
XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal

(Santa Fe, Argentina, 8-9-10 de junio de 2011)

- **Comisión:** Derecho Procesal Civil
- **Tema:** ¿Qué es verdaderamente un principio procesal? ¿Cuál es su utilidad? Los principios procesales con raíces constitucionales y convencionales. La proscripción de formas abusivas, homogéneas o heterogéneas.
- **Título:** Los Principios Procesales (autoridad imparcial y ejercicio abusivo del derecho)
- **Autor:** Mario Claudio Perrachione
- **Colaboradores:** Alejandro H. Kuznitzky - Mariela Zanor - Laura Roggero - Luciano Barrios - Gerardo R. Isoardi

Correo electrónico: perrachione@arnet.com.ar

Síntesis: El objeto de estudio del presente trabajo son los *principios procesales* como una especie de los *principios generales del derecho*. Analizamos las dificultades que existen en el Derecho Procesal para establecer la naturaleza, la estructura y la función que los principios citados cumplen como *guías o directrices* dirigidas tanto al legislador y al intérprete.

El análisis parte de considerar a los nombrados principios como *presupuestos políticos o líneas generales* que se deben dar en un sistema procesal determinado para que el mismo supere el *standard* de constitucionalidad.

A los citados principios se los distinguirá de los *sistemas o tipos procesales*, como asimismo de las *reglas o máximas procesales*; y finalmente se analizará el *principio de autoridad imparcial y dentro del principio de moralidad, el ejercicio abusivo del derecho aplicado al proceso*.

LOS PRINCIPIOS PROCESALES (Autoridad imparcial y ejercicio abusivo del derecho)

*Mario C. Perrachione**

Sumario: A) Primera parte: 1. Introducción - 2. Concepto - 3. Principios Procesales - 4. Naturaleza - 5. Origen - 6. Estructura - 7. Función - 8. Principios procesales y disposiciones constitucionales - 9. La justicia y la seguridad jurídica como valores.
B) Segunda parte: 1. Principio de autoridad imparcial - 2. Ejercicio disfuncional del derecho - 3. Conclusión.

A) PRIMERA PARTE

1. Introducción

El objeto de estudio del presente trabajo son los *principios procesales* como una especie de los *principios generales del derecho*. Analizamos las dificultades que existen en el Derecho Procesal para establecer la naturaleza, la estructura y la función que los principios citados cumplen como *guías o directrices* dirigidas tanto al legislador, cuanto al intérprete (en el caso de que existan vacíos o lagunas legales) (arts. 16 Cód. Civ. y 887 Código Procesal de Córdoba, en adelante: CPC).

Consideramos que los principios nombrados son *presupuestos políticos o líneas generales* que se deben dar en un sistema procesal determinado para que el mismo supere el *standard* de constitucionalidad exigido por el art. 18 CN y normas concordantes de los Pactos Internacionales -que integran el *bloque de constitucionalidad*- (art. 75, inc. 22 CN).

Establecimos que los principios son 5 a saber: 1) autoridad imparcial; 2) bilateralidad de audiencia; 3) economía procesal (de actividad y de gastos); 4) moralidad o buena fe y 5) formalidad. Distinguimos los principios enumerados, de los *sistemas o tipos procesales*, como asimismo de las

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Univ. Nac. de Córdoba y Profesor Adjunto de *Derecho Procesal Civil y Comercial*; de *Procedimientos Especiales y Estrategias Procesales e Investigador*, de la Univ. de Ciencias Empresariales y Sociales -Delegación San Francisco (Córdoba).

Colaboradores: Alejandro H. Kuznitzky, Mariela Zanor, Laura Roggero, Luciano Barrios y Gerardo R. Isoardi

reglas o máximas procesales; y finalmente analizamos el principio de autoridad imparcial y dentro del principio de moralidad, el ejercicio abusivo del derecho aplicado al proceso.

El método empleado no es novedoso sino clásico. Partimos de la observación del objeto en estudio. Nos planteamos hipótesis explicativas y mediante comparaciones en uno u otro sentido, procuramos llegar a conclusiones mediante la deducción, inducción, análisis y síntesis.

2. Concepto

Etimológicamente, la expresión principio, deriva del latín "principium, ii, derivado de princeps, ipis "príncipe". En la prehistoria, principium significaba indudablemente "comienzo", que se designaba así porque la comida o ceremonia religiosa o reparto del botín comenzaba cuando el "princeps" elegía su parte. En tiempos históricos, significa "comienzo" y "origen", y en la época clásica se usa el plural "principia, -orum para designar una "norma" o "principios"¹

Principio es una palabra heredada de Aristóteles para aludir al tipo de enunciado que se encuentra al comienzo de una disciplina científica. No se trata, por ejemplo de señalar lo que metafísicamente constituiría una sustancia básica de lo existente. Tampoco tiene una connotación ética, como cuando los políticos afirman ser hombres de principios. En este caso, principio significa algo mucho más modesto y cotidiano: punto de partida o inicio a partir de los cuales mediante un método deductivo se construye o desarrolla el resto de la estructura teórica²

En el campo jurídico los principios generales del derecho están previstos en el art. 16 Cód. Civ., al disponer: "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho". En sentido concordante art. 11 LCT dispone: Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las

¹ Couture, Eduardo J., "Vocabulario Jurídico", Depalma, Bs. As., 1997, p. 476

² Klimovsky, "Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología", AZ editora, Bs. As, 2001, p. 164

normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho, la equidad y la buena fe”

Estas normas que tiene su origen en el racionalismo dieciochesco y en la escuela de la exégesis, le otorgan preeminencia a la ley como la fuente por excelencia idónea para resolver los casos judiciales, y sólo en el caso de que la cuestión no estuviere prevista en la ley (laguna legal), el interprete debe recurrir, para resolver el asunto, primero a la analogía y por último a los principios generales del Derecho.

