

MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA CIVIL

COORDINADOR:
SANTIAGO PEREIRA CAMPOS

Mª Jesús Ariza · Mª Virginia Barreiro · José Bonet · Juan Bosco López
Héctor M. Chayer · Luis A. Cucarella · Margarita De Hegedus
Mauricio Duce · Sandra Elena · Santiago Labat · Raquel Landeira
Angel Landoni · Sergio Luna Obregón · Luis Lutz · Felipe Marín Verdugo
Juan Damián Moreno · Jaime Oláiz González · Manuel Ortells Ramos
Roberto Pages Lloveras · Diego Palomo · Santiago Pereira Campos
Joan Picó I Junoy · José A. Revilla · Cristián Riego · Mª Belén Robles
Clarisa Rodríguez · Alejandro Romero · Luis M. Simón · Adrián Simons
Alfredo Taullard · Patricia Tellería · Juan E. Vargas · Jorge Veiras
Carolina Villadiego

UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO
FACULTAD DE DERECHO

MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA CIVIL

MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA CIVIL

Coordinador:
Santiago Pereira Campos

Mª Jesús Ariza
José Bonet
Héctor M. Chayer
Margarita De Hegedus
Sandra Elena
Raquel Landeira
Sergio Luna Obregón
Felipe Marín Verdugo
Jaime Oláiz González
Roberto Pages Lloveras
Santiago Pereira Campos
José A. Revilla
Mª Belén Robles
Alejandro Romero
Adrián Simons
Patricia Tellería
Jorge Veiras

Mª Virginia Barreiro
Juan Bosco López
Luis A. Cucarella
Mauricio Duce
Santiago Labat
Angel Landoni
Luis Lutz
Juan Damián Moreno
Manuel Ortells Ramos
Diego Palomo
Joan Picó I Junoy
Cristián Riego
Clarisa Rodríguez
Luis M. Simón
Alfredo Taullard
Juan E. Vargas
Carolina Villadiego

ISBN: 978-9974-8211-5-6
Primera edición - Febrero de 2011

MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA CIVIL

© Santiago Pereira Campos

Queda hecho el depósito que ordena la ley
Impreso en Uruguay - 2011
Tradinco S.A.
Minas 1367 - Montevideo.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, *offset* o mimeógrafo o cualquier otro medio mecánico o electrónico, total o parcial del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin la autorización de la autora.

Diseño de portada y armado: Augusto Giussi

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 9

PARTE GENERAL

Bases Generales para una Reforma a la Justicia Civil en América Latina y el Caribe 17
Santiago Pereira Campos
Carolina Villadiego Burbano
Héctor Mario Chayer

La reforma a la justicia civil desde la perspectiva de las políticas públicas 137
Juan Enrique Vargas Viancos

Reforma de los Procesos Civiles Orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información 177
Mauricio Duce
Felipe Marín
Cristián Riego

Innovación en la Justicia Civil 249
Héctor Chayer
Sandra Elena

Mecanismos legales para garantizar la efectiva aplicación del principio de inmediación en el proceso por audiencias 265
Santiago Pereira Campos

El Derecho Procesal entre el Garantismo y la eficacia: un debate mal planteado 295
Joan Picó I Junoy

Activismo y Garantismo en un proceso civil moderno 311
Angel Landoni Sosa

Aplicación de los principios dispositivo e inquisitivo en los modernos procesos civiles por audiencias 339
Luis María Simón

La introducción del material fáctico en el proceso civil. Delimitación y forma de las alegaciones. 361
José Bonet Navarro

Moralidad, veracidad y colaboración: su incidencia en el proceso civil contemporáneo (el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y la experiencia de Código General de Proceso uruguayo) 405
Santiago Pereira Campos

Declaración de la parte como medio de prueba 447
Felipe Marín Verdugo

Abuso del Proceso. 475
Luis María Simón

Eficiente implementación del procedimiento monitorio en Iberoamérica 505
José Bonet Navarro

La ejecución civil: ¿Cómo redactaríamos hoy el Código Modelo? 523
Margarita de Hegedus
Alejandro Romero

Estudio comparativo. Cobranzas de deudas y procedimientos de ejecución en Europa 567
Carolina Villadiego Burbano

Estudio comparativo. Justicia civil de pequeñas causas en las Américas. 617
Carolina Villadiego Burbano

PARTE ESPECIAL

El proceso civil ordinario por audiencias: la experiencia uruguaya a 20 años de la implementación de la reforma (Uruguay) 655
Santiago Pereira Campos

La modernización de la gestión de la justicia civil en Uruguay (Uruguay). 691
Raquel Landeira

Congruencia: ¿su flexibilización? (Uruguay) 707
María Virginia Barreiro

El proceso oral y la garantía de la doble instancia (Uruguay) 715
Santiago Labat
Mª Belén Robles

Las condenaciones procesales en el proceso
civil uruguayo (Uruguay) 727
Patricia Tellería

Evaluación crítica de los procesos de estructura
monitoria en el Código General del Proceso (Uruguay) 737
Jorge Veiras

Nuevo proceso para reclamaciones judiciales
de consumidores (Ley No. 18.507): Regulación
legal y Aplicación Práctica (Uruguay) 749
Santiago Pereira Campos
Clarisa Rodríguez

Hacia una reforma legislativa en Uruguay para
la defensa de los intereses difusos, colectivos
e individuales homogéneos (Uruguay) 777
Alfredo Taullard

La Justicia Civil Española del siglo XXI.
Reforma procesales y mejoras en la organización
y gestión de la Administración Judicial (España) 789
José Alberto Revilla González

Transformación de la justicia civil: tendencias normativas
en mediación y conciliación (España) 821
Luis Andrés Cucarella Galiana

La prueba y el rol del juez (España) 845
Mª Jesús Ariza

La ejecución provisional de sentencias en el
proceso civil español (España) 867
Juan Damián Moreno

El proceso de ejecución en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 2000 y en el Código Modelo: ¿Qué deberíamos modificar? (España) 885
Manuel Ortells Ramos

Oralidad e innovaciones normativas y tecnológicas en la reforma procesal (Argentina). 919
Luis Lutz

La mediación y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el nuevo C.P.C. (Ley 8.037) de San Juan (Argentina). 933
Roberto M. Pages Lloveras

El rol del juez en la adjudicación de derechos individuales de incidencia colectiva: una oportunidad para el litigio estructural en México (México). 949
Jaime Olaiz González
Juan Bosco López

Acciones de cambio en el sistema de impartición de justicia agraria mexicana (México) 971
Sergio Luna Obregón

Apelación, doble instancia y proceso civil oral (Chile) 993
Diego I. Palomo Vélez

El derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales y los medios compulsorios procesales (Perú) 1039
Adrián Simons Pino

PRESENTACIÓN

Presentar este libro constituye motivo de orgullo y alegría para la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo y, especialmente, para la Cátedra de Derecho Procesal.

