006-PHC/TC

¹²³ Cfr. Exp. N° 4496-2006-PHC/TC



demandante ha actuado con manifiesta temeridad... En consecuencia... la demanda debe ser declarada infundada... HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda, e imponer al demandante la sanción de pago de costas y costos del proceso como consecuencia de su actuación temeraria...¹²⁴.

En este caso (*Exp. N° 5737-2006-PA/TC*), tenemos que: *“alegar vulneración de un derecho sin precisar la situación que meritúa tal vulneración”*, es incurrir en temeridad según el TC. Acerca de lo referido estamos de acuerdo.

xx) *“...Se advierte de autos que el demandante y los abogados que lo patrocinan, han demostrado una grave conducta temeraria, al haber pretendido acreditar una incapacidad por padecimiento de neumoconiosis, presentando un certificado de invalidez sin la existencia de una historia clínica que lo sustente, como la ley dispone, a fin de obtener una pensión vitalicia por enfermedad profesional... Por ello... este Colegiado impone una multa de 10 Unidades de Referencia Procesal (10 URP), tanto a los abogados patrocinantes del accionante... como al demandante... disponiendo, además, el pago de costos y costas por parte del actor, así como el envío de los actuados correspondientes al Ilustre Colegio de Abogados de Lima... HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda, y dispone que se proceda conforme a los fundamentos 9 y 11 de la presente sentencia, remitiéndose las copias certificadas pertinentes...¹²⁵.*

En el presente caso (*Exp. N° 5784-2006-PA/TC*), apreciamos que: *“simular padecer una enfermedad para reclamar un derecho laboral que por ley no le corresponde”*, significa para nosotros, temeridad. Considera de igual modo el TC.

xxi) *“...No se puede dejar de lado la actitud temeraria del actor, quien ha hecho uso de la vía constitucional con reiterada liviandad, sin atender a su excepcional naturaleza y con el objeto a todas luces superfluo de cuestionar los mismos hechos en diversos procesos constitucionales, algunos de los cuales ya han sido debidamente merituados en su oportunidad por este Tribunal... Por ello es que debe impedirse que el recurrente utilice, con vacua habitualidad, los recursos procesales que tiene a su disposición cualquier justiciable, ya que esto comporta que se desatiendan causas de mayor relevancia que necesitan con mayor urgencia una solución jurisdiccional... RESUELVE Declarar IMPROCEDENTE la demanda de hábeas corpus... DISPONER que se sancione al recurrente con una multa de 10 URP, imponiéndosele el pago de costas y costos del*

¹²⁴ Vide Exp. N° 5737-2006-PA/TC

¹²⁵ Veni Exp. N° 5784-2006-PA/TC



*proceso como consecuencia de su acción temeraria al presentar una demanda absolutamente inviable...*¹²⁶.

En el presente caso (*Exp. N° 5853-2006-PHC/TC*), observamos que el TC señala que: el *“utilizar reiteradamente una vía procesal excepcional para cuestionar hechos iguales, habiendo algunos sido merituados oportunamente por el TC”*; es evidenciar temeridad. Así también lo entendemos.

xxii) *“...Habiéndose acreditado que el demandante recurrió a otro proceso judicial para la tutela de su derecho, corresponde declarar la improcedencia de la demanda... habiéndose desestimado el amparo... este Tribunal condena al demandante al pago de costas y costos, al haberse verificado temeridad procesal al pretender iniciar un proceso de amparo respecto de una pretensión cuya tutela fue previamente solicitada en la vía ordinaria... RESUELVE Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo... Condenar al demandante al pago de costas y costos...”*¹²⁷.

Aquí (*Exp. N° 6146-2006-PA/TC*), el TC considera apreciar temeridad al *“pretender (el demandante) iniciar un proceso de amparo respecto de una pretensión cuya tutela fue anteriormente solicitada en la vía ordinaria”*. Suscribimos lo señalado.

xxiii) *“...El Tribunal debe precisar que no basta el simple desacuerdo con el sentido de la decisión que se impugna, o la enumeración irresponsable de los supuestos derechos violados sin que exista argumento que vincule tales invocaciones con los hechos descritos o las resoluciones impugnadas... el presente caso, el recurrente no ha acreditado las supuestas violaciones a sus derechos que se habrían consumado con la resolución que cuestiona. En todo caso, se ha limitado a referir una supuesta calificación defectuosa del recurso de casación... invocando, como sustento de los supuestos derechos violados, un inexistente artículo 37º, inciso 16, de la Constitución... lo que denota no sólo falta de diligencia profesional del abogado que autoriza la demanda, sino una actitud temeraria respecto de la cual debe llamarse la atención a efectos de que en el futuro no se incurra en las mismas maniobras... en tal sentido, conviene recordar que “(...)no puede permitirse que se utilice dispendiosa y maliciosamente los recursos procesales que tiene a su disposición cualquier justiciable, lo que a su vez acarrea una desatención de otras causas que merecen atención, y que, por analizar casos como el planteado, deben esperar una respuesta más lenta de la que podría haberse realizado si es que no estuviesen permitidas actuaciones como la realizada*

¹²⁶ Vici Exp. N° 5853-2006-PHC/TC



por los recurrentes... el presente caso el recurrente... ha puesto en evidencia, antes que algún agravio a sus derechos, su intención de pretender utilizar esta vía para revertir la decisión de la Corte Suprema, que ha sido bastante clara en sus argumentos al declarar improcedente el recurso de casación interpuesto. En este sentido, este Tribunal considera que la demanda debe ser rechazada, imponiéndosele al recurrente el pago de costos y costas a que hubiere lugar... RESUELVE Declarar IMPROCEDENTE la demanda de autos... Imponer al demandante el pago de costos y costas procesales, el que deberá hacerse efectivo en vía de ejecución...”¹²⁸.

En el presente caso (Exp. N° 8823-2006-PA/TC), tenemos que: “no acreditar las supuestas violaciones a derechos, supuestamente consumadas”, implica accionar a nivel procesal con evidente temeridad. El TC también lo considera así.

xxiv) “...El demandante pretende que se le otorgue una pensión de invalidez por enfermedad profesional... un gran número de procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 han puesto en evidencia las deficiencias de la legislación, lo que ha obligado al Tribunal Constitucional a adecuar la normatividad, caso por caso, generándose en ocasiones sentencias contradictorias... este Tribunal Constitucional, en virtud de sus funciones de ordenación y pacificación, considera conveniente revisar su jurisprudencia para determinar si los criterios desarrollados respecto a la protección de riesgos profesionales, sea al amparo del Decreto Ley 18846 o la Ley 26790, permiten resolver las controversias constitucionales en el contexto actual, o si deben ser cambiados o complementados los criterios preexistentes... este Tribunal declara, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del C.P.Const., que los criterios jurídicos contenidos en los fundamentos 89 a 120, 127, 140 y 146 supra, son vinculantes para todos los poderes y organismos públicos, así como para las empresas privadas que brindan las coberturas del SCTR, por lo que deben ser aplicados de manera inmediata. En tal sentido, la ONP y las compañías de seguros tienen la obligación de aplicarlos en sus propios términos a los procedimientos de otorgamiento de pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, bajo apercibimiento de imponérseles las medidas coercitivas previstas en el artículo 22º del C.P.Const... a los demandantes que interpongan demandas de amparo manifiestamente infundadas por ser contrarias a los criterios jurídicos referidos, se les impondrá el pago de los costos y costas del proceso por su actuación temeraria.

¹²⁷ Cfr. Exp. N° 6146-2006-PA/TC



Por otra lado, a los abogados se les podrá imponer una multa, cuando patrocinen procesos cuyas pretensiones sean contrarias a los criterios establecidos en los fundamentos 89 a 120 supra, por ejemplo, cuando presenten certificados médicos privados para probar la enfermedad profesional, o cuando patrocinen a un mismo demandante en dos procesos para acceder a dos pensiones de invalidez del SCTR por un mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional, etc... HA RESUELTO Declarar IMPROCEDENTE la demanda... Declarar que los criterios establecidos en los fundamentos 89 a 120, 127, 140 y 146, supra, son vinculantes para los jueces que conocen los procesos de amparo, como para los jueces que resulten competentes para conocer las demandas contencioso- administrativas, y para todos los poderes y organismos públicos, así como para las empresas privadas que brindan las coberturas del SCTR...¹²⁹.