El legislador estableció a los principios generales como última fuente hermenéutica, frente a casos de laguna o vacío de la ley, porque mediante la aplicación de ellos se entroniza la Filosofía del Derecho, con las polémicas que en esa disciplina existen al respecto³.

3. Principios procesales

A semejanza de lo dispuesto por el art. 16 CC, en el CPC, el sistema interpretativo está previsto en el art. 887, que dispone: "En caso de silencio u oscuridad de este código los tribunales arbitrarán la tramitación que deba observarse de acuerdo con el espíritu que le domina, leyes análogas y los principios generales que rigen en materia de procedimientos"⁴

En el Derecho Procesal los autores polemizan sobre qué son, cuáles son, y cuántos son los denominados "principios formativos o reguladores del proceso"; de allí que Clemente Díaz se pregunte si se trata de los postulados perennes de la ciencia procesal, como dijo Chiovenda y apoya Couture. O si se trata simplemente de formas y sistemas adoptados por la legislación universal como sostiene Alsina. O si se trata de líneas matrices dentro de las cuales han de desarrollarse las instituciones del proceso (Podetti). Si son principios jurídicos o políticos y si tienen o no significación axiológica?⁵.

³ Vargas, Abraham L., "Derecho Procesal..", t. 1, Edic. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, ps. 234/ 235

4

Ver Barrios de Angelis, Dante, "Cómo comprender el Código del Proceso Penal", revista uruguaya de derecho procesal, Fundación Cultura Universitaria, 1998, 3, 4, p. 232

⁵ Díaz, Clemente A., "Exégesis del art. 23, Ley 14.237", Revista de Derecho Procesal, año XI (1953), p. 273. Sobre la polémica científica acerca del origen, alcance, la estructura y la función de los principios, ver Leguina Villa,

La contestación precisa de todos estos interrogantes reviste trascendencia para considerarlo al Derecho Procesal como disciplina jurídica autónoma, con caracteres propios, pues la autonomía de cada una de las disciplinas jurídicas, requiere de la existencia de principios propios que la diferencian de las demás⁶.

4. Naturaleza

Fairén Guillén⁷ cita a J. Goldschmidt⁸ y dice que los principios de la política procesal no son otra cosa que segmentos de la política estatal. Se refiere a principios políticos extraprocesales, que influyen en lo político y técnico procesal. Habla de principios o sistemas procesales que tienen el opuesto

Clemente Díaz, sostiene que los principios procesales son los "presupuestos políticos que determinan la existencia funcional de un sistema procesal determinado"⁹

El carácter *político* que tienen los principios procesales se manifiesta, en que ellos responden a las necesidades propias del tiempo y del lugar en que han de aplicarse¹⁰ y no tienen una estructura *prescriptiva*, como las normas jurídicas, sino una enunciación genérica de orientaciones e ideales de política legislativa¹¹. En efecto, son enunciados teleológicos, que se

Jesús, "Principios Generales del Derecho y Constitución", en Rev. De Administración Pública, Madrid N° 114, setiembre-diciembre, 1987, p. 170, citada por Ivanega, Miriam, "Procedimiento Administrativo: Las dimensiones del principio de verdad material", La ley, 14-12-010, p. 1, nota 1

⁶ Cfr. Piña, María del Carmen, "La condición laboral y el principio protectorio", Lerner, Cba. 2007, n° 2.1, apart. 2, p. 125

⁷ "La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio español (la conformidad del acusado)", Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas del UNAM www.juridicas.unam.mx- www.derecho.unam.mx, n° 1, ps. 125/ 126

⁸ "Problemas jurídicos y políticos del proceso penal", Barcelona, 1935, p. 67

⁹ "Instituciones de Derecho Procesal" t. 1, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968 p. 212

¹⁰ Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil", t. 1, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1979 -2° ed., 1° reimpresión, p. 251

¹¹ En sentido concordante Gozaíni, Osvaldo ("El principio de congruencia frente al principio dispositivo", en XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado del 8 al 10 de noviembre de 2007 en Mar Del Plata. Ponencias Generales, Relatos Generales, Trabajos seleccionados, n° 2, p. 47), afirma que "los principios no son reglas técnicas, sino imperativos que guían el procedimiento de jueces y abogados. Por eso también se pueden presentar como garantías procesales". En este orden de ideas Berizonce, Roberto O. ("El "bloque de constitucionalidad" como pivote de las políticas públicas en el área de Justicia", La Ley, 09-03-11, p. 1, n° II, nota 3), sostiene que las normas pueden dividirse en reglas y principios; entre las cuales existe una diferencia no sólo gradual, sino cualitativa. Los principios, dice, son mandatos de optimización; en cambio, las reglas solo pueden ser cumplidas o no, desde que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible con cita de Alexy, R., "Teoría de los derechos fundamentales" Centro de Estud. Polit. y Const., Madrid, 2002, 3° reimpresión, traducción Garzón Valdés, ps. 82/ 90; 98/ 101. En cambio, Falcón, Enrique ("Principios Procesales del Proceso Colectivo", trabajo presentado en el Congreso Nacional de Derecho Procesal de Sta. Fe, n° 2), identifica los principios con las reglas jurídicas al afirmar que ellos son reglas que han adquirido una categoría

distinguen de las reglas de conducta contenidas en las normas, por el hecho de que no prescriben un comportamiento determinado, sino que recomiendan un fin a conseguir v gr. el principio de moralidad tiende a que los sujetos que intervienen en el proceso actúen de buena fe¹²