La obra que tenemos el placer de poner a consideración de los lectores reúne trabajos de destacados expertos nacionales y extranjeros que nos honran con las contribuciones académicas que aquí se publican, a las que se suman aportes de los docentes de nuestra cátedra. Todos ellos contribuyen al análisis de un tema tan complejo y trascendental como lo es la transformación de la Justicia Civil.

Los cambios sociales, económicos, culturales, tecnológicos y ambientales ocurridos en los últimos cincuenta años, han puesto en jaque muchos aspectos de la concepción clásica de los sistemas judiciales y han provocado que la reforma y modernización de los sistemas de Justicia sean hoy objeto de debate a lo largo y ancho de nuestra Iberoamérica.

Estos estudios permiten un análisis de los desafíos de la Justicia Civil desde distintas perspectivas.

Un primer grupo de trabajos, de carácter general, enfocan el tema de la Justicia Civil y su necesaria transformación, desde una óptica global, analizando cuáles debieran ser las bases generales de la reforma o cómo articular los institutos procesales fundamentales en el nuevo proceso civil.

Un segundo grupo de trabajos enfoca las reformas de Uruguay (1989) y España (2000) que constituyen sin duda hitos fundamentales como modelos en pos de la oralidad y la inmediación procesal, ya que revolucionaron la forma

de hacer justicia, acercando el juez al justiciable y cambiando la forma de pensar y de actuar de los operadores jurídicos. Estos dos modelos, con diferencias en algunos aspectos pero con grandes coincidencias en los principios fundamentales, son objeto de análisis y referencia ineludible en todos los países en que se proyectan o implementan reformas a la Justicia Civil. Por ello, contar simultáneamente con trabajos de profesores españoles y uruguayos, permite ilustrar a los lectores sobre aspectos fundamentales de ambos modelos.

En un tercer grupo de trabajos se analizan experiencias específicas de otros países (Argentina, Chile, México, Perú) también muy relevantes para tener una visión más completa de los posibles caminos a recorrer, los desafíos por delante y las distintas formas de enfrentarlos.

Esta obra fue motivada por la realización del "Seminario Internacional sobre Transformación de la Justicia Civil", celebrado en Montevideo los días 17 y 18 de junio de 2010 en el marco del Proyecto de cooperación interuniversitaria Universidad Autónoma de Madrid-Santander con América Latina, denominado "La transformación de la justicia civil en Iberoamérica: contenidos y desafíos". Dicho seminario fue el resultado del trabajo conjunto de la Universidad Autónoma de Madrid, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y la Universidad de Montevideo y contó con el auspicio de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal "Eduardo J. Couture". Realizado a 20 años del Código General del Proceso y a 10 años de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, constituyó una instancia valiosa de intercambio y generación de conocimiento en tiempos donde muchos de los países de Iberoamérica están encausando reformas a la Justicia Civil y se enfrentan a grandes desafíos.

Sin lugar a dudas el Código General del Proceso uruguayo y la Ley de Enjuiciamiento Civil española son reformas de referencia en el contexto internacional y a 20 y 10 años respectivamente de su vigencia, era momento –y lo sigue siendo- de realizar evaluaciones para relevar las lecciones aprendidas y proyectar las nuevas transformaciones a realizar.

Por otra parte, en todos nuestros países el tema de la gestión judicial ha cobrado enorme importancia y es de especial interés conocer las experiencias sobre la materia. En efecto, la implementación de cambios procesales en todas partes demuestra que reformar la ley procesal sin el montaje de sistemas de gestión adecuados, condena al fracaso cualquier intento de modernizar la Justicia Civil.

Los procesalistas nos encontramos hoy frente al crucial desafío de liderar –junto con otros académicos y autoridades públicas- los procesos de reforma de los sistemas de Justicia. Entendidos éstos con un enfoque multidiscipliario

y global, desde la perspectiva de las políticas públicas, constituyen un fenómeno mucho más complejo que el mero cambio en las normas legales.

Todavía hay mucho por hacer para desterrar el proceso "desesperadamente" escrito que generó y genera tantos problemas en nuestros países, tales como: prácticas excesivamente ritualistas que convirtieron los requisitos de forma en los aspectos más importantes, duración excesiva de los procesos, falta de publicidad, inexistencia de inmediación, delegación de funciones esenciales del juez, falta de transparencia que es "caldo de cultivo" de la corrupción, proliferación innecesaria de múltiples estructuras procesales bajo el erróneo paradigma de que cada especialidad sustancial necesita una estructura procesal propia y distinta de las demás, entre otros. No podemos seguir tolerando un proceso lento, formal y burocrático, corporizado en un expediente judicial como eje central del proceso y de las decisiones, que campea en varios de nuestros países.

Ahora bien, también donde se ha avanzado hacia la oralidad y la inmediación, como es el caso de España, Uruguay, Perú, algunas provincias argentinas y otros países, advertimos que queda mucho por hacer y que la modernización de la Justicia es una tarea permanente, pues las necesidades son cada vez más urgentes y las soluciones más complejas.

Una propuesta de reforma a la justicia civil[1] debe tener un enfoque sistémico, complejo e integral con perspectiva de política pública. Debe definir los asuntos civiles y las variadas formas de soluciones posibles desde el Estado. Debe profundizar en los principios procesales básicos que deben observarse en los conflictos que se resuelven dentro del sistema de justicia.

Adicionalmente, debe definir el esquema procesal de conocimiento y de ejecución de las causas que se tramitan judicialmente; debe proponer un modelo de gestión, identificar las tecnologías de información y comunicación requeridas en la justicia civil, así como determinar el mecanismo más adecuado para su financiamiento.

En un proceso de reforma a la justicia civil, el enfoque sistémico es esencial. La modernización de la Justicia Civil no puede omitir el análisis de la organización judicial con la que cuenta el país (tribunales, competencias, sistema de ascensos y carrera judicial, etc.), y los recursos humanos y materiales existentes (jueces, funcionarios, oficinas, equipamiento, tecnología, etc.) para operativizar cualquier cambio.