En el presente caso (*Exp. N° 10063-2006-PA/TC*), ante un pedido de otorgamiento de pensión de invalidez, el TC al apreciar que el sistema procesal institucional involucrado para dicho fin presenta falencias, decide dictar la reglamentación o lineamientos correspondientes para salvar dicha problemática. En tal sentido, el TC realiza un adecuado ordenamiento, prevención e invocación (a los justiciables y entes involucrados) e efectos de evitar que en posteriores oportunidades se accione de manera ineficaz y por ende, poner en funcionamiento insulsamente el aparato jurisdiccional. Finalmente, queda claro que en el presente caso no se incurrió en temeridad, ni en malicia o mala fe procesales.

xxv) *“...La recurrente, en un claro intento de inducir a error a los órganos judiciales, ha interpuesto el presente proceso de amparo, cuestionando tanto la resolución de primera instancia como su confirmatoria, de fecha 15 de septiembre de 2003, pese a que a la fecha de presentación de la demanda de amparo la misma resolución que ahora se cuestiona también había sido impugnada en el mismo proceso vía recurso de casación, la que al ser resuelta en forma desfavorable a la actora, había sido luego impugnada por separado y en la misma fecha en otro proceso de amparo, el mismo que tras ser rechazado en las dos instancias del Poder Judicial, ingresó a este Tribunal con el N° 09300-2007-AA/TC... Debe advertirse, además, que en ambos procesos de amparo el abogado que autoriza tanto la demanda como los demás escritos y recursos es el mismo, lo que confirma la mala fe y temeridad con que ha actuado en el ejercicio profesional, pretendiendo lograr dos sentencias respecto de una misma pretensión, vinculada al mismo proceso y con las mismas partes... queda claro que las resoluciones judiciales que la recurrente cuestiona en*

¹²⁸ Vide Exp. N° 8823-2006-PA/TC



este proceso no solo no poseen la condición de resoluciones judiciales firmes... sino que, además, el proceso en cuestión ha sido articulado con manifiesta temeridad y mala fe por parte de la entidad demandante y su abogado, lo que amerita que este Colegio ejercite sus potestades disciplinarias en aras de resguardar el buen uso de los procesos constitucionales... RESUELVE Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo... Condenar al pago de 10 Unidades de Referencia Procesal al Abogado de la empresa demandante... notificando la presente sentencia al respectivo Colegio de Abogados para los fines pertinentes... Condenar a la parte demandante al pago de costos y costas según corresponda en etapa de ejecución de sentencia...¹³⁰.

En el presente caso (*Exp. N° 183-2007-PA/TC*), tenemos que el “*intento de inducir a error a los órganos judiciales*”, configura temeridad. Así también lo señala el TC. Pero el error deviene al señalar posteriormente que también se ha obrado con mala fe (malicia), ya que no se incurrió en esta última. Ergo, no concordamos con el TC en que existe también malicia o mala fe.

Luego de haber realizado el presente recorrido por las presentes jurisprudencias del TC podemos afirmar que en seis casos (1.- *Exp. N° 632-2001-AA/TC*, 2.- *Exp. N° 354-2002-AA/TC*, 3.- *Exp. N° 3338-2004-HC/TC*, 4.- *Exp. N° 6712-2005-HC/TC*, 5.- *Exp. N° 4496-2006-PHC/TC* y, 6.- *Exp. N° 183-2007-PA/TC*), dicho Tribunal considera que la mala fe (malicia) es sinónimo de temeridad, o que se puede incurrir en la primera y la segunda conjuntamente y a la vez (es decir, al mismo tiempo o concurrentemente) incurrir en temeridad o mala fe (malicia), lo que nos lleva a determinar (respecto del análisis de las resoluciones referidas) que dicho Tribunal (TC) entiende equivocadamente que temeridad y mala fe (malicia) son sinónimos; lo cual como ya hemos expuesto no es exacto.

Creemos que el error incurrido tiene por origen el artículo 112 (no deslindado) del Código Procesal Civil peruano, ya que en su encabezamiento se señala que “*incurren en temeridad y/o mala fe...*”, sin embargo, en los siete incisos que consta dicho artículo no se precisa/deslinda cuales corresponden a temeridad y cuales a mala fe.

Tal vez, por eso el TC, para abreviar o salir del paso, se limite a afirmar (en más de un caso) que se comete temeridad y/o mala fe sin determinar que acto o conducta específicamente se ha cometido, es decir, o temeridad o mala fe, o ambas.

En ese sentido, lo que el Tribunal Constitucional peruano ha sostenido y sostiene (nada más y nada menos) es que es válido afirmar y actuar en consecuencia de la doble (o triple,

¹²⁹ Veni Exp. N° 10063-2006-PA/TC



diremos) y concurrentemente indistinta naturaleza de “A o B”, “A y B” y “A y/o B”. Lo cual no es cierto, ni exacto, por decir lo menos.

Ergo, según lo esbozado, cabe insoslayablemente que se formulen las siguiente interrogantes:

i) *¿Se encontrarán los señores Magistrados- ordinarios y constitucionales, no solamente peruanos- en condiciones de determinar la graduación de los perjudiciales efectos del incurrimiento de temeridad, mala fe (malicia) procesales o de ambas, y por consiguiente, aplicar las amonestaciones o sanciones debidamente en tales casos, si anteladamente sabemos que a la fecha no se encuentran diferenciadas legalmente, tal y como se puede apreciar en los siete incisos “no deslindados” del art. 112 del Código Procesal Civil peruano?*

Consideramos que la respuesta fundamentada, a la luz de la investigación y demostración del presente trabajo de investigación, es un rotundo, categórico y muy lamentable, como peligroso, no.

ii) *Ergo, ¿qué derecho o norma le ampara a la Judicatura para aplicar las mismas en evidente perjuicio del justiciable?*

Consideramos que ninguno, ya que de lo que estamos poniendo sobre el tapete es el hecho que se sanciona por la realización de una conducta procesal, ya sea, temeraria, ya sea de mala fe (para nosotros, maliciaria), pero sin que el sancionador tenga en claro en *strictu sensu* la naturaleza jurídica de dichas conductas, así como norma que lo sustente debidamente (ya que la existente esta muy lejana de hacer lo propio); más aun, cuando no se sustenta dicha sanción en Principio General del Derecho alguno.

El tema se complica y preocupa aun más, cuando dicha sanción (ante el referido vacío) se torna inmensamente arbitraria al sancionar a la vez en el mismo proceso, al mismo sujeto y por la misma conducta, i) por una u otra conductas señaladas (temeridad “o” mala fe o malicia) o ii) por ambas conductas a la vez (ya sea en su primera variante: temeridad “y” mala fe o malicia, o la segunda: temeridad “y/o” mala fe o malicia), tal y como se ha apreciado en el Exp. Nº 632-2001-AA/TC.

En ese orden de ideas, el justiciable legítimamente podría (y puede) dirigirse al señor Magistrado en los siguientes términos: *“Se me sanciona por incurrir, a nivel procesal, indistintamente en: i) temeridad, ii) mala fe, iii) temeridad o mala fe, iv) temeridad y mala fe, y v)*

¹³⁰ Vici Exp. Nº 183-2007-PA/TC



temeridad y/o mala fe. Empero, no se me ha explicado y fundamentado (justificado) jurídicamente, la naturaleza de dichas conductas, los casos en que se incurre en ellas y la sanción en sí, ¿podría hacerlo?”. Sin embargo, por tremendamente increíble que parezca (a la luz de las resoluciones analizadas), la respuesta que estaría (y está) recibiendo tácitamente es (increíblemente, por decir lo menos): “No, pero no porque no desee hacer lo propio, sino porque considero que no tengo la menor idea”.

Consecuentemente, las “*cartas en el asunto*” en los temas *in comento*, dada su gran importancia y gravedad extrema (demostrada contundentemente a través del presente trabajo), se constituyen en una prioridad muy urgente como impostergable para el legislador, magistrado, doctrinario y la comunidad abogadil no solamente peruanos.