Lo que no debe hacerse, es confundir los principios, con las reglas o normas jurídicas de contenido *vago o genérico*; los principios, son enunciaciones de corte *axiológico* y *valorativo* que sirven como guía hermenéutica del legislador y del juez; en cambio, las reglas o normas citadas, si bien contienen una descripción vaga y genérica del hecho en cuestión, que los juristas denominan conceptos jurídicos indeterminados (por ej. abuso del derecho; reglas sana crítica racional; buen padre de familia; injurias graves, etc. ...) ¹³, tienen, a diferencia de los principios, una estructura prescriptiva: dado A debe ser B sino es B, debe ser C. A es el supuesto de hecho; B la conducta impuesta por la norma y C la consecuencia jurídica en caso de incumplimiento, por ej.: el vendedor debe entregar la cosa al comprador, si no cumple con esa obligación, puede ser obligado judicialmente a hacerlo

5. Origen

Los principios procesales surgen por un *método inductivo*. Se analizan una serie de casos particulares y se busca por abstracción la idea unitaria, después se extrae de tal idea todas sus consecuencias y se generalizan los principios así obtenidos¹⁴

Por ejemplo: en el desarrollo del proceso contencioso se observa que, como regla general, todo acto realizado por una de las partes, en caso de ser admisible, deber ser notificado en forma a la contraria; esto sucede con la demanda; con la oposición de excepciones; con el ofrecimiento y diligenciamiento de la prueba; con la articulación de incidentes y recursos

especial. En sentido concordante, Bobbio, N. (Teoría general del derecho", edit. Temis, ps. 239/ 240) sostiene que los principios generales del derecho no son más que las normas fundamentales del ordenamiento jurídico. Agrega que, si son normas las que se deducen de los principios generales por medio de un procedimiento de generalización sucesiva, no se ve por qué éstos no deban ser normas también.

¹²

Piña, María del Carmen. ob. cit.. p. 110.

¹³ Ibidem, p. 96

etc.....De todos estos casos particulares, por vía de inducción, llegamos a una síntesis general, configurada por el *principio de bilateralidad de audiencia*, en virtud del cual toda persona contra de la que se dirige una pretensión debe conocerla para que tenga la oportunidad de controlarla y eventualmente impugnarla.

Pero los principios, también surgen por el *método deductivo*, por ej.:, cuando tomamos como premisa mayor para su enunciación lo que disponen las normas fundamentales (constitucionales o supranacionales)¹⁵; conceptualizando a dichas normas, no como postulados políticos, sino como prescripciones jurídicas operativas. Un ejemplo de ello está configurado por el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, cual se surge por deducción el denominado "interés superior del menor" (*rectius*: "mejor interés del menor")¹⁶

6. Estructura

Hay quienes sostienen que los principios tienen el mismo contenido que las normas jurídicas, pero son más generales; así se dijo que la distinción entre reglas y principios es sólo una cuestión de grados de generalidad y que no hay fronteras claras entre uno y otro concepto¹⁷

Otros diferencian entre principios y normas, entendiendo que los primeros asumen la forma de "declaraciones" o "enunciados" axiológicos, es decir,

14

Aftalión, Enrique R., "El Derecho Penal Administrativo como Derecho Especial. Notas de polémica y de política criminal", La Ley, Bases de Datos, Julio 2002, a. 5; Cautin, "Monopolio Jurídico" ob. cit. p. 477.

¹⁵ Estas normas fundamentales, son calificadas por Rodolfo Vigo, como "principios propios del Estado de Derecho Constitucional", a los cuales distingue conceptualmente de los clásicos principios generales del derecho (Principios Generales del Derecho y Principios (Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional, respectivamente", columna de opinión La Ley 08-02-11, p. 2). Sobre el particular es necesario recordar que según lo dispuesto por el art. 75, inc. 22 CN., la supremacía no sólo es de la CN, sino de la normativa supranacional que otorga eficacia y operatividad a los derechos esenciales del hombre, ver Gozaíni, La Ley, 3011-010. La doctrina de la operatividad de los tratados internacionales y de la jurisprudencia de la CIDH fue receptada por la CSJN en "Giroldi Horacio D. y otros Fecha: 07-04-95; ídem, Manili, Pablo, "El Derecho Procesal Constitucional", La Ley 24-11-010, n° 1, p. 1, nota 6, donde cita "Ekmedjian c. Sofovich" CSJN, F. 315: 1492

¹⁶ El carácter deductivo e inductivo de los principios generales del derecho, es reconocido por Mans Puigarnau, Jaime, "Los principios generales del derecho, Bosch, Barcelona 1979, p. 27, citado por Weingarten y Ghersi, "Principios esenciales en la prestación de servicios masivos", La Ley, 06-12-010, p. 1, nota 2. Allí el autor citado en primer lugar, sostiene que los principios son los fundamentos abstractos y apriorísticos que constituyen el comienzo, embrión o núcleo originario del derecho y el punto de partida de la deducción del conjunto de sus normas, también han de estimarse como el resultado obtenido a posteriori y cristalizado en fórmulas concretas de la síntesis o recapitulaciones de los preceptos jurídicos preexistentes. Son pues la causa y el fin, el origen y el término, el alfa y el omega del derecho

que reconocen valores -jurídicos, políticos y morales- preexistentes, por ej.: la libertad personal es inviolable; el proceso debe respetar el principio de moralidad y buena fe¹⁸

Esta última posición es correcta. Los principios tienen no sólo una diferencia cuantitativa con las normas, por ser más generales que éstas, sino también una diferencia cualitativa, por ser los presupuestos políticos que indican el punto de partida, o líneas directrices, que se deben respetar para que haya un proceso con un mínimo de coherencia estructural y funcional, de conformidad a los postulados constitucionales¹⁹

7. Función

El concepto de función que empleamos es el de conjunto de actos que tienen una finalidad común.

Una de las funciones que tienen los principios procesales es de política legislativa, esto es, servir de base y orientación al legislador para establecer la normativa procesal²⁰

La otra función es de orden hermenéutica (*rectius*: integrativa) y está consagrada en el citado art. 887 CPC .