1 Así lo hemos expuesto en Villadiego, C., Chayer, H. y Pereira Campos, S. en "BASES GENERALES PARA UNA REFORMA A LA JUSTICIA CIVIL EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE", editado por CEJA, que se incluye en el presente libro.

Por supuesto, el modelo procesal, por su parte, debe contemplar los principios y las nuevas estructuras procesales adecuadas para la satisfacción de los derechos sustanciales.

A partir de estos elementos, debe plantearse la nueva organización y gestión de los despachos judiciales, asumiendo los cambios organizacionales y procesales, y los recursos que ellos demanden.

Un adecuado plan de capacitación previo, concomitante y permanente con todos los operadores jurídicos y con los ciudadanos en general permite realizar el paso de la realidad anterior al nuevo modelo de justicia.

La satisfacción plena de los estándares del debido proceso no será posible sin la existencia de mecanismos alternos de solución de conflictos que provean simultáneamente soluciones rápidas y auto compuestas de estricta calidad, y que también, equilibren el sistema.

Finalmente, la Justicia Civil modernizada debe contar con sistemas adecuados de asistencia jurídica a los ciudadanos, que garanticen una igualdad procesal efectiva.

En el marco de tantos desafíos, la obra que presentamos, resultado de la experiencia de sus autores en procesos de reforma en distintos países, reúne treinta y cinco estudios sobre modernización de laJusticia Civil, que constituyen un aporte esencial a la profundización y debate de múltiples temas que hacen a ese complejo proceso.

La riqueza de estos estudios proviene de su alta calidad técnica, de la multiplicidad de autores –treinta y cuatro académicos hacen su contribución-, de sus distintos enfoques y de la amplitud de los aspectos que se tratan. Ello coloca a esta obra en un lugar excepcional en la bibliografía nacional, no existiendo antecedentes de trabajos semejantes sobre la materia en Uruguay. Pero también el libro es de especial relevancia en el contexto internacional, constituyendo un punto de partida ineludible para iluminar cualquier propuesta de mejorar la Justicia Civil.

Hacen su aporte juristas de Argentina, Colombia, Chile, España, México, Perú y Uruguay, permitiéndonos una visión particular de algunas realidades de las cuales extraer lecciones aprendidas. Pero además, muchos de los autores, de reconocida trayectoria internacional, amplían el campo de análisis a la realidad Iberoamericana en su conjunto.

Desde sus trabajos, los autores aportan ideas, cuestionan conceptos, formulan propuestas y nos interpelan en esta inigualable tarea de construir Justicia

a través del fortalecimiento de los instrumentos procesales y las instituciones jurisdiccionales.

No puede dejarse de señalar otro aspecto que hace a la obra especialmente rica y fermental. A la reconocida solvencia de muchos profesores que son titulares de sus cátedras en los distintos países, se le adiciona como valor innovador y distintivo, la participación de muchos profesionales jóvenes. En efecto, junto a destacadísimos y experimentados profesores universitarios y reconocidos expertos en los distintos temas que enriquecen esta publicación, se encuentran los aportes de docentes que están realizando sus primeras experiencias en investigación. Ello nos llena de orgullo, porque estamos convencidos que la excelencia en el quehacer universitario se construye desde el inicio en base al compromiso con la investigación y la búsqueda de la verdad.

En todos los trabajos que aquí se presentan se cumple la visión de nuestra Universidad fundando su actividad académica en una concepción trascendente del hombre, comprometida en la búsqueda de la verdad. Quienes escriben lo hacen desde la lúcida perspectiva de no considerarse poseedores de la verdad pero estar comprometidos con los demás en su búsqueda. Y es quizás allí donde está la clave de la evolución del conocimiento al servicio de nuestros semejantes.

El orden en que se publican los trabajos tiene como único objetivo darle a los estudios la unidad temática básica que facilite al lector su consideración, atendiendo al punto que desea consultar.

Los destinatarios del libro son todos quienes se interesan por la situación de la Justicia en Iberoamérica y buscan los mejores caminos para su modernización y transformación.

Tenemos una gran deuda de gratitud con todos los autores ya que han respondido con entusiasmo y excelente nivel técnico al desafío de aportar a la investigación, al debate constructivo y a pensar y repensar los problemas que afectan a los sistemas de Justicia, realizando diagnósticos, buscando soluciones y formulando propuestas.

Algunos de los trabajos que se publican han sido elaborados en la órbita del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), a cuyas autoridades y equipo de trabajo liderado por Cristian Riego agradecemos por el apoyo permanente en los proyectos y por autorizarnos a publicar los referidos estudios.

También cabe agradecer a la Universidad Autónoma de Madrid y a su equipo de profesores encabezado por el Dr. José Alberto Revilla, todos ellos impulsores de esta obra.

Un especial agradecimiento al Rector de la Universidad de Montevideo, Dr. Santiago Pérez del Castillo y al Decano de la Facultad de Derecho, Dr. Nicolás Etcheverry, por ser motivadores permanentes de la investigación en nuestra Universidad.

Este libro no hubiera sido posible sin la colaboración de los integrantes de la cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Montevideo, que liderados por mi entrañable amiga, la Dra. Margarita de Hegedus, integran los Dres. Luis María Simón, Jorge Veiras, Raquel Landeira, Viriginia Barreiro, Patricia Tellería, Santiago Labat, Belén Robles y Alfredo Taullard. Ellos son parte esencial en este proyecto. Gracias también a la Dra. Clarisa Rodríguez que trabajó en la compaginación de todos los trabajos recibidos.

Los invito a leer estos aportes porque estamos frente a una obra imprescindible para comprender los problemas, desafíos y caminos para mejorar el servicio de Justicia.

Esperamos que estos estudios sobre "Modernización de la Justicia Civil" sean también el punto de partida de futuras investigaciones académicas ya que es de esencia desarrollar y profundizar estudios sobre un área tan amplia y sensible en la que es ineludible continuar articulando la labor del sector público y del sector académico en pos de un mejor sistema de justicia, donde los verdaderos destinatarios finales deben ser siempre los justiciables, hombres y mujeres de carne y hueso que opinan poco de derecho pero merecen una vida digna, como nos lo decía siempre nuestro maestro Enrique Vescovi, a cuyo compromiso con la verdad y con sus semejantes, Uruguay le agradece tener el sistema de Justicia Civil que tiene.