XIV. REFLEXIONES FINALES

Atravesamos, más que nunca, épocas de permanente vorágine, la misma que trae consigo muchos cambios a nivel político, económico, social, moral, lógicamente también a nivel jurídico y específicamente además, en el área jurídico procesal. Así, tenemos, que nuevas (y otras no tan nuevas, pero novedosas) corrientes jurídicas y no jurídicas, hacen sentir cada vez más su presencia (por su aporte al derecho, claro está) en el mundo del Derecho; verbigracia: el *marketing jurídico*, consistente en básicamente crear valor, ofrecer valor y ser el nexo entre el abogado y el mercado; cuya finalidad es crear, conservar clientes o patrocinados, garantizando un posicionamiento efectivo y perdurable.

También tenemos la corriente o teoría del *neconstitucionalismo*^{131 132}, además debemos

¹³¹ “...De origen principalmente germano (Estado que aturrido y atrapado por la contemplación de las atrocidades del nazismo, no tuvo más que enmendarse), específicamente en la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en 1958; y su posterior desarrollo en Estados Unidos, Italia y parte de Latinoamérica. Aparece como un “saludable despertar o concientización constitucional a favor de los derechos fundamentales y donde los mismos se yerguen como eje central del sistema jurídico, y como sustento de fundamentación universal de irrefutable legitimidad” (que se presenta- a pesar de su denominación- no como una nueva pero sí, ciertamente novedosa corriente o teoría jurídica de irradiación mundial), “gracias” al limitado papel de la doctrina jurídica para poder explicar la justificación (o justeza) del Derecho en esta realidad o circunstancia postmoderna. Esta corriente jurídica se reafirma además, como una forma de sintonizar como Estados con un reciente orden jurídico -como consecuencia de la casi generalizada globalización en el mundo-, denominado “Derecho Global” (entendido a su vez, como un “nuevo” orden jurídico que opone una defensa radical de la dignidad, de la solidaridad, de la igualdad y de la justicia- seguridad jurídica- de la persona; como principios pilares jurídicos y que precisa de instituciones y de partidos políticos fuertes, transparentes y con amplia credibilidad). El neoconstitucionalismo como proceso de constitucionalización (que limita a los poderes estatales y/o protege los derechos fundamentales) del sistema o vida jurídico (a) de un Estado: i) Según Antonio Baldassarre, “Coloca a la Constitución como nuevo orden de valores”, y ii) Según Víctor Bazán, “Como la respuesta ante la tensión entre democracia y el constitucionalismo...”; deja atrás su función formal y hasta cierto punto cuasi expectante; para “transformarse” en parte más activa y protagónica del mismo y orientar de una manera



señalar la importancia del *coaching ontológico*, disciplina que asiste al factor humano para ayudarle a obtener mejores resultados, trabajando profundamente en el dominio de ellos mismos, para darles acceso a sus puntos ciegos, nulos o débiles, en un aspecto o área determinada; consiguiendo con ello ampliar su perspectiva para la mejor toma de decisiones y acciones y lograr nuevas y cada vez mas altas metas; renovando, estimulando, predisponiendo y potencializando a la persona.

Luego, imprescindible hacer breve referencia a la teoría del *derecho global*¹³³, por otro

mucho mas justa la convivencia ciudadana de nuestros días. El “nuevo” constitucionalismo ya está presente en nuestro escenario constitucional. En ese sentido, recientes (y otros no tanto) reconocimientos de “derechos constitucionales” como: i) “al debido proceso”, ii) “las nuevas ocho modalidades de habeas corpus”- tales como: reparador, restringido, correctivo, preventivo, traslativo, instructivo, innovativo y conexo-, iii) “el desarrollo de los tipos de habeas data”, dividiéndolo en dos grupos: a) propios: como el informativo (que se subdivide en: finalista, exhibitorio y autoral), el aditivo, el rectificador o correctivo, el exclutorio o cancelatorio y el reservador; b) impropio: como el de protección al acceso de la información pública; iv) “a la verdad”, v) “a la personalidad jurídica”, vi) “al agua potable”; vii) “a la salud”, viii) “a la salud mental”, ix) “a la educación”, x) “a la propiedad”, xi) “a la asociación”, xii) “a la identidad cultural”, xiii) “a la vida” y xiv) del principio “ne bis in idem” (en el Perú); así como, xv) “el habeas corpus colectivo o protector de derechos difusos u homogéneos múltiples” (en Argentina); dan contundente prueba de ello...”. (Cfr. TORRES MANRIQUE, Jorge I. “Derecho global y neoconstitucionalismo: Teorías jurídicas contemporáneas” (en línea), recuperado el 12/11/09 de Derechoycambiosocial.com:<http://www.derechoycambiosocial.com/revista013/derecho%20global%20neoconstitucionalismo.htm>).

¹³² Cabe agregar el último reconocimiento de derechos constitucionales del Tribunal Constitucional peruano (Exp. Nº 6164-2007-HD/TC-29/08/2008), como es el desarrollo de los tipos del Habeas Data (H. D), dividiéndolo en dos grupos: A).- Propios: i) H. D. Informativo.- Para recabar la información necesaria que permita a su promotor, a partir de éste, verificar si los datos del sistema están funcionando legalmente. Si no fuera así se solicitará información de las operaciones sobre los asientos registrados o sobre el sistema de información en si mismo; se subdivide en: i1) Finalista.- Para conocer la finalidad para la cual se creó el registro, i2) Exhibitorio.- Por el que se indaga que datos de carácter personal se encuentran almacenados en un registro, i3) Autoral.- Para conocer a quien proporcionó los datos almacenados, ii) H. D. Aditivo.- Para agregar datos de información datos de carácter personal no registrados, puede ser: actualizador, aclarador o inclusorio, iii) H. D. Rectificador o correctivo.- Para corregir datos falsos, inexactos o imprecisos, iv) H. D. Exclutorio o cancelatorio.- Para excluir información de un banco de datos que el titular considera debe ser cancelada, v) H. D. Reservador.- Para asegurar que un dato correcta y legítimamente almacenado sea mantenido en confidencialidad; B).- Impropio: i) De protección al acceso de la información pública.

¹³³ “...Este nuevo Derecho se origina en el *ius gentium* (Derecho romano aplicado a los extranjeros y a los romanos en sus litigios con estos), se fundamenta en el *ius cogens* (Derecho de los Estados “a cumplir necesariamente”) y el *ius commune* (Derecho aplicado básicamente a los negocios jurídicos globales), para hacer frente a los desafíos contra las lacras sociales como: el terrorismo las organizaciones criminales internacionales, la corrupción generalizada y el “orden” hegemónico, principalmente. Luís María Bandieri, afirma que este “Universal Law” tuvo su origen (en la Edad media) en el derecho romano compilado por Justiniano: El *Corpus Juris Civiles*, fue el *ius commune* de su tiempo, luego paso a ser el Derecho de la Unión Europea y ahora, el Derecho global. El Derecho Global se fortalece en los inicios de los noventa (Prosper Weil, señala que dicho ordenamiento combatió la existencia de una “crisis jurídica multiforme” del sistema normativo internacional, que en ese entonces padecía el mundo), mediante el acuñe de nuevos paradigmas como: democracia liberal, libre comercio, derecho de libre autodeterminación de los pueblos, inviolabilidad de las fronteras y concertación entre las grandes potencias. Para posteriormente iniciar un franco desarrollo en este siglo XXI. La mundialización del “nuevo orden jurídico”, irrumpe en el escenario jurídico mundial y equivale a: autonomía, espontaneidad, nueva estabilidad y equilibrio, más social, menos estatal, sin fronteras y siempre bajo la base y el irrestricto respeto de los derechos fundamentales que otorga al ser humano como parte integrante del nuevo sujeto jurídico: La Humanidad. Esta “teoría jurídica global”, se conforma precisamente, como contrapunto de la dogmática, apelando a un mundo más justo, democrático y libre, basado en los principios de personalidad, igualdad, solidaridad, subsidiariedad, integración y autoridad; reconociéndose en un mundo completo,



lado, cabe destacar lo concerniente al *derecho deportivo*¹³⁴, “el mismo que es una rama especial del derecho que regula la actividad generada por las conductas y los vínculos entre todos los actores del deporte. Asimismo, protege jurídicamente al ser humano y sus relaciones con la práctica y las técnicas deportivas estableciendo reglas aplicables al desarrollo de esta importante disciplina, con el fin de lograr los beneficios para la persona y la sociedad”.