Este precepto regula el proceso intelectual del juez denominado "integración de la ley", el cual consiste en "rellenar" la existencia de un vacío normológico o una laguna legal, que delata un estado "insatisfactorio en lo normativo" (Binder). La existencia de este tipo de lagunas, obedece al hecho de que el legislador mal pudo prever todo lo que puede suceder y sobrevenir. Las cosas y los acontecimientos cambian y la ley a la fuerza va a la zaga de la miríada de hechos; hechos que por otra parte, siempre

¹⁷ Cfr. Aarnio, A., "Reglas y principios en el razonamiento jurídico", Anuario da Facultade de Dereito da Universidad da Coruña 4 (2000), ps. 593-602

¹⁸ Piña, María del Carmen, ob. cit., ps. 109/ 110

¹⁹ Couture, "El debido proceso como tutela de los Derechos Humanos, en Páginas de Eduardo J. Couture, La Ley, Suplemento Especial, Agosto de 2000, pp. 4-11

²⁰ Vargas, ob. y t. cit. p. 358. En este sentido, María del Carmen Piña, ob. cit., p. 110, sostiene que los principios afirman orientaciones e ideales de política legislativa.

desbordarán la ciencia, la realidad como una cantera harto más rica que la aprehendida por el trabajo científico o del legislador”²¹

Pero de conformidad a lo dispuesto por el art. 887 CPC, y normas análogas, el juez sólo debe recurrir a los principios procesales ante la existencia de un vacío legal; de allí que en el caso de que él entienda que existe contradicción entre una norma y un principio procesal, no puede inclinarse por hacer prevalecer éste último sobre la primera²² (salvo declaración expresa de inconstitucionalidad). El sistema de fuentes consagrado por los arts. 16 CC y 887 CPC, exige que en primer lugar se aplique la "letra" y "espíritu" de la ley, mediante una interpretación funcional y sistemática de la norma²³ y en caso vacío legal recurrirse primero a la analogía y en último término a los principios procesales²⁴ Lo que tiene prohibido el juez, es modificar el *sistema de fuentes* consagrados por los preceptos citados, pues en ese caso, violaría la división de poderes, el principio de legalidad e incurriría en una especie de "terrorismo" judicial²⁵

En efecto, el juez debe aplicar la ley, aunque tenga la firme convicción de que ella es injusta, inoportuna o inconveniente, porque así lo exige el principio fundamental de "división de poderes"²⁶; y sólo ante una laguna legal, el intérprete debe recurrir, en primer lugar, a la interpretación por analogía, y en segundo término, a los principios generales del derecho (art. 16 CC) o a los principios procesales (art. 887 CPC)

8. Principios procesales y disposiciones constitucionales

21

Chiappini, Julio, "La impugnación de la paternidad por la madre. Un "silencio constitucional"" Foro N° 62, 2000, p. 133; Bielsa, Rafael, "Las reglas de Derecho en la ley, en la doctrina y en la jurisprudencia a propósito del "standard" jurídico, La Ley Páginas de Avenir - Octubre de 2001 n° III p. 11

22 En este sentido, Peyrano, Jorge W, "El proceso civil. Principios y fundamentos", p. 49, Ed. Astrea, 1978, considera que los principios se aplican en forma subsidiaria a las normas que regulan un sistema procesal determinado y sirven fundamentalmente a su intérprete. En contraposición, Dworking opina que el derecho no depende sólo de la ley: está integrado también por los principios y que una adecuada investigación en cada caso a la luz de tales principios permite al intérprete encontrar una solución jurídica justa. En sentido opuesto, ver Guibourg, Ricardo, "Real, justo, legal", La Ley 2004-E, p. 1025

23 Barrios de Angelis - Torello, "Ley Orgánica de los Tribunales y de la Judicatura", p. 13

24

Ver Perrachione, Mario C., "La casación como método de control de la función jurisdiccional", Alveroni, Cba., 2003, p. 23.

25 Ibidem

26 Cfr. Linares Quintana, Segundo V., "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", t. III, Plus Ultra, 2° ed., p. 521

Los principios concretan las garantías constitucionales del Derecho Procesal y cada uno de ellos tiene una relación directa con las normas fundamentales. Así, los principios se convierten en una especie de medios instrumentales que tienen como finalidad afirmar positivamente las garantías constitucionales. Por ejemplo, consagrada en la CN las garantías del "debido proceso" y "de defensa en juicio" (art. 18), el *principio de contradicción o de bilateralidad de audiencia*, se convierte en el medio indispensable para que dicha garantía tenga operatividad en la realidad²⁷

Esto demuestra que entre garantías constitucionales y principios procesales existe un entroncamiento directo o una relación de medio a fin.

En síntesis: corresponde distinguir entre *principios*; *sistemas (o tipos)*; y *reglas (o máximas) procesales*. El concepto y naturaleza de los principios procesales los hemos desarrollado "supra". Dentro de ellos encontramos los principios de: 1) imparcialidad de la autoridad; 2) bilateralidad de audiencia; 3) economía procesal; 4) formalidad; 5) moralidad. Los principios son unitarios en cuanto no admiten la existencia de un par antinómico²⁸, por ej.: el principio de moralidad no admite un principio antitético u opuesto. Los *sistemas procesales*, en cambio, son las "formas metódicas aptas para el desarrollo de los principios" v gr. sistemas: oral o escrito; público o secreto; de única o de doble instancia; integrado con jueces profesionales o jurados, etc.. Los *sistemas* son bifrontales, en cuanto tienen por lo menos dos opciones opuestas²⁹ y en la práctica no se presentan de manera pura sino mixta por ej.: el sistema puede ser prevalentemente oral, pero no puede prescindir de que determinados actos se realicen por escrito; mientras que las *reglas o máximas procesales*, tienen una jerarquía normativa inferior a los principios y constituyen las condiciones que regulan el desarrollo

²⁷ Por eso, Gozáini, op. cit., n° 2, p. 47, afirma que los principios también se pueden presentar como garantías procesales.