Montevideo, 15 de febrero de 2011

Santiago Pereira Campos

Profesor Titular de Derecho Procesal
Profesor Titular de Litigación por Audiencias
Facultad de Derecho - Universidad de Montevideo

PARTE GENERAL

BASES GENERALES PARA UNA REFORMA A LA JUSTICIA CIVIL EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Santiago Pereira Campos[1]
Carolina Villadiego Burbano[2]
Héctor Mario Chayer

I. INTRODUCCIÓN: PROPÓSITO Y DESTINATARIOS DEL DOCUMENTO

Este documento tiene como propósito contribuir a la formulación e implementación de una reforma a la justicia civil en América Latina y el Caribe. Su objetivo es brindar elementos de análisis para su diseño e implementación, y proponer herramientas concretas para llevarla a cabo.

Para ello, el texto señala por qué es necesaria una reforma en la región, y propone sus elementos centrales: enfoque sistémico e integral, diseño con perspectiva de política pública, principios procesales básicos, distintas formas de resolución de asuntos civiles, estructuras procesales (conocimiento y ejecución), gestión y aprovechamiento de tecnologías de información y comunicación, y estrategia de implementación, impulso y concreción. Por último, anexa cuadros temáticos que resumen los aspectos centrales de una propuesta de reforma.

Son destinatarios de este documento todos aquellos que de un modo u otro trabajan en los procesos de reforma a la justicia civil en la región, y encaminan sus esfuerzos a lograr un sistema judicial eficiente al servicio de los derechos sustanciales de las personas. La reforma a la justicia civil requiere un

1 Profesor Titular de D. Procesal y de Litigación por Audiencias en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor de Derecho Procesal en el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Socio de RUEDA, ABADI & PEREIRA. spereira@rap.com.uy

2 Abogada colombiana, miembro del Grupo de Expertos en Reforma a la Justicia civil que convoca el Centro de Estudios de Justicia de las Américas- CEJA.

esfuerzo conjunto y multidisciplinario de todos aquellos vinculados al diseño e implementación de las políticas públicas: parlamentarios, jueces, abogados, funcionarios, ciudadanos, universidades, organizaciones sociales y profesionales, entre otras.

A. NECESIDAD DE UNA REFORMA A LA JUSTICIA CIVIL EN LA REGIÓN: DIAGNÓSTICO3

1. La justicia civil en las Américas

La justicia civil, históricamente concebida como toda aquella que no fuera penal, concentró materias, controversias y trámites muy heterogéneos en su interior. Incluyó desde asuntos de registro y estado civil de las personas hasta conflictos comerciales y familiares. En la región, tanto en países con tradición de derecho continental europeo como de tradición de derecho consuetudinario, la justicia civil abarca gran parte de las materias mencionadas anteriormente. Sin embargo, debido a que en las últimas décadas varios países emprendieron procesos de reforma, en la actualidad no es posible obtener un concepto uniforme de los asuntos que la integran en los distintos sistemas judiciales de las Américas.

Por ello, la justicia civil comprende el conocimiento y la solución de diversos asuntos que responden a derechos e intereses muy variados. Lo anterior se debe, en primer lugar, a que fue históricamente concebida para conocer todos los asuntos que no fueran penales, y más recientemente, todos aquellos que no fueran penales ni constitucionales especializados. En segundo lugar, a que la organización y cobertura del sistema de justicia en la totalidad de los territorios nacionales requirió que en lugares distantes a las capitales (provincias, estados, regiones, distritos, entre otras) se establecieran solo dos tipos de jueces: los penales y los civiles, y algunas veces, solo uno. Y en tercer lugar, a que en varios países (especialmente aquellos con tradición de derecho continental europeo), los jueces, siempre considerados autoridades públicas con potestades jurisdiccionales "expertas", asumieron funciones de conocimiento y solución de ciertos trámites públicos ante la escasa o nula presencia de otras autoridades públicas en regiones alejadas a las capitales.

De esta manera, con algunas diferencias entre los distintos países de la región, la justicia civil en sentido amplio asumió el conocimiento de los asuntos

3 Véase: a) Centro de Estudios de Justicia de las Américas, documento elaborado por Carolina Villadiego, "Estudio Comparativo: Avance en América Latina y el Caribe de la Reforma a la Justicia Civil, En: "Nueva Justicia Civil para Latinoamérica: Aportes para la reforma", Chile, Agosto 2007, pgs. 17-63; b) Centro de Estudios de Justicia de las Américas, "Reporte sobre la Justicia en las Américas 2006 – 2007", Santiago, Agosto, 2007.

de carácter familiar, laboral, concursal, comercial, civil, societario, relaciones de consumo, agrario, étnico e infantil. Estos asuntos tradicionalmente respondían a intereses y derechos individuales que constituían formas diversas de expresión de la autonomía de la voluntad o de la responsabilidad de las personas. Sin embargo, durante la segunda mitad del siglo XX, ocurrieron cambios sociales que generaron transformaciones en el sistema de justicia. En efecto, en primera instancia, se consolidó el desarrollo de los derechos humanos (primera, segunda y tercera generación), y los intereses colectivos y difusos. En segunda instancia, se hizo consciente la existencia de subordinación, indefensión, asimetría de la información o posición dominante de una parte en determinadas relaciones civiles. Y en tercera instancia, se produjo un aumento de la demanda ciudadana debido al incremento del conocimiento de los derechos ciudadanos y al intercambio de bienes y servicios en la sociedad.

En términos generales, se puede decir entonces que no están incluidos en la justicia civil los asuntos penales o criminales, constitucionales resueltos en tribunales especializados, y contencioso – administrativos. La concepción amplia incluye los asuntos mencionados en el párrafo anterior. La concepción estricta se ciñe a las controversias derivadas de las relaciones civiles y comerciales existentes entre las personas (usualmente no públicas, aunque con excepciones en algunos países).

Ahora bien, los principios procesales[4] de la justicia civil en América Latina adoptaron el esquema procesal de la Europa continental del siglo XIX, es decir, procesos escritos, de impulso procesal de parte, que garantizan intereses y derechos individuales. Este proceso "desesperadamente" escrito generó numerosos problemas en nuestros países. El primero y más notable, fue que propició un proceso lento, formal y burocrático, corporizado en un expediente judicial como eje central del proceso y de las decisiones. Generó prácticas excesivamente ritualistas que convirtieron los requisitos de forma en los aspectos más importantes. Esto causó a su vez otros problemas, como por ejemplo, la duración excesiva de los procesos y su opacidad o falta de publicidad.