Asimismo, no podemos dejar de nombrar al *análisis económico del derecho*, el cual debe ser entendido como: “la aplicación de las teorías y métodos de la economía al sistema jurídico, el cual se basa en la triada maximización- mercado-eficiencia bajo un enfoque costo- beneficio social; buscando maximizar o hacer mas eficientes los recursos en mundo de escasez de bienes y servicios. El análisis de costo-beneficio no implica únicamente el aspecto económico, sino los motores de la conducta humana: como bienestar y malestar. El AED analiza la norma, pero no en abstracto, sino en base a una consecuencia social concreta”¹³⁵.

Sin embargo, preocupa como llama poderosamente la atención el hecho que dichas teorías contemporáneas (que no son pocas- así como, no son todas las que están ni están todas las que son-, menos aún son prescindibles, pues varias son defensoras de la legitimidad, constitucionalidad, derechos y respecto de la persona y de la humanidad), no consigan contribuir, al menos en algo (directa o indirectamente), a concientizar o mejorar la actitud de los sujetos procesales, en el aspecto ético y de correcto accionar procesal en los juicios. Más aún si consideramos que en su tiempo Couture (en sus “*Mandamientos del Abogado*”) ya advertía la importancia de la lealtad procesal del abogado para con su patrocinado, con el juez y la otra parte¹³⁶.

En ese sentido, no podemos negar que experimentamos un profundo pesar y desazón, ya que: i) por un lado, tenemos que existen cada vez más y mejores tendencias (jurídicas y no jurídicas) y normatividad destinadas, directa e indirectamente, a mejorar o elevar el nivel del ejercicio profesional de los letrados (en términos de corrección procesal) y específicamente a

complejo, diferente, pero unido...”. (Vide TORRES MANRIQUE, Jorge I. “Derecho global y neoconstitucionalismo: Teorías jurídicas contemporáneas” (en línea), recuperado el 14/11/09 de Elnotariado.com: http://www.elnotariado.com/images_db/noticias_archivos/322.doc).

¹³⁴ Vici VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho deportivo en el Perú*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima. Lima. 2008, p. 52.

¹³⁵ Cfr. TORRES MANRIQUE, Jorge I. *Acerca del análisis económico del derecho (Aed)* (en línea), recuperado el 13/11/09 de Teleley.com: <http://www.teleley.com/articulos/art-ae.pdf>.

¹³⁶ Consideramos que Couture se refirió únicamente a la lealtad que debería guardar el abogado, porque su óptica en dicho trabajo fue precisamente desde el letrado hacia los demás sujetos procesales. Dado que es bien sabido, que dicha lealtad debe ser estrictamente observada por todos los sujetos del proceso o que participan en el proceso.



combatir la legendaria y lamentablemente, más vigente que nunca, práctica de la temeridad y malicia (mala fe) procesales; y ii) por otro lado, las mismas no solo son estancas o decrecen, ya que peor aún, tenemos que en honor a la verdad que denunciar que su incidencia está cada vez en aumento.

Además, la creciente incidencia de la temeridad procesal, no constituye más que el fiel y patético hecho de encontrarnos en una profunda crisis de valores (la misma que ocasiona un inmenso forado moral; disvalores que perjudican gravemente al sistema jurídico, a los sujetos procesales y a la sociedad), hace que muchas veces el abogado correcto, honrado y honesto sea visto como un “tonto”; así Carlos Ramos Núñez cita, en ese sentido la obra “*Un mundo para Julius*” de Alfredo Bryce Echenique: “... Pericote Siles... un personaje risible pero feo, solterón, no muy rico, pero sobre todo, por honesto, vale decir por *cojudo*: el rasgo más imperdonable del fracaso... se levantaba entre sonriente y amnésico, desayunaba apurado y sabía que jugaba a llegar al estudio optimista y atareadísimo, saludando a secretarias, pidiendo llamadas telefónicas, que impresionaban a las secretarias, anunciando que les iba a dictar y fumando, ahí empezaba a creer nuevamente en lo del abogadazo, en lo del solterón interesante, en lo del *play-boy*, en que iba a recoger a la flight hostess, aventura para el club, así era Pericote”¹³⁷.

No en vano Lorenzo A. Gardela esbozó: “El abuso procesal y los demás vicios éticos del proceso no brotan por generación espontánea...proviene de nuestro medio social de nuestro propio mundo jurídico y forense y de nosotros mismos”. En ese sentido, no nos imaginarnos acerca de la intensidad de sentimientos de decepción y frustración que seguramente deben experimentar muchos profesores de derecho procesal civil, práctica forense, derecho constitucional, filosofía del derecho, ética y deontología forense; al ver a más de uno (por decir lo menos) de sus ex alumnos, (hoy abogados) ejerciendo muy campantes y avezadamente portando la camiseta del *improbis litigator*: abusando del proceso, demostrando que todas sus enseñanzas están siendo utilizadas (o tal vez inutilizadas) de la manera más vil como equivocada.

Así, el encontrarnos atravesando una severa crisis de valores, reviste además cierta como evidente ausencia o relativismo de formación humana, la misma que se remonta hasta la educación que se da en los hogares, colegios y centros de estudios. Formación que nos hace además, añorar a la encomiable labor y misión que cumplió el desaparecido gran maestro Constantino Carvalho.

¹³⁷ Cfr. RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *La pluma y la ley. Abogados y jueces en la narrativa peruana*. Lima, PUCP, pp. 147- 148



Pero, a la crisis de valores (verbigracia, de valores como: *justicia, honradez, igualdad, buena fe, libertad, bien común, seguridad, equidad*; entre otros), de formación y educación, lamentablemente se le tiene que agregar la grave crisis por la que actualmente atraviesa la carrera de derecho en el Estado peruano, que según lo señalado por Federico Mesinas Montero: "... dicha crisis puede deber su origen también a una afirmación simple, como ciertamente cuasi irrefutable: ser abogado en el Perú es demasiado fácil, pero ejercer luego correcta y plenamente la profesión resulta muy complicado"¹³⁸.

El problema de la inconducta procesal proviene o se origina desde la educación o formación en la familia (ausencia o defecto de la ética de entrecasa¹³⁹) y continúa a lo largo de los estudios primarios, secundarios, universitarios (*pre grado*), post grado, especialización; entonces es equivocado combatirlo solo a nivel de pre o post grado. El problema de la crisis de la educación jurídica peruana también se debe a que erradamente se cree que la actualización, capacitación y especialización son solo una etapa (es decir, se niega su naturaleza de permanencia) en la vida profesional y el mismo se agrava al entender, estudiar, investigar, enseñar y ejercer el derecho sin tomar en cuenta su multidisciplinariedad.

En ese sentido, dicha vista panorámica nos da una clara señal que la solución no debe estar dirigida al hoy, sino mas bien al antes (es decir, priorizar la prevención a la mera represión o sanción).

Consideramos, imprescindible agregar que la intolerancia, falta de prolijidad y rigor, desidia, apego a la *cultura del mínimo o nulo esfuerzo* y ausencia de estandarización académica de mínimos requerimientos en las distintas facultades de derecho del país le hacen un flaco favor para revertir dicha afirmación. Todo ello aunado a una aún ausente como *urgente e impostergable verdadera política de Estado de formación, capacitación, y especialización jurídica en el Perú* (la misma que en su momento propusimos y desarrollamos¹⁴⁰). Además, la *enseñanza del derecho* debe asumirse utilizando la óptica de la enseñanza activa con materiales de enseñanza; pero debiendo prevalecer la *andragogía jurídica por sobre la enseñanza del derecho*, por ser más

¹³⁸ Vide MESINAS MONTERO, Federico. Día del abogado. ¿Motivo para celebrar?. En Legal Express. Gaceta Jurídica. Nº 63. Lima- Perú. Marzo 2006, p. 06.

¹³⁹ A propósito del nombre de la reciente y saludable columna de una conocida y muy acogida revista sabatina. (Vici CORNEJO, Pedro. Sígueme los buenos. Ética de entrecasa: el fin casi nunca justifica los medios. En: Revista Somos del diario El Comercio. Lima- Perú. Año XXI, Nº 1143, 01/11/2008).