²⁸ Alvarado Velloso, Adolfo, "Introducción al estudio del derecho procesal", Sta. Fe, Rubinzal-Culzoni 1989, t. 1, ps. 233 y ss

²⁹ Cfr. Falcón, Enrique M., "Tratado de la prueba", Bs. As., Astrea, t. 1, 2003, p. 215; Loutayf Ranea, Roberto G., "Principio de bilateralidad o contradicción", La ley, 16-02-11, n° IV, p. 4

ordenado del proceso v gr. las reglas de: impulsión; preclusión; intermediación; adquisición; concentración y congruencia, entre tantas otras³⁰

9. La justicia y la seguridad jurídica como valores

La circunstancia de que los principios tengan un contenido axiológico no implica que ellos sean identificados con los valores *justicia y seguridad*³¹.

Lo que sucede es que el Derecho, en general, y el Procesal, en particular, procuran actuar en forma permanente los valores de seguridad y justicia³². Así, por ej.: las leyes claras y perdurables; la codificación; la irretroactividad de la ley; la prescripción (adquisitiva y extintiva); la preclusión y la cosa juzgada son conceptos que se fundan en el valor seguridad jurídica³³; mientras que por ej.: la indemnización que el responsable del ilícito le debe abonar a la víctima por el daño que (por su culpa o negligencia) le ocasionó; o el precio pactado que le debe pagar el comprador al vendedor, entre tantas otras disposiciones contenidas en el derecho de fondo, se inspiran en el valor justicia, el cual, se encuentra mediatizado por la forma en que está receptado por la ley vigente; de allí que el juzgador no deba dejar de aplicar las normas jurídicas apelando al valor justicia o equidad³⁴, salvo declaración expresa de inconstitucionalidad, o bien, cuando la ley, siguiendo un criterio de política legislativa cuestionable, lo faculte al juez para "dulcificar" su

³⁰ Cfr. Perrachione, Mario C., Ponencia: "Regla de Congruencia (Límites y flexibilización)," presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en Mar del Plata, en el año 2007, con cita de Díaz Clemente A., "Instituciones de Derecho Procesal", t. 1, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968, n° 1, p. 298

³¹ Vargas, Abraham L., ob. y t. cit., p. 361; en contra Dworking y Alexy para quien hay una cierta identidad entre principios y valores. En este sentido, ver Vigo, Rodolfo, "Principio Generales del Derecho y Principios (Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional, respectivamente)" La Ley, 08/02/11, p. 4

³² Barrios de Angelis, Dante, "Naturaleza jurídica de la astrictión", revista uruguaya de derecho procesal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo Uruguay, N° 1, 1980, p. 15, apart. 6

³³ Cfr. Radbruch, Gustav, "Introducción a la Filosofía del Derecho", Fondo de Cultura Económica, México, 1955, p. 41, allí este autor expresa: "... la necesidad a que responde la seguridad jurídica puede hacer también que los estados de hecho se conviertan en estados jurídicos. Hay estados de hecho, como la posesión en Derecho Civil, que gozan de protección jurídica sin necesidad de que asienten sobre una base de Derecho. La prescripción adquisitiva o extintiva no significa otra cosa que la transformación en estado de Derecho de una situación antijurídica, mediante el transcurso de un determinado período de tiempo"

³⁴

Mizrahi, Mauricio L., "El divorcio y sus causales", La Ley, t. 2007-D, n° V, p. 961, nota 40, cita a Borda, Guillermo A., "Reglas prácticas para la interpretación de la ley civil", La Ley, t. 64-838 y sostiene que hace ya varias décadas se postuló la necesidad de una justicia antiformalista, realista y humana; por lo que debe buscarse la exégesis más justa, dejando el intérprete de lado las soluciones notoriamente injustas que no son compatibles con la idea de bien común que está en la esencia del Derecho. Cita a Vélez Sársfield cuando decía que "la equidad es la que debe dirigir la resolución de los jueces" (nota 42), pues los principios jurídicos no funcionan abstractamente, sino que deben ser objeto de aplicación conforme a las circunstancias de cada causa

aplicación estricta³⁵ en aquellos casos en que la ley resulte excesivamente rigurosa, tal como lo hacían por ej.: los arts. 354 y 439 de nuestro ex CPC - ley 1419-³⁶. En este sentido el Cód. Civ. alude a la equidad en varios pasajes³⁷.

La primacía de la ley sobre la equidad ha sido reconocida por la CSJN, en el sentido de que cuando aquella es clara no puede ser dejada de lado por razones de equidad³⁸, so riesgo de convertirse el juez en legislador y creador del Derecho.

El fundamento es que la equidad es un concepto vago, subjetivo, intuitivo, irracional, extra-lógico y ajeno al orden jurídico con el cual el juez pretende hacer justicia en el caso particular³⁹. Esta tentación de justicia propia (que también repercute en nuestro medio), en el ámbito forense francés de fines del siglo XIX tuvo un nombre propio: el "juez Magneaud".

Por nuestro lado, entendemos que el sistema jurídico exige la *justicia legal* del caso concreto, esto es, una especie de llamado a un sacrificio del hombre juez, para que sepa actuar con la humildad intelectual que exige la calificación jurídica realizada de antemano por la ley, acerca de una solución determinada⁴⁰. Esto implica de que "la interpretación normativa sea acorde con la lógica y el sistema que, al menos son fijos constantes y objetivos, y no caer en ciertas vagas tendencias equitativas que con el pretexto de combatir el formalismo o de adaptar elásticamente las formas a la sustancia, abren a menudo el camino - a través del sentimiento subjetivo de justicia profesado por el intérprete- a las pasiones y a la arbitrariedad"⁴¹

³⁵ Barrios Angelis, "El juicio arbitral", Facultad de Derecho de Montevideo 1956, p. 45