El proceso escrito consolidó un rol pasivo del juez a la espera del impulso procesal de parte, especialmente sobre las actuaciones relativas a los actos de proposición y a los medios probatorios. Adicional a lo anterior, se presentó un tercer problema que es sin duda uno de los más importantes: el proceso escrito facilitó la falta de inmediación judicial. En efecto, la consolidación del expediente judicial y la definición de un rol pasivo del juez conllevaron a que éste no tuviera contacto directo con las partes, peritos, testigos ni demás pruebas. Dicho contacto quedó a cargo del secretario o actuario, y demás auxiliares del juzgado que consolidaban el expediente y se lo pasaban al juez

4 El Derecho Procesal Civil en sentido amplio es la disciplina jurídica que operacionaliza los procesos sobre las materias civiles sustantivas.

para fallo. El juez solo tomaba contacto, siempre mediato, con los elementos fundamentales del proceso al elaborar la sentencia definitiva. Lo anterior generó un cuarto problema: se fomentó una excesiva delegación de funciones del juez a los funcionarios de su despacho, aun de las actuaciones procesales que requerían inmediación.

Otro problema fue la multiplicación de estructuras procesales para resolver distintos asuntos civiles, que estuvo asociada a la creencia errónea pero arraigada aún hoy en muchos países, de que cada especialidad sustancial necesita una estructura adjetiva o procesal propia. Esto generó la existencia de distintos esquemas procesales escritos que aunque guardaban relación entre sí, implicaban cambios en los plazos procesales y en algunas disposiciones específicas, por lo cual, en aquellos lugares en los que el juez era multi-competente debía tramitar los procesos con distintas normas procesales.

El peso de la justicia civil en la región, en proporción a las demás áreas de la justicia, es difícil de medir por la heterogeneidad arriba descripta. No solo existen distintas áreas especializadas en los países, sino también, distintas formas de organización judicial y de registro estadístico. Para dar algunos ejemplos sobre esta dificultad, en algunos países los casos civiles en sentido estricto que son resueltos por jueces multi competentes (mixtos, promiscuos, de paz) no son diferenciados estadísticamente como civiles, sino que son englobados en estadísticas generales de asuntos resueltos por estos jueces (El Salvador, Honduras).

Ahora bien, aun así se pueden mencionar algunos datos ilustrativos sobre el peso de la justicia civil. En un estudio anterior, CEJA estableció que en 2005 la porción de la justicia civil especializada[5] en la región, oscilaba entre el 9% y el 54% del total de causas ingresadas. Los países que reportaban una mayor proporción de casos civiles sobre el total eran Puerto Rico (54%), Argentina (47%), Ecuador (47%) y Chile (47%); mientras aquellos que reportaban una menor proporción eran El Salvador (9%), Guatemala (9%) y Costa Rica (13%). En Uruguay, por ejemplo, en 2006 el 12,1% de los asuntos iniciados en Montevideo - que concentra el 44,4% del total de procesos iniciados en el país, correspondieron a asuntos civiles en sentido estricto[6].

La gran mayoría de países independizó las áreas de familia, laboral y contencioso-administrativo del ámbito civil, por lo cual, éstas áreas no son incluidas en las estadísticas civiles; pero otros países, independizaron el área de

5 Se debe tener en cuenta que sí en el país, el área de familia se encuentra independizada del ámbito civil, dicho registro no entra en el conteo; mientras que sí no lo está, entra en dicho conteo. Y, sí el registro estadístico no distingue ni registra los procesos civiles que conocen los jueces con multicompetencias (paz, promiscuos), no se consideran en la justicia civil especializada.

6 Pereira Campos Santiago, *"El proceso civil ordinario por audiencias. La experiencia uruguaya en la reforma procesal civil"*, CEJA, Rueda, Abadi y Pereira, Montevideo, Uruguay, Mayo 2008, pg. 61.

familia solo a finales de 2005 (Chile), o no han independizado lo contencioso-administrativo (Bolivia, Chile), por lo cual, las estadísticas de su justicia civil incluían en 2005 estas materias. Otro ejemplo es que las acciones constitucionales que resuelven algunos jueces civiles especializados son registrados como "causas civiles ingresadas", aunque en estricto sentido no lo sean (Chile, Colombia, Honduras, Panamá, República Dominicana y Uruguay). Además, en algunos países hay materias típicamente civiles no registradas como tal pues fueron independizadas (Inquilinato en El Salvador y Honduras; Agrario o Tierras en Bolivia, Costa Rica y República Dominicana; Comercial en Perú, entre otras).

A partir de estas diferencias, en 2005/2006 el índice de litigiosidad civil en la región osciló entre 392 y 5.944 cada 100.000 habitantes. Los países con mayor litigiosidad fueron Chile (5.944) y Puerto Rico (4.158); mientras que los de menor litigiosidad fueron El Salvador (222), Guatemala (297) y Honduras (214). Un análisis detenido sobre este asunto da cuenta de otros fenómenos. Por ejemplo, los países con mayor índice de litigiosidad civil fueron aquellos con mayor índice de litigiosidad general, y su justicia civil especializada representaba entre el 45% y el 50% del total de la litigiosidad del país (Chile y Puerto Rico). Por el contrario, los países con menor índice de litigiosidad civil fueron aquellos con menor índice de litigiosidad general, y su justicia civil especializada constituía entre el 9% y el 18% del total de litigiosidad general (El Salvador, Guatemala, Honduras).

En todo caso, un análisis detallado sobre la existencia de altos o bajos índices de litigiosidad civil en cada país, debe considerar la desagregación del tipo y cantidad de materias independizadas, los asuntos estrictamente civiles ingresados ante los jueces especializados, los asuntos civiles resueltos por jueces con multi competencias, y la metodología del registro estadístico.

Tabla 1
Índice de litigiosidad civil según índice general de litigiosidad 2005/2006

País	Causas civiles ingresadas cada 100.000 hab.	Total causas ingresadas cada 100.000 hab.	Porcentaje índice litigiosidad civil respecto de índice general
Belice	1.569	6.683	23,5
Bolivia	1.676	4.385	38,2
Caribe del Este	1.477	5.078	29,1
Colombia	1.125	2.821	39,9
Costa Rica	1.727	12.033	14,4
Chile	**5.944**	**13.011**	**45,7**
Ecuador	822	1.829	44,9
El Salvador	**222**	**2.362**	**9,4**
Guatemala	297	2.670	11,1
Honduras	**214**	**1.172**	**18,3**
Panamá	798	3.733	21,4
Perú	1.709	5.073	33,7
Puerto Rico	**4.158**	**8.192**	**50,8**
República Dominicana	884	2.944	30,0