¹⁴⁰ Cfr. TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. Hacia una política de formación, capacitación y especialización jurídica en el Perú. En: Revista Jurídica del Perú (Edición homenaje al Maestro Carlos Fernández Sessarego). Editora Normas Legales. Año LV. Nº 69. Lima- Perú. Octubre/ diciembre 2006, pp. 249- 261.



amplia, ya que comprende i) la educación jurídica (formación con valores) y ii) la enseñanza del derecho (transmisión de conocimientos)¹⁴¹. Enseñanza del derecho que desgraciadamente no se cumple mayoritariamente.

Por otro lado, es menester precisar que estos flajelos (temeridad y malicia –mala fe– procesales) no son nuevos o de hace poco, como tampoco es de carácter exclusivo de nuestro país, mas bien corresponde a una cuasi constante como patética realidad académica y educativa que cobra ribetes mundiales.

Consideramos, (curioso, por decir lo menos) que el hecho mismo que muy pocos, juristas y no juristas, procesalistas y no procesalistas (sobre todo en nuestro medio), se hayan ocupado en desarrollar el tema de la *temeridad y malicia (mala fe) procesales*. Sin embargo, quizá se deba a una motivación de negación o esquite a tratar acerca de algo (conducta procesal temeraria o maliciosa) en que el mismo abogado mayoritariamente incurre. *Actitud de apego a la cultura de la negación* que nos recuerda, los no pocos como infructuosos esfuerzos (no solo de la comunidad latina) de crear un término (siquiera solo uno) para poder denominar la “*acción de decir la verdad*”, ya que a lo único que en una oportunidad se arribó fue a establecer el término “*VERACEAR*” (que deriva de veráz), sin embargo, no tuvo mayor acogida. En consecuencia, hasta la fecha no se cuenta con al menos una palabra para específicamente significar la acción de decir la verdad. Sin embargo, lamentable como abismal es la diferencia que se presenta cuando fue fácilmente posible denominar la “*acción de negar o no decir la verdad*”¹⁴².

Lo planteado implica, pues, que el juez (bajo el principio *iura novit curia*), más que ser el juez del juicio, del expediente o de la causa, debe ser primordialmente el juez del proceso (director), del debido proceso. El juez tiene la obligación de estar muy atento a este tipo de inconductas procesales (*temeridad y malicia- mala fe*). Además, cabe considerar, que lo mencionado representa un verdadero reto, una valla un tanto alta para superar pero no imposible, para ser aplicada diligente, oportuna y en la totalidad de los casos, porque valgan verdades, no solo la elevada carga procesal (ya que el problema de la crisis del poder judicial tiene mas aristas) no le facilita para nada superar dicho reto. Sin embargo, huelga básicamente priorizar

¹⁴¹ Vide TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús. La enseñanza del derecho. En: Revista Jurídica del Perú. Editora Normas Legales. Año LV. Nº 63. Lima- Perú. Julio/ agosto 2005, p. 339.

¹⁴² Para denominar la “*acción de negar o no decir la verdad*”, existe gran cantidad de términos, por ejemplo tenemos: mentir, engañar, embustear, trapalear, bolear, urdir, trufar, embrollar, burlar, timar, tapar, trapacear, embaucar... entre otros. (Veni GISPERT, Carlos (Director). *Diccionario de sinónimos y antónimos*. Editorial Océano. Barcelona-España. S/f, p. 390).



la prevención a la sanción, ya que las normas o el endurecimiento de éstas no conseguirán el cambio de resultados como de actitud.

Empero, analizando más a fondo aún (o tal vez, realmente a fondo), tenemos que señalar que esa incapacidad de poder reflexionar que nos caracteriza como occidentales, no es producto de la casualidad, sino de la causalidad. Así, tenemos que tomar en cuenta que como peruanos (por ejemplo) presentamos inmensas fracturas¹⁴³, ya que no tuvimos las edades del “renacimiento”, ni “ilustración” (nos saltamos con garrocha de la edad antigua a la moderna). En tal sentido, carecemos de la capacidad de repensar, reflexionar, reaprender a pensar a partir de si mismo y su entorno –o simplemente renacer-, así como la pérdida de fe en todo tipo de dogmas; que el renacimiento le otorgó a la Europa en los siglos XI y XV. He ahí la explicación de nuestra gran tara. A dichas fracturas tenemos que agregarles (en palabras el destacado jusfilósofo Juan Carlos Valdivia Cano, en su revelador y agudo ensayo “*la enfermedad del amor*”) el hecho que somos mestizos hechos o resultantes de una suerte de tutifrutti (mezcla) de una cultura autóctona (Inca), moral cristiana, instituciones de poder romanas (Parlamento, Poder Judicial), y estructura mental griega; y griega es o significa (entre otras cosas) platónica. Lo que nos otorga la tendencia de definir las cosas por su objetivo o ideal y no por lo que éstas efectivamente o de manera integral total o completa, son (por ejemplo: cuando nuestra cultura occidental define la palabra amor lo hace idealísticamente (única y unánimemente como algo, noble, sublime y maravilloso)- amor platónico- y no por lo que realmente es en su totalidad, se olvida así de los celos, la traición, el tedio, la mentira, el poder, el desencuentro, la cachetada, el escándalo, el odio, la muerte...). Nuestra cultura, no entiende que finalmente el amor es un problema cronológico, es solo cuestión de tiempo. El amor es una enfermedad crónica (no es que los amantes estén enfermos, sino que Eros mismo lo está.), y así, tarde o temprano (los celos siempre diligentes descifrarán los decepcionantes signos amorosos) el amante pobrará el avinagrado sabor de la lucidez (dicha lucidez está empedrada de desilusiones). Alguien dirá, ¿no hay o existe el amor puro (o solo el de la parte bonita)? (ese amor ando buscando, afirman frecuentemente no pocos). Fernando Savater responde por cierto afirmativamente, pero refiere que solo el amor de King Kong (el más alto, grande, que todo lo espera y todo lo da –a cambio de nada-; único y “verdadero” amor que solo apareció en la pantalla grande), Así, no ser platónico es ir más allá de Platón, entonces, es aceptar que el danubio no es azul, es sucio, marrón, agua con barro y aceite (por decir lo menos). Por eso,

¹⁴³ Cfr. VALDIVIA CANO, Juan Carlos. Ob. cit., pp. 43- 44.



Juan Carlos Valdivia Cano considera que en asuntos de amor, mejor situado que Platón está Zarathustra (“amor: en los medios la guerra, y en el fondo odio eterno entre los sexos”). Luego, a la luz de las carencias¹⁴⁴ occidentales y peruanas reseñadas, nos huelga citar a Ortega y Gasset (“el hombre no es tal, sino es él y sus circunstancias”) para tener en cuenta que todo lo que nos ocurrió como cultura, trajo como resultado lo señalado y lo cual no se puede salvar o pasar por alto así nomás¹⁴⁵. Finalmente, dejamos constancia que solo planteamos un término como ejemplo, aparentemente sencillo (amor), con lo cual se pudo ver el desastroso “problema” que desencadenó (amor platónico); así, imaginemos lo que ocurre cuando se investiga, discute, analiza y “reflexiona (reiteramos que reflexionar proviene de renacer/volver a pensar/aprender de los errores; es decir, del aprendizaje otorgado por la época del renacimiento europeo, la misma que no tuvimos)”, acerca de temas de derecho como lo son, verbigracia, específicamente la temeridad o mala fe (malicia) procesales.

Por otro lado (si con todo lo señalado, no bastara), actualmente hasta pareciera que muchos letrados habrían perdido el norte o verdadero sentido de la profesión que no es otra que la “*justicia y corrección*”, ya que muchas veces parecen estar más preocupados en adoptar o aparentar insospechadas y hasta risibles actitudes como formas idiomáticas que les son inapropiadas (utilizar una surte de *latíñol pseudo jurídico*, es decir, hablar en latín y español a la vez o alternadamente con palabras carentes de naturaleza jurídica) y totalmente ajenas (*spanGLISH pseudo jurídico*, es decir, lo mismo pero con la utilización del español e inglés); debido principalmente a que: i) dichas formas idiomáticas no son válidas como idioma oficial de Estado alguno ii) no corresponden necesariamente a terminología jurídica en inglés- al menos la mayoría- porque simplemente son palabras de uso diario y común traducidas al inglés e incluidas como lenguaje abogadil; peor aún cuando se fuerzan palabras no técnicas o jurídicas del inglés para adaptarlas al lenguaje técnico peruano, iii) solo es utilizada para proyectar una imagen distinta a la

¹⁴⁴ Carencias (de edades) y fracturas (culturales) que también pueden ser investigadas y analizadas por los ciudadanos de cada Estado o país occidental, respecto de su caso concreto; a efectos de poder realmente entender su propia naturaleza y acceder a al estado de lucidez que refiere Juan Carlos Valdivia Cano; para luego, realizar lo propio al respecto.