³⁶ Perrachione, Mario C., "La casación como método." p. 22/ 23

³⁷ Ver Buteler Cáceres, José A., "El principio de equidad y su vigencia en el Código Civil", Semanario Jurídico Especial, Año 2007, N° 30, p. 22; Alferillo, Pascual E., "Cuantificación de los daños personales", La Ley t. 2007-D, n° II.2, p. 967; Casiello, Juan José, "Memorando la reforma civil de 1968", La Ley, t. 2008-F, p. 1292

³⁸ Acuerdo del 27 de junio de 1932, J.A., t. 38, p. 580, citado por Silveira, Alipio, "La Equidad Frente al Derecho Positivo", La Ley, Páginas de Ayer, Año 3, N° 8, Setiembre de 2002, p. 11

³⁹ El problema grave que presenta esta posición, es donde encuentra el juez el criterio de justicia; ver Perrachione, Mario C., "La casación como método de control..", p. 23. En este sentido, Alvarado Velloso, Adolfo, "La confirmación procesal y la imparcialidad judicial", Doctrina Judicial Procesal La Ley, Número 6, 0607-010, p. 31) señala que "hay tantas justicias como argumentos pretendidos definidos."

Gelsi Bidart, Adolfo, "Primera Lectura de la ley de segunda instancia y casación civil", Edic. Idea, Montevideo, 1979, p. 77, 41-45-50; Quintana, Ricardo, "La teoría del Derecho en casación", La Ley t. 2010-F, p. 423

⁴¹ Chiovenda, Giuseppe, "Instituciones.", t. III, p. 119

B) SEGUNDA PARTE

1. Principio de autoridad imparcial

El *principio de autoridad* es la consecuencia de la intervención que en el proceso tiene el órgano jurisdiccional (juez o tribunal) como poder del Estado en el conflicto entre los justiciables para erradicar la justicia por mano propia y la venganza privada.

Así, los poderes-deberes de *conducción y dirección* del proceso, de *impulso procesal*, de *saneamiento*, de *moralidad* y de *esclarecimiento de los hechos controvertidos* que ejercen los jueces, son manifestaciones del *principio de autoridad*⁴², cuya extensión y límite depende de las atribuciones que cada ordenamiento procesal le otorguen a los jueces.

Al respecto existen dos posiciones. Una de ellas se inspira en una concepción liberal-individualista y pregona como fórmula la neutralidad del juez. La otra, en cambio, sostiene que el juez dentro del proceso no ha de ser ni un juez espectador (concepción liberal-individualista)⁴³ ni un juez inquisidor (concepción intervencionista y totalitaria), sino un juez director con poderes de conducción, saneamiento, e instrucción⁴⁴.

Pero, junto con el principio de autoridad, se encuentra la nota de *imparcialidad* del juez o tribunal, como un requisito esencial del debido proceso (art. 18 CN).

La *imparcialidad* es definida por el diccionario como: "falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud"⁴⁵

⁴² Díaz, Clemente, ob. cit., p. 235

⁴³ Alvarado Velloso, Adolfo, "Proceso y debido proceso" La Ley, 2010-C; del mismo autor, "La confirmación

⁴⁴ Sobre la discusión entre el denominado "garantismo" y "activismo" judicial, ver Gozaíni, Osvaldo, "Problemas actuales del derecho procesal (garantismo vs. Activismo judicial)", ed. Funda, México 2000; ver al respecto, Perrachione, Mario C. "Medidas para mejor proveer", en Ferreyra de De la Rúa, Angelina, "La Prueba en el Proceso. Doctrina y Jurisprudencia", Colección de Derecho Procesal N°2, 2007, Universidad Empresarial Siglo 45

⁴⁵ Lagarmilla, Jorge, "De la responsabilidad de juzgar", revista uruguaya de derecho procesal, N° 4, 1989, Fundación de Cultura Universitaria p. 500

En este sentido, el art. 8, inc. 1° del "Pacto de San José de Costa Rica", que de acuerdo al art. 75, inc. 22 CN, es ley suprema de la República, dispone que: "Toda persona tiene derecho a ser oída por un juez o tribunal competente, *independiente e imparcial*, establecido con anterioridad por la ley...." (la cursiva nos pertenece).

Esto demuestra que, para que los jueces sean *imparciales*, deben ser *independientes*, esto es, hallarse por encima de los poderes políticos, de sus prejuicios personales⁴⁶ y de las presiones que sobre ellos ejerce la opinión pública para que las sentencias sean dictadas en un sentido determinado⁴⁷

Pero la consecución de la tan ansiada imparcialidad, no sólo depende de que los jueces sean "hombres libres"⁴⁸, "responsables", con el coraje para resistir presiones⁴⁹ y dotados de una adecuada formación jurídica, sino de que además, el Estado cumpla con el deber que tiene de establecer las condiciones institucionales necesarias para garantizar la independencia e imparcialidad judicial.

A tal fin, resulta imperativo *despolitizar* (desde el punto de vista partidario), los órganos encargados de la designación y remoción de los jueces, para que el gobierno de turno mediante ocasionales mayorías parlamentarias (incluso a veces en connivencia con la oposición) no manipule el Consejo de la Magistratura, con el propósito de designar jueces "amigos" y perseguir,

46

"Se entiende por prejuicio la acción y efecto de prejuzgar" Alvarado Velloso, Adolfo, "Proceso y debido proceso" La Ley, 2010-C, p. 1006 nota 28. Este autor señala que la imparcialidad implica ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente los que se refieren a la raza, nacionalidad, color, sexo y religión); *independencia de cualquier opinión* y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo; *no identificación con alguna ideología* determinada; *completa ajenidad* frente a la posibilidad de dádiva o soborno; y a la *influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística etc...."*

47

Couture, Eduardo J., "El "debido proceso" como tutela de los Derechos Humanos", Páginas de Eduardo J. Couture en La Ley, 2009-E, p. 1006.