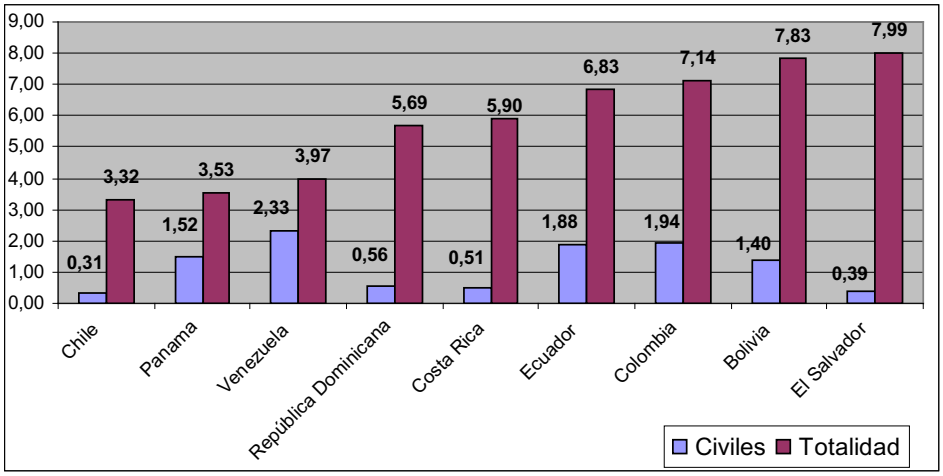
Fuente. CEJA, Reporte sobre la Justicia en las Américas 2006/2007

De otro lado, en 2005/2006 el porcentaje de juzgados o despachos civiles especializados en la región osciló entre el 4% y el 58% del total de juzgados existentes cada 100.000 habitantes. Los países con un mayor porcentaje fueron Panamá (42,9%) y Venezuela (58,6%); mientras que los de menor porcentaje fueron El Salvador (4,9%) y Costa Rica (8,6%). Al igual que con el índice de litigiosidad, un análisis detenido sobre estos datos revela otros asuntos interesantes. Por ejemplo, aunque El Salvador es el país con el mayor índice general de despachos judiciales cada 100.000 habitantes (7,99), es el que tiene el menor índice de despachos civiles (0,39) cada 100.000 habitantes. Costa Rica, con un índice de juzgados bajo, tiene una organización judicial que aprovecha economías de escala, por lo cual, varios jueces son asignados a un mismo despacho lo que implica que tener índices bajos no quiere decir necesariamente tener menos jueces por habitantes.

Adicionalmente, los casos de Chile y República Dominicana llaman la atención, pues el porcentaje de despachos civiles respecto del total de despachos corresponde al 9,4% y 9,8% respectivamente, y son países con altos índices de litigiosidad civil, lo que podría indicar una alta demora en la materia. Sin embargo, un análisis sobre este tema debe considerar igualmente

particularidades propias de cada uno de los países para verificar estructuras organizacionales.

Gráfico 1
Juzgados civiles especializados según total juzgados, c/100.000 habitantes en 2005/2006



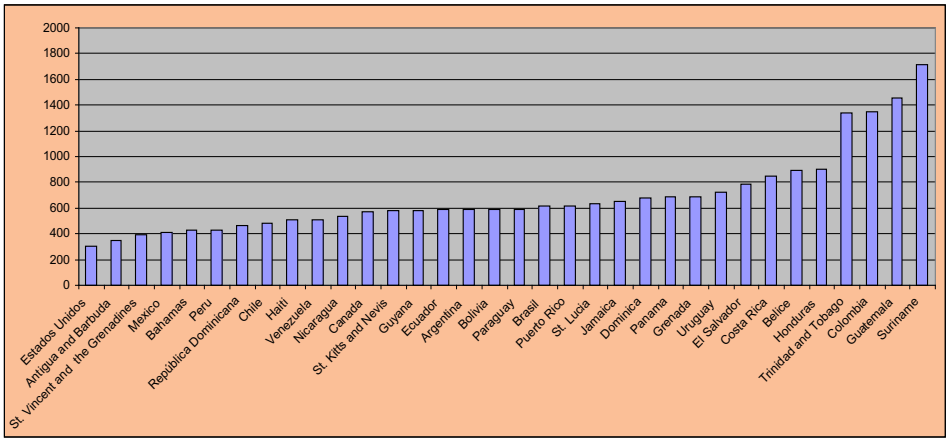
Fuente. CEJA, Reporte sobre la Justicia en las Américas 2006-2007

Por otra parte, y debido a que algunas de las controversias más importantes que resuelve la justicia civil son incumplimientos de contratos, un análisis relevante es la cantidad de tiempo que se demora en hacer efectivo un contrato cuando éste se ha incumplido (*enforce a contract)* y los costos que ello genera. El Banco Mundial lleva adelante un estudio de este tipo, que se efectúa a partir de opiniones relativas a un caso ficticio, que permite comparar entre países: a) el tiempo de duración entre que el demandante presenta la reclamación hasta que efectivamente obtiene el pago; b) los costos de dicho proceso, es decir, los tramites en los tribunales, las tasas judiciales cuando existen, y los honorarios de los abogados; y c) la cantidad de procedimientos requeridos para resolver la disputa desde la presentación de la demanda hasta el proceso de ejecución. En el análisis de 2009, el Banco Mundial utilizó un caso sobre un contrato de compraventa en la ciudad más grande del país, en el que el vendedor entrega los bienes al comprador pero éste se rehúsa a pagar aduciendo mala calidad. El acreedor lo demanda ante un tribunal, el fallo es en su favor y no es apelado por el deudor. El acreedor obtiene su dinero a través del proceso de ejecución de la sentencia[7].

7 World Bank and International Finance Corporation, Doing Bussiness 2010. En: http://www.doingbusiness.org/MethodologySurveys/EnforcingContracts.aspx

Según ese análisis comparativo, el tiempo en días que se tardaría en hacer cumplir un contrato en los países de las Américas osciló entre 300 y 1.715 en 2009. El país con menor tiempo de trámite estimado fue Estados Unidos (300), siendo éste y Antigua y Barbuda los únicos en donde la duración fue inferior a un año; mientras que el país con mayor tiempo de demora fue Suriname (1.715 días). En Trinidad y Tobago, Colombia, Guatemala y Suriname, el trámite duraría más de tres años, y en los demás países, entre trece y treinta meses.