¹⁴⁵ Sin embargo, no podemos dejar de resaltar que siempre es bueno o saludable conocerse realmente a si mismo (ya sea como persona, como ciudadano, como nacional o como parte de una cultura). Sea cual fuere a la conclusión o verdad a la que arribemos. La verdad (simplemente), por cruda que sea, no mata, solo aturde un poco; pero luego, a partir de ella, podemos efectivamente empezar a ir en busca de nuestra propia solución o evolución. Así, acertadamente se sentencia “*conócete, acéptate y supérate*” y “*para saber donde dirigirte, primero debes tener conocimiento acerca de donde te encuentras*”, además. En consecuencia, es falso como erróneo que alguien pretenda superarse sin previamente haberse conocido y aceptado, o que quiera ir o conseguir algo (la superación o el éxito, por ejemplo), sin tener la menor idea acerca de donde y como se encuentra inicialmente.



real o un supuesto elevado nivel profesional y académico jurídico que muchas veces ciertamente no se tiene, iv) al impostar dicha actitud lo único que se consigue es evidenciar una patética falta de madurez y propiedad no solo al expresarse (vulgarización del derecho y de la profesión de abogado), porque no es correcto que siendo abogados se expresen o conduzcan como si no lo fueran, y v) demuestra una falta de respeto a la majestad de la profesión de abogado, a sus colegas y finalmente a ellos mismos.

Dicho comportamiento referido en el párrafo anterior, es exquisita, cruda, directa y ampliamente reseñado (advertencia: cualquier parecido del caso particular de un letrado con los hechos narrados, no se achacan únicamente a la tan mentada *pura coincidencia*, sino mas bien a la mera y triste realidad, además, invocamos recurrir, según el caso, sesudamente a la autocrítica y autoanálisis- nosotros ya hicimos lo propio respecto de los que nos toca-; así que quien se pica pierde), con la maestría que lo caracteriza, por el profesor Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena: "...estando en la fila de los ascensores del edificio de los juzgados oí que una persona (supuse que abogado, pero dudo que letrado) le decía con énfasis a otra que venia a reclamarle a un juez porque éste le había *dismissido* la demanda de un caso que patrocinaba. Como su interlocutor asentía insinuando que coincidía con la apreciación, no quise resistirme a la curiosidad y agucé el oído por si había escuchado mal. Pero no me equivocaba, no: el enojado sujeto seguía acalorándose y protestando por lo del *dismiss*... después de unos minutos caí en la cuenta, anticuado y lerdo de mi, que lo a lo que se refería el abogado que con tanto lustre pretendía expresarse era a que el juez le había declarado inadmisibile por no tener razón. ¡Inefable empleo del término *dismiss*, que en ingles se emplea a veces para significar el rechazo de un pedido!. No puede refrenarme, porque mi paciencia es mucho más reducida que la fila en la que estaba. Y aún a riesgo de que me juzgaran de impertinente (que seguramente lo hicieron) me inmiscuí en el diálogo para decirle a quien así se expresaba que no era necesario recurrir a extranjerismos cuando tan bien nos podemos entender en español. ...los abogados, desgraciadamente no nos quedamos a la zaga. En textos y manifestaciones orales, muchos parecer disfrutar acometiendo lengua o pluma en ristre contra nuestro castellano. Para no quedar como indoctos o faltos de buen estilo, desde antaño es casi de regla en nuestra profesión legal despachar de tanto en tanto unas palabritas en latín. (O en lo que a él pudiera parecersele, como decir- prometo que lo he oído- que fulanito de tal había hecho algo de *mutuo proprio*). Pero para no estar desfasados hogaño hay que introducir algunos términos anglosajones. ...para *marketarse* bien y estar



apropiadamente *rankeado* el abogado que se precie no debe decir que ha preparado el estatuto, eso lo hace cualquiera. Antes bien debe prestigiarse, engolar la voz y afirmar que *ha producido un documento* con los *by laws*. Pero queda mejor aún si, le *puntualiza* a su oyente (esto es, lo llena de puntos) que por *mail* (y no por correo electrónico) la ha *forwardado* (y no enviado o transmitido) un *draft* (¡qué ordinario y chabacano suena eso de propuesta, proyecto o borrador!) del *shareholders agreement*, al que el urgido cliente (porque los *closing* de acuerdos no admiten dilaciones) podrá *accesar* en diligente uso de su avanzada y completísima *palm*. El abogado que en esta área ejerce ya no lo hace en Derecho Societario, que parece plebeyo o poco serio, sino que se dedica al *corporative law*. Porque lo suyo, ¡faltaría más!, es el mundo del *business*, que es más provechoso que los decadentes y manidos Derecho Civil, Comercial o Penal... la tarde del abogado transcurre entre *meetings*, *conference calls* y *working papers*. Además, ha tenido que ir a una repartición pública para que le *fedateen* un documento. Ocupado con tantas cosas, si su secretaria le avisa que un cliente le llama por teléfono le responde, *contéstale que no me encuentro*. Y la secretaria dirá: *el doctor no se encuentra*. Con lo cual quien llamó tal vez quede perplejo y preguntándose si debe buscar otro abogado, pues como el que lo atendía *no se encuentra*, sin duda se ha perdido, se ha extraviado sin saber donde, o está tan perturbado que no puede encontrarse a sí mismo. Y claro, después del agotamiento que producen tales jornadas laborales a *full* con tanta fatiga de la sustancia cerebral como por cierto requiere esfuerzo de expresarse mal en dos idiomas, y como es viernes empieza el *week end*, el abogado no se puede quedar en *stand by* en *lo que resta* (por lo que falta de la noche). De modo, pues, que *especula* sobre que hacer, en vez de detenerse a pensar sobre sus alternativas de distracción. Pero decide irse a dormir, porque ha sido extenuante tener a las neuronas haciendo piruetas para entenderse en el nuevo Babel”¹⁴⁶.

Por otro lado, dado que el *debido proceso* se encuentra reconocido en sus tres dimensiones: i) “*jurisdiccional*”, que garantiza un proceso debido a nivel judicial, arbitral y militar, ii) “*administrativo*”, que garantiza lo propio en sede de la administración pública, iii) “*corporativo particular*”, que garantiza también un debido proceso entre particulares; y tomando en cuenta que la normatividad referida solo se encuentra orientada a la comisividad de la temeridad y malicia procesales, es decir, solo a nivel procesal jurisdiccional; concluimos lógicamente en señalar que no es óbice para que dichas negativas prácticas procesales no se encuentren presentes (o no

¹⁴⁶ Vici LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Los yuppies, algunos abogados y el nuevo idioma. En Legal Express. Gaceta Jurídica. Nº 44. Agosto 2004, pp. 10-11.



tengan incidencia) en los niveles procesal administrativo y procesal corporativo particular.

La temeridad y mala fe (malicia) procesales no se encuentran debidamente deslindadas – diferenciadas – en los siete incisos del artículo 112 del Código Procesal Civil peruano. Es más, dicha situación (a juzgar por el análisis de sus respectivas jurisprudencias), tampoco la tiene clara el Tribunal Constitucional peruano. Además, a nuestro entender es injusto- tanto para los sujetos pasivos de la malicia, como para el derecho- que el inciso 6 del citado artículo exija que la misma tenga que ser “reiterada” para que se configure como tal. Así también es injusto para los mismos la no diferenciación señalada.

Además, cabe tomar en cuenta que la sola mención de seguridad *cien por ciento* (ya sea vía solicitud o promesa) acerca de la eventual culminación favorable de una causa judicial (salvo se trate de casos excepcionales, por propia naturaleza) nos da una señal inequívoca que lo que se pretende es utilizar todos los medios (temeridad y malicia procesales, incluidas) para la concreción de dicho cometido; es decir, no se puede prometer la seguridad absoluta de ganar un juicio, ya que el ejercicio del derecho tiene la naturaleza de medios y no de resultado.