48 Kiper, Claudio M., "Reforma del Consejo de la Magistratura", La Ley, 2020-E, p. 968. Allí este autor dice que "los jueces, en el ejercicio de su función, no deben tener la presión de un órgano jerárquicamente superior, que pueda de alguna manera, influir. en sus decisiones. Basta pensar que el Consejo de la Magistratura pueda sancionar a los jueces, y puede ocurrir -como ha sucedido- que se pretenda ejercer disciplina sobre algún magistrado por el desacuerdo que provoca el contenido de su sentencia. Esto sin duda, es una forma sutil de amenazar su independencia interna. La situación se agrava, si quienes deben juzgar la conducta de los jueces lo hacen con criterios políticos, en lugar de técnicos".

49

"El coraje es una de las virtudes que habría que reconocer antes de designar a una persona como magistrado, además de la capacidad en el decidir, la aptitud para comunicarse y la condición para el conocimiento requerido": Lagarilla, Jorge, ob. cit. p. 499

por el contenido de los fallos, a aquellos otros magistrados considerados como "enemigos"⁵⁰

Hasta aquí hemos visto la imparcialidad de la autoridad como un requisito indispensable del "debido proceso", pero esta exigencia también sirve para determinar la existencia o no de actividad jurisdiccional. En efecto, si nos encontramos ante un proceso en el cual el juez es imparcial (estructural y funcionalmente), aunque no exista un "juicio contencioso" (con dos partes enfrentadas dialécticamente en un pie de igualdad en torno a una pretensión resistida), igual habrá actividad jurisdiccional. Así es como, pese al trámite unilateral, tiene naturaleza eminentemente *jurisdiccional* los procesos extra- contenciosos denominados de: "jurisdicción voluntaria"; como asimismo, la denegatoria inicial de la demanda; la citación de comparendo (antes de ser notificada); las medidas preparatorias y cautelares (anteriores a la notificación de tales medidas)⁵¹.

En todos estos casos, la *jurisdiccionalidad* está dada por la *imparcialidad de la autoridad* interviniente y por la existencia del *principio de bilateralidad de audiencia de subordinación*, el cual, a diferencia del principio de *bilateralidad de audiencia de coordinación* (que se produce en el proceso contencioso entre las dos partes, ubicadas en una misma posición procesal y enfrentadas dialécticamente en un pie de igualdad)⁵² se da entre el *gestor o sujeto que promueve el procedimiento y la autoridad competente*; pero, a su vez, *el principio de bilateralidad de subordinación*, puede ser *ascendente o descendente*. El primero tiene lugar cuando la parte interviniente en el proceso controla la actividad del tribunal (que está ubicado procesalmente

⁵⁰ Teha, Federico, "Las garantías del debido proceso en la toma de decisiones públicas", Suplemento La Ley Administrativo, del 22-06-09, p. 22 nota 69, donde este autor expresa que en relación con el nombramiento y la destitución de los jueces, la Corte IDH ha señalado que deben establecerse procedimientos estrictos que, siguiendo el principio de separación de los poderes, garantice la independencia de los jueces -caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Sent. De 31-01-01, Serie C, N° 71, parr. 73-75. Al respecto, en la conferencia inaugural del corriente año judicial, el Presidente del TSJ de Cba: Domingo Juan Sesín, señaló en su discurso que "la conformación del jurado de enjuiciamiento de magistrados debe ser más equilibrada y recordó que el actual sistema de remoción está integrado en un 80 por ciento por representantes del poder político" (diario Comercio y Justicia, del 04-03-010, p. 13-A). Sobre cómo debería estar integrado el Consejo de la Magistratura y qué función debería cumplir, cfr. Arbonés, Mariano, Semanario Jurídico N° 1156, del 27-08-97

⁵¹ Cfr. Barrios de Angelis, Dante, "Jurisdicción voluntaria", Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 1973, p. 36

⁵² Cfr. Loutayf Ranea, Roberto G., "Principio de bilateralidad de audiencia o contradicción", La Ley, 16-02-011, ps. 1 y ss

por encima de ella), por intermedio de los recursos previstos por la legislación formal, y el segundo, se produce cuando el tribunal, es el que controla los actos de la parte, mediante los juicios de *admisibilidad y fundabilidad*⁵³.

2. Ejercicio disfuncional del derecho

Dentro del principio de moralidad o buena fe, es conveniente establecer como un sub-principio *derivado del art. 1071 Cód. Civ.*, el que sanciona el *ejercicio irregular, antisocial o antifuncional del derecho*; cuya particularidad es que no resulta aplicable cuando al acto atacado se lo reputa ilícito o contrario a la moral o a las buenas costumbres (art. 953 Cód. Civ.), porque de encontrarse configurado dicho vicio, la contrariedad con el derecho es inicial o congénita. En cambio, en el denominado *abuso o ejercicio antifuncional del derecho*, hay un comienzo legítimo y luego se produce la desviación de los propósitos del acto⁵⁴.

Esto demuestra que para determinar, dónde termina la ilicitud y donde comienza el *ejercicio abusivo o antifuncional del derecho*, es menester indagar sobre la esencia o razón de ser de los institutos jurídicos, enfocados teleológica y sistemáticamente

En el campo procesal el *abuso o ejercicio antifuncional del derecho* es definido como la forma excesiva o vejatoria de acción u omisión de parte de quien, so pretexto de ejercer en el proceso una *facultad, prerrogativa o potestad*, causa un perjuicio a otro sujeto, sin que ello sea requerido por la necesidad de la defensa o por la finalidad del acto ejecutado⁵⁵

El abusar está referido al uso que se efectúa, vale decir, una actuación, un servirse de algo. En otros términos: se está en el terreno de los medios. El problema se plantea en la utilización de un medio en sí mismo lícito, admitido por la ley. En el caso del proceso: un medio válido, como lo es un