Gráfico 2
Número de días necesarios para hacer cumplir un contrato

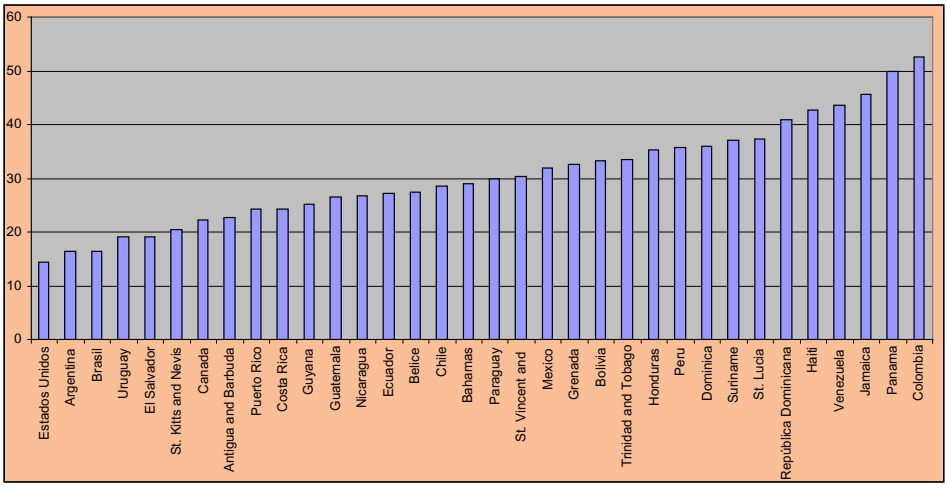


Fuente. Banco Mundial. Doing Business 2010.

Ese mismo año, el número de procedimientos necesarios para efectuar todo el proceso de reclamación y obtención del dinero osciló entre 29 y 51 en la región. El país con menos procedimientos fue Venezuela (29) y aquél con más procedimientos fue Belice (51).

Respecto de los costos para recuperar una deuda, los países con mayores costes, medidos como un porcentaje del total de la deuda, son Colombia (52,6%), Panamá (50%) y Jamaica (45,6%). Aquellos con menores costos son Estados Unidos (14,4%), Argentina y Brasil (16,5%). En la región, el promedio porcentual es de 30,55%.

Gráfico 3
Costo porcentual de la Deuda



Fuente. Banco Mundial, Doing Business 2010.

En síntesis, la heterogeneidad en la distribución de competencias dentro del área de la justicia civil, la creciente litigiosidad, la complejidad y duración de los trámites judiciales y los costos para recuperar las deudas, justifican un examen cuidadoso del funcionamiento de la justicia civil en la región y los esfuerzos emprendidos en las reformas efectuadas. Igualmente, requiere analizar si es necesaria una reforma a la justicia civil en nuestros países y los fundamentos de ésta.

2. Reformas emprendidas en la región[8]

En América Latina y el Caribe se han realizado diversas reformas a la justicia civil en los últimos 25 años. En términos generales existen dos grandes grupos de reformas. Las primeras, fueron diseñadas para el ámbito de la justicia civil en sentido amplio; y las segundas, para el sistema de justicia en general, creando algún impacto en el área civil. En el primer grupo se destacan las reformas que consagraron derechos sustanciales en materia laboral, familiar o conyugal, reformas que trajeron consigo la independización de ciertas materias del ámbito civil y la redefinición del concepto de justicia civil. Un ejemplo lo constituye la creación en casi todos los países de tribunales y/o procedimientos especiales en materia laboral y familiar. También, pero en menor

8 Un análisis sobre este mismo tema fue previamente escrito en: Villadiego Carolina, "Reforma a la Justicia Civil en América Latina: un asunto que ha estado en marcha… pero aún continúa pendiente", Julio 2008, Disponible online en la biblioteca virtual: www.cejamericas.org

medida, se especializaron las áreas comercial, agraria, niñez y adolescencia, inquilinato, entre otras.

En el mismo grupo, sobresalen dos tendencias de reformas integrales a los procedimientos civiles, que partieron de dos supuestos comunes: garantizar la oralidad e inmediación, y agilizar los procesos judiciales, poniendo las formas al servicio de los derechos sustanciales. La primera tendencia tiene como antecedente en América Latina el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (1988) y, en los países del Caribe de tradición de derecho consuetudinario, la reforma en Inglaterra y Gales (1999). Esta tendencia propone la unificación de todos los procedimientos civiles en sentido amplio (civil, comercial, agrario, laboral, familia) a través de un Código General del Proceso (Uruguay 1989) o Reglas de procedimiento civil (CARICOM 2000-2005). La segunda tendencia, promueve una reforma a los procedimientos civiles en sentido estricto (Perú 1993, con fuerte incidencia también del Código Modelo para Iberoamérica), y deja por fuera las materias de familia, laboral y contencioso – administrativo, entre otras.

Asimismo, existen reformas especiales en el ámbito civil en sentido estricto encaminadas a agilizar el trámite de algunos asuntos. Se resalta principalmente la incorporación de: a) procedimientos especiales para las cobranzas de deudas y ejecución de sentencias con contenido monetario; y b) procedimientos de pequeñas causas para resolver controversias de menor complejidad.

Entre los procedimientos especiales se encuentran la incorporación de un tipo de justicia civil de pequeñas causas que introduce la oralidad y procedimientos pretendidamente más rápidos en casos que no exceden ciertas cuantías (Brasil 1995, 2001); y el procedimiento monitorio para el cobro de deudas que constan en títulos ejecutivos y a veces en títulos de ejecución (Uruguay 1989, Costa Rica 2008). Este procedimiento monitorio consiste en que el juez, al aceptar la demanda dicta sentencia y ordena mandamiento de pago previa verificación de la validez de los documentos probatorios que confirman la pretensión; en caso que el demandado se oponga al mandamiento de pago, el procedimiento se transforma en ordinario (Uruguay) o requiere una audiencia pública (Costa Rica).

Respecto de los procedimientos de pequeñas causas, existen dos expresiones distintas en la región y fueron impulsados con el fin de promover el acceso a la justicia, disminuir los costos de litigar de las partes, e implementar un procedimiento menos complejo y más cercano a los ciudadanos/as. Una primera expresión de estos procedimientos fue diseñada para la solución de controversias contractuales y extracontractuales de cuantías menores, incluidas las cobranzas de deudas (Brasil); y una segunda, para la solución amiga-

ble de conflictos por medio de jueces ciudadanos en ámbitos vecinales o territoriales cercanos. Esta última tiene dos vertientes distintas en las Américas: a) la justicia de paz (diferente de algunos juzgados de paz que son la primera instancia del sistema de justicia en varios países de la región), cuyos jueces ciudadanos resuelven conflictos con fundamento en el criterio de equidad, es decir, en los usos y costumbres (Colombia, Perú, Venezuela); y b) la justicia vecinal, implementada en ámbitos vecinales (urbanos o rurales), cuyos jueces ciudadanos que pueden ser abogados resuelven casos en derecho a través de procedimientos menos formales y más cercanos a la población.