No somos médicos, pero, nos atrevemos a mencionar (sin temor a equivocarnos) que la sociedad jurídica peruana (no solo peruana) yace infectada de los virus de la temeridad y malicia (mala fe) procesales: presa de los virus “*temerarius*” y “*maliciarius*”, por así decirlo. Pero como en medicina el enfermo si desea curarse, es sabido, que en primer lugar debe aceptar que tiene o padece una enfermedad; en similares términos señalamos que la sociedad jurídica (no solo jurídica) solo podrá aminorar o combatir frontalmente a dichos virus si antes reconoce su situación actual – encontrarse *envirada* de ellos– (ya que lo peor que se puede hacer frente a un problema, mas aún si es evidente, es desconocerlo o negar su existencia); en consecuencia, nos queda realizar un previo *mea culpa* respectivo, ya que nada ganamos si optamos o reincidimos por la cuasi institucionalizada *conducta o actitud de la no aceptación o negación de la realidad* (de la desoladora realidad diremos).

Solo hemos expuesto algunas ideas y reflexiones de temas (flajelos fundamentalmente de origen y práctica humanos) tan amplios, profundos como apasionantes, los cuales claman desde hace mucho aportes, pero sobre todo acciones que se caractericen como aseguren su oportunidad, utilidad, proporcionalidad, prudencia y excepcionalidad. No abrigamos quimeras que persigan la desaparición o eliminación pronta o lejana de la práctica de la temeridad y mala fe (malicia) procesales.



Es preciso dejar constancia que el presente escueto trabajo no contiene la aspiración de constituirse en una especie de “*Teoría General de la Temeridad y Malicia (mala fe) procesales*”, muy por el contrario, lo que nos mueve es que únicamente sea apreciada como solo una herramienta de consulta; empero, más aún nos motiva el hecho de llamar a la reflexión (por ende a la actuación madura y razonada, en consecuencia) sobre estos temas/problemas como son la temeridad y la malicia (mala fe) procesales que conllevan al abuso del derecho en perjuicio del sujeto procesal pasivo tanto como a la naturaleza del derecho (los que además, ponen en serios aprietos a la legitimidad del derecho y justicia, al encontrarse a merced de los actores procesales que abusan del derecho en el proceso). Con el solo hecho que el presente trabajo sea eventualmente considerado (*puesto sobre el tapete de cualquier palestra académica*), debatido, analizado, reflexionado, profundizado, criticado y tal vez puesto en práctica (aunque escasamente); nos daremos amplia y complacidamente por servidos.

XV. SUGERENCIAS

Dado que la creciente incidencia de la temeridad y malicia (mala fe) procesales peruana son básicamente producto de la crisis de valores que nos agobia y que hace mucho hace agua por todos lados; sugerimos la inmediata *implantación de una decidida, efectiva y sostenida política de Estado de inculcado de valores en la educación inicial y primaria* principalmente, porque por psicología se tiene conocimiento que el ser humano asimila, aprende y fija los valores hasta la edad de doce años. Luego de esa edad, desde el punto psicológico (reiteramos), es prácticamente insulso modificar, en este caso, para mejor el aspecto axiológico de cada persona.

Proponemos el *urgente desarrollo (por parte del Tribunal Constitucional peruano) de los supuestos y significados de la mala fe (malicia) y temeridad procesales, así como sus respectivos deslindes de los siete incisos del artículo 112 del Código Procesal Civil peruano*. Desarrollo y deslindes que contribuirán en gran medida a la correcta determinación (de la existencia y efectos), y sanción de dichas prácticas procesales negativas. Además, incluir en dicho artículo el término malicia como sinónimo de mala fe, por ser más técnico legislativamente.

En tal sentido sugerimos, que para efectos del respectivo desarrollo y deslinde legislativo, así como de aplicación de políticas de Estado destinadas a conseguir el aminoramiento de su incorrecto accionar, reiteramos, que es imprescindible que *los mismos no solo deben estar orientados al nivel o dimensión procesal jurisdiccional, sino también, en los niveles procesal*



administrativo, como procesal corporativo particular.

Proponemos la urgente e insoslayable creación e implantación de un *Registro Nacional e Internacional Integrado Judicial y Extrajudicial (Militar, Arbitral, Comunal y Administrativo, entre otros) de Temerarios y Maliciarios Procesales* el cual contenga el archivo unificado de los sujetos procesales que incurrieron en temeridad y/o malicia (mala fe) procesales, debiendo a la vez permitir las búsquedas por nombre de la persona, proceso, vía procesal y por número de expediente, para lo cual se deberá diseñar un programa informático especial creado en un gestor de base de datos; debiendo ser accesible a la población en general vía Internet. Consideramos que la creación de dicho registro contribuirá decididamente a la disminución paulatina de dichas prácticas tan perjudiciales para el derecho como para la sociedad.

Creemos que es inadecuado exigir que la actitud maliciosa o de mala fe (la misma que a nuestro entender se refiere el inciso 6 del artículo 112 del Código Procesal Civil peruano) tenga que ser “reiterada”; en primer lugar, porque la naturaleza misma de dicha práctica procesal negativa revela maldad (malicia), es decir, mayor gravedad que la temeridad; y en segundo lugar, porque inexplicablemente y de manera desproporcionada solo se exige (tal reiteración) a la malicia regulada en dicho inciso, pero sin embargo no ocurre lo mismo en ningún otro inciso del citado artículo.

Consideramos que las denominaciones más apropiadas (en lugar del *abuso del derecho*) son: *“abuso del proceso”, “abuso en el proceso” o “abuso de los derechos procesales”,* dado que, si bien es cierto, que lo se persigue es modificar, prolongar o postergar- sacando ventaja de manera ilegítima- la sentencia o sus efectos; para tal fin se hace uso abusivo de inconductas a nivel procesal; ergo, se abusa específica e inicialmente del o en el proceso.

XVI. PROPUESTA LEGISLATIVA

Finalmente, luego de haber desarrollado los temas de la malicia (mala fe) y temeridad procesales, haber esbozado las respectivas conclusiones y sugerencias - utilizando las consideraciones y precisiones conceptuales de la presente investigación anteriormente expuestas (en el acápite: *“el artículo 112 (“no deslindado”) del Código Procesal Civil peruano”,* del presente trabajo)-, procedemos a formular la propuesta legislativa.

Así, es necesario que el art. 112 del Código Procesal Civil peruano, (dado que solo se limita a indicar *“se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos”,* sin determinar



específicamente que incisos están referidos a la temeridad y cuales a la mala fe, además de tomar en consideración que temeridad y mala fe no son sinónimos, como si lo son -desde nuestro punto de vista- la mala fe respecto de la malicia procesal y finalmente aprovechar para suprimir el término “reiteradamente” del inciso 6 del artículo señalado), sea sustituido por el siguiente texto:

“Art. 112 del Código Procesal Civil peruano:

112.1. Se considera que ha existido temeridad procesal en los siguientes casos:

i) Inc.1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio.

ii) Inc. 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.

iii) Inc. 3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente.

112.2. Se considera que ha existido mala fe (malicia) procesal en los siguientes casos:

i) Inc. 1. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.

ii) Inc. 2. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios.

iii) Inc. 3. Cuando por cualquier medio se entorpezca el desarrollo normal del proceso;

iv) Inc. 4. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación (Inciso agregado por el Artículo 2 de la L. N° 26635, en fecha 23-06-96)”.

XVII. BIBLIOGRAFIA

Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Tomo IV, segunda parte. Segunda edición. Ediar S. A. Editores. Buenos Aires- Argentina. 1961.

Alzamora Valdez, Mario. *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*. Sétima edición. Tipo- Offset-Sesator. Lima- Perú. 1981.

_____. *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*. Octava edición. Ediciones Eddili. Lima- Perú.

Bidart Campos, Germán J. *Derecho Constitucional*. Tomo I. Ediar. Buenos. Aires. 1968.

Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Abeledo- Perrot. Buenos Aires. 1992.

Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo I. 23ª edición, revisada, actualizada y ampliada. Editorial Heliasta. Lima- Perú. 1994.