⁵³ Cfr. Barrios de Angelis, Dante, "Jurisdicción voluntaria", ob. cit. p. 31

54

Cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, citado por C5a CC Cba., Sent. N° 48, 30-04-010, "Pereyra Reinado Oscar c. Pereyra Carlos Damián", Semanario Jurídico N° 1769, 12-08-010, p. 242; Peyrano, Jorge W., "Abuso del proceso y conducta procesal abusiva" en Revista de Derecho Privado y Comunitario N°16, "Abuso del Derecho", n° III, p. 72, considera que el abuso del derecho opera en materia procesal y constituye un nuevo principio

recurso o un incidente, pero en el cual ha habido exceso, exacerbación de su uso⁵⁶

Por ej.: en el caso de la conducta procesal prevista por el art. 83 CPC, por temeridad (v gr. negativa insincera de la firma), por regla general, no se trata de un acto disfuncional o abusivo, sino directamente ilícito, por ser inicialmente contrario a derecho; en cambio cuando la parte u otro sujeto que interviene en el proceso, ejerce una facultad o prerrogativa concedida por la ley, pero excediendo la funcionalidad o finalidad del acto, se ingresa en el terreno del "abuso del derecho". En este sentido, la jurisprudencia ha dicho que el acreedor que sin interés serio y legítimo solicita y obtiene medidas precautorias, eligiendo inútilmente, la vía más gravosa para el deudor, incurre en un *acto antifuncional*, o sea, en un *abuso del derecho*⁵⁷

Como una *especie* del género: abuso o ejercicio disfuncional del derecho, existe el abuso contextual o por reiteración, que se presenta cuando se traicionan las finalidades técnicas asignadas por el ordenamiento respectivo a una norma o a un instituto procesal; lo cual "ocurre cuando se constata una pluralidad de actos procesales homogéneos o heterogéneos que revelan una estrategia tendiente a obstaculizar y dilatar el trámite procesal"; v gr. la existencia del denominado recurso "ad infinitum" es un buen ejemplo⁵⁸

En consecuencia, si bien entendemos que la aplicación del principio que prohíbe el "abuso del derecho" en el campo procesal no necesita de una norma especial que lo consagre, bastando para ello con lo dispuesto por el

⁵⁵ Quevedo Mendoza, Efraín I., "Abuso del proceso y exceso en el ejercicio del poder jurisdiccional", XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, T I, San Juan del 13 al 16 de junio de 2001, p. 406

⁵⁶ C6a. CC Cba., Auto N° 55, 03-03-08, "Alvarez, María Nicomedes", Semanario Jurídico N°1704, 30-04-09, p. 575. En esta causa el tribunal el tribunal consideró que incidentista abusó del proceso, ya que habiendo hecho uso de su derecho a interponer incidentes, no brindó ninguna razón valedera en sustento de la falsedad alegada, dilatando de esa forma la causa

⁵⁷ Suprema Corte de Salta, "Banco Provincial de Salta v. "Cortada Sivero" (SRL)", JA, 1954-I, fallo N° 15.934, p. 304, con nota aprobatoria de Spota, Alberto G., "La comprensión judicial de las normas legales y el principio del abuso de los derechos"

⁵⁸ Peyrano, Jorge W., "El abuso procesal" La Ley, 2007-B976; TSJ, Sala Civ. y Com. Cba., "Boido, Oscar Aureliano c. Sara, Miguel Angel", Sent. N° 70, 12-05-09; C4a CC Cba., Auto N° 92, 08-03-010, "Allemandi, Ariel Angel c. Brochero, Carlos Pedro", Zeus Córdoba N° 386, 04-05-010, p. 389. En sentido concordante, pero en el proceso penal la CNFed. Crim. y Correc. Sala II, 06-10-10, "S.R. D s/ procesamiento y embargo en: O., M. S. y otros", La Ley, del 9-11-010, t. 2010-F, p. 193 fallo 114.997 sostuvo que: "la articulación de recursos por parte de un abogado defensor, repitiendo incluso planteos, conlleva suponer que aquéllos están siendo utilizados como instrumentos destinados a dilatar injustificadamente el curso del proceso, vulnerando el derecho a la tutela

art. 1.071 Cód. Civ. -en función del art. 887 CPC-⁵⁹, desde un punto de vista de *política legislativa*, resultaría conveniente introducir en los Códigos Procesales una norma semejante al art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España de 1985, que dispone: "los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso del derecho o entrañen fraude de la ley procesal"⁶⁰, aunque incluyendo en su texto también el *abuso del derecho contextual o por reiteración*.

3. Conclusión

Los *principios procesales son presupuestos políticos o líneas directrices que un sistema determinado debe respetar para que haya un proceso con un mínimo de coherencia estructural y funcional de acuerdo a los postulados constitucionales*.

Los principios mencionados tienen un contenido *axiológico* y son enunciados *teleológicos* que se distinguen *cualitativamente* de los *sistemas y de las normas procesales*.

Ellos tienen como *función de política legislativa*, servir de guía al legislador, y como *función hermenéutica*, permitirle al juez *integrar* la ley en caso de *laguna o vacío normativo*.

Dentro del *principio de autoridad* que ejerce el juez en el proceso como representante del Estado, resulta indispensable garantizar su *independencia e imparcialidad*.

El *ejercicio abusivo o disfuncional* (art. 1071 Cód. Civ.) en el campo procesal, debe ser conceptualizado como un *sub-principio del principio de moralidad o buena fe* y consagrarse explícitamente en la Ley Procesal.

judicial efectiva, razón por la cual cabe recomendar al citado letrado que ajuste su proceder a la ley que informa el ejercicio de su profesión"

⁵⁹

Cfr. Perrachione, Mario C. ¿Cuándo el principio que veda el "abuso del derecho" contemplado en el art. 1071 CC es aplicable al proceso? *Comentarios Jurídicos* N.º 4277, 05.06.2000, pp. 464-465

⁶⁰ Fairén Guillén, Víctor, "La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas (Comentarios a los arts. 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 7 de enero del año 2000)", Civitas, Madrid, 2000, p. 50