Por otra parte, en el segundo grupo de reformas realizadas, es decir, aquellas diseñadas para el sistema de justicia que impactaron el ámbito civil, se destacan dos grandes áreas. La primera, es la relacionada con la desjudicialización de asuntos civiles. Ésta implicó el traspaso de funciones judiciales a vías administrativas y/o servicios notariales, así como la implementación de mecanismos alternos de solución de conflictos. En el primer caso, se establecieron tribunales de libre competencia, sistemas notariales y registrales encargados de ciertos asuntos (divorcios, liquidación de sociedad conyugal, cambios en los registros de propiedad), entre otras. Y en el segundo, se incorporaron mecanismos para habilitar a las partes, tanto en ámbitos judiciales como no judiciales, a conciliar, mediar, arbitrar, o transigir algunas materias de la jurisdicción civil.

La segunda área de reformas fue la relacionada con la modernización del sistema de justicia y la incorporación de una efectiva gestión judicial y aprovechamiento de nuevas tecnologías. Entre los cambios más importantes en esta materia se destacan: la utilización de economías de escala en los despachos judiciales, la administración profesional del sistema de justicia, la redefinición del perfil y los roles de los empleados judiciales, el uso de nuevas tecnologías en todo o en parte del trámite del proceso judicial, llegando hasta el proceso judicial virtual, entre otros. No obstante lo anterior, en esta área todavía hay desafíos pendientes, pues falta una efectiva y sistemática incorporación de los conceptos de gestión judicial en el sistema de justicia.

Tabla 2[9]
Reformas efectuadas a la justicia civil en la región

País	Reformas a la justicia civil ya efectuadas			Proyectos o Anteproyectos de reforma procesal civil en marcha hasta 12/ 2008
	Integral a los procedimientos civiles en su concepción amplia	Especial a los procedimientos civiles en sentido estricto	**Especialización sustantiva o procesal de materias al interior de la justicia civil**	
Argentina – Poder Judicial de la Nación	NO	NO	SI (Seguridad Social, Trabajo, Comercial, Contencioso, Administrativo, Civil Familia)	N/S*
Argentina – Poderes judiciales provinciales	NO	SI - Córdoba, 1995 - Río Negro, 2008 - La Pampa, 2007 - Tierra de Fuego, 2007	SI (Laboral, Familia, Comercial) En Córdoba, el proceso laboral y de familia es oral	SI (Santa Fe, 2006)
Bahamas	SI (2005)	N/S	N/S	N/S
Barbados	SI (2005)	N/S	N/S	N/S
Belice	SI (2005)	N/S	N/S	N/S
Bolivia	NO	NO	SI (Familia, Trabajo, Niñez y Adolescencia, Administrativo, tributario, fiscal y coactivo, Agrario, Aduanas)	SI Proyecto de ley de procedimiento civil que está en el Congreso Nacional

9 La recolección de parte de la información fue posible gracias a la colaboración de: Carolina Mauri, Héctor Mario Chayer y Víctor Moloeznik en Argentina; Emilce Ardaya en Bolivia; Ana Tereza Sadek y Vladimir Passos de Freitas en Brasil; Gregory M Girard en el Caribe del Este; Gerardo Parajeles en Costa Rica; Ricardo Vladimir Montoya en El Salvador; Augusto Eleazar López Rodríguez y Franklin Eric Juárez en Guatemala; Federico Carlos Soto Acosta y Julio Cesar Martínez Garza en México; Ariel García Bordón en Paraguay; Liza Ramos en Perú; José Alberto Cruceta en República Dominicana; y Santiago Pereira en Uruguay.

Brasil (Federal y estadual)	NO	SI (Reforma especial de pequeñas causas, 1995, 2001, y otras reformas procesales)	SI	SI Proyectos de reforma a algunas áreas temáticas de la justicia civil
Caribe del Este**	SI (2000)	N/S	SI	SI (Directrices administrativas practicas para la aplicación de las reglas civiles)
Chile	NO	SI (Reforma procesal de familia y laboral 2005/2007)	SI (Familia, Laboral, Cobranza de lo Laboral y provisional)	SI Anteproyecto de reforma a los procedimientos civiles
Colombia	SI (Incorporación de la oralidad en los procesos, mediante ley estatutaria 1285/ 2009, pendiente de implementación)	SI (Reforma piloto a la oralidad en materia civil y laboral, 2007 – 2008)	SI (Familia, Laboral, Contencioso Administrativo)	SI Anteproyecto de Código Procesal civil
Costa Rica	NO	SI (Reforma ley de cobro judicial, contencioso administrativo procesal, y laboral, 2008)	SI (Familia, Trabajo, Pensiones Alimentarias, Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Violencia Doméstica, Agrario, Transito)	SI Proyecto de ley de reforma procesal civil que está en la Asamblea legislativa
Ecuador	NO	N/S	SI	N/S
El Salvador	NO	SI (Código procesal civil y mercantil 2008 – vigencia a partir de 01/01/2010)	SI (Familia, Laboral, Transito, Mercantil, Inquilinato)	N/S

Guatemala	NO	SI (No es una reforma procesal como tal, sino un cambio en el modelo de gestión para el trámite por audiencias de procesos civiles y de familia, que se aplica en la región nor occidente del país)	SI (Niñez y adolescencia, Familia, Laboral)	SI Anteproyecto de Código Procesal General elaborado en el año 2000 por la Corte Suprema que se encuentra en el organismo legislativo
Honduras	NO	SI (Reforma procesal civil inició el 01/2009)	SI (Familia, Laboral, Niñez y Adolescencia, Contencioso Administrativo, Violencia Doméstica, Inquilinato)	N/S
Jamaica	SI (2002)	N/S	N/S	N/S
México (Sistema Federal)	N/S	N/S	N/S	N/S
México (Sistema Estadual)	NO	SI (Nuevo León, algunos aspectos civiles y familiares concretos)	SI	N/S
Nicaragua	NO	N/S	SI (Familia, Trabajo)	SI (Anteproyecto Código procesal civil de Nicaragua elaborado por la Corte Suprema de la República. Octubre 2008) Contiene reforma en materia civil y de familia