Capitant, Henri. *Vocabulario jurídico*. Ediciones Depalma. Buenos aires- Argentina. 1986.



- Carnelutti, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Vol. I. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959.
- Castillo Alva, Luís. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Tomo I. Palestra Editores. Lima- Perú. Enero 2006.
- Castillo Quispe, M. y Sánchez Bravo, E. *Manual de derecho procesal civil*. Jurista Editores. Lima- Perú. Enero 2007.
- Chanamé Orbe, Raúl. *Diccionario jurídico moderno*. 3ª edición. Lima- Perú. 2002.
- Chiauzzi, Honorato. *Derecho romano*. Ediciones Peisa. Lima- Perú. 1982.
- Chiovenda, Guiseppe. *Condena en costas*. Valletta Ediciones. Argentina. 2004.
- Cornejo, Pedro. *Síganme los buenos. Ética de entrecasa: el fin casi nunca justifica los medios*. En: Revista *Somos* del diario El Comercio. Año XXI, Nº 1143, 01/11/2008.
- Couture, Eduardo J. *Vocabulario jurídico*. Ediciones Depalma. Buenos Aires- Argentina. 1983.
- _____. *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo III. Segunda edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires- Argentina. 1978.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso*. Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires- Argentina. 1984.
- Díaz Revorio, Francisco Javier (Compilador). *Jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos*. Palestra editores. Lima- Perú. 2004.
- Espinoza Zevallos, Rodolfo J. *Los principios procesales específicos del Código Procesal Constitucional peruano (Art., III del T. P.), en El derecho procesal constitucional peruano*. Editora Jurídica Grijley. Lima, 2005.
- Fernández de León, Gonzalo. *Diccionario jurídico*. Ediciones contabilidad moderna. Buenos Aires- Argentina.
- Gozaini, Gonzalo Alfredo. *Elementos de derecho procesal civil*. Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera. Buenos Aires. 2005.
- _____. *La conducta en el proceso*. Librería Editora Platense S.R.L., Buenos. Aires. 1988.
- Guasp, Jaime. *Derecho procesal civil*. Tomo primero. 4ª edición. Editorial Civitas. Madrid- España. 1998.
- Hinostroza Minguez, Alberto. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Segunda edición actualizada. Gaceta Jurídica. Lima- Perú. Enero 2006.
- Iglesias, Juan. *Derecho romano*. 7ª edición. Editorial Ariel. S.A. Barcelona. 1982.



- Infantes Mandujano, Pedro Adrián. *Diccionario jurídico*. 1ª edición. Ediciones legales. Lima- Perú. Agosto 2000.
- Landa Arroyo, César (Compilador). *Jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*. Palestra editores. Lima- Perú. 2005.
- Lohmann Luca de Tena, Juan G. *Los yuppies, algunos abogados y el nuevo idioma*. En Legal Express. Nº 44. Gaceta Jurídica. Lima- Perú. Agosto 2004.
- Lorenzzi Goicochea, Raúl. *Diccionario jurídico Tesouro*. Librería y Ediciones jurídicas. Lima- Perú. Septiembre 2005.
- Masías Zavaleta, Demetrio. *Diccionario jurídico*. Editorial Adrus. Arequipa- Perú. 2004.
- Maurino, Alberto Luís. *Abuso del derecho en el proceso*. Editorial La Ley. Argentina. 2001.
- Mesía, Carlos. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Segunda edición aumentada. Gaceta Jurídica. Lima- Perú. Noviembre 2005.
- Mesinas Montero, Federico. *Día del abogado. ¿Motivo para celebrar?*. En Legal Express. Nº 63. Gaceta Jurídica. Lima- Perú. Marzo 2006.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Principios de derecho procesal civil*. Tercera edición. Editorial Temis. Bogota- Colombia. 1988.
- Morales Godo, Juan. *Instituciones de Derecho Procesal*. Primera edición. Palestra Editores. Lima- Perú. 2005.
- Naymark y Cañadas, Adán. *Diccionario jurídico Forum*. Editorial bibliográfica argentina. Buenos Aires- Argentina. 1946.
- Novak, Fabián y Namihas, Sandra. *Derecho internacional de los derechos humanos*. Academia de la Magistratura. Lima –Perú. 2004.
- Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, Adolfo. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Tomo II. Editorial. Rubinzal Culzoni, Santa Fe. 1992.
- Palés, Marisol (Directora). *Diccionario jurídico Espasa Lex*. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid. 2002.
- Palomino Manchego, José F. (Coordinador). *El derecho procesal constitucional peruano*. Editora Jurídica Grijley. Lima- Perú. 2005.
- Paredes Infanzón, Jelio. *Diccionario de Derecho Procesal Civil peruano*. Editorial San Marcos. Lima- Perú. 1999.



- Peyrano, Jorge W. (Director). *Abuso procesal*. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. 2001.
- Rambaldo, Juan A. *El abuso procesal*. En *Abuso procesal*. PEYRANO, Jorge W. (Director). Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. 2001.
- Ramos Núñez, Carlos. *La pluma y la ley: abogados y jueces en la narrativa peruana*. Fondo editorial de la Universidad de Lima. Primera edición. Lima- Perú. 2007.
- Ribó Duránd, Luís. *Diccionario de derecho*. Editorial Bosch. Barcelona- España. 1987.
- Ruiz García, Abado D. y Almeida, Orlando. *Diccionario jurídico & latino*. Edigraber. Lima- Perú. 2004.
- Sagástegui Urteaga, Pedro. *Exégesis y sistemática del Código Procesal Civil*. Volumen I. Primera edición. Editora Jurídica Grijley. Lima- Perú. 2003.
- _____. *Teoría general del proceso judicial*. Primera edición. Editorial San Marcos. Lima- Perú. 1996.
- Torres Manrique, Fernando Jesús. *La enseñanza del derecho*. En: Revista Jurídica del Perú. Editora Normas Legales. Año LV. Nº 63. Lima- Perú. Julio/ agosto 2005.
- Torres Manrique, Jorge Isaac. *Derecho global y neoconstitucionalismo: Teorías jurídicas contemporáneas*. En: Revista de Derecho, Empresa & Negocios. Talleres Gráfica Anita. Lima- Perú. Año 02. Nº 04. Abril- mayo. 2008.
- _____. *Temeridad y malicia procesales en el sistema jurídico peruano*. En Revista Jurídica del Perú de Editora Normas Legales (Tomo Nº 98, abril 2009, pp. 303-322).
- _____. *Piero Calamandrei Pimpinelli: gran maestro y procesalista de la juridicidad mundial*. En: Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano, "Jurídica". Lima- Perú (Nº 194, 15/04/2008).
- _____. *Hacia una política de formación, capacitación y especialización jurídica en el Perú*. En: Revista Jurídica del Perú. (Edición homenaje al Maestro Carlos Fernández Sessarego). Editora Normas Legales. Año LV. Nº 69. Lima- Perú. Octubre/ diciembre 2006.
- Valdivia Cano, Juan Carlos. *La caja de herramientas (Introducción a la investigación jurídica)*. Impresiones Zenith. Arequipa- Perú. 1998.
- VV. AA. *Debido proceso*. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires- Argentina. 2003.
- VV. AA. *Diccionario jurídico*. Editorial San Marcos y Ediciones legales. Lima- Perú. 2005.
- VV. AA. *Orientaciones y tendencias sobre el Código Procesal Civil*. En: Revista *El Derecho*. Publicación oficial del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa. Arequipa- Perú. Diciembre 1993.



Vargas, Abraham L. *El ejercicio abusivo del proceso (criticismo y relativismo filosófico- científico vs. Existencialismo y realismo legislativo, jurisprudencial y doctrinario)*. En *Abuso procesal*. Peyrano, Jorge W. (Director). Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. 2001.

Varsi Rospigliosi, Enrique. *Derecho deportivo en el Perú*. Fondo editorial de la Universidad de Lima. Primera edición. Lima Perú. 2008.

_____. *El juego limpio y la incertidumbre de nuestro derecho*. En Legal Express. Gaceta Jurídica. Año N° 06. N° 67. Lima Perú. Julio 2006.

Zavaleta Gonzáles, Wilvelder. *Código Procesal Civil*. Tomo I. 5ª edición. Editorial Rodhas S.A.C. Lima- Perú. 2006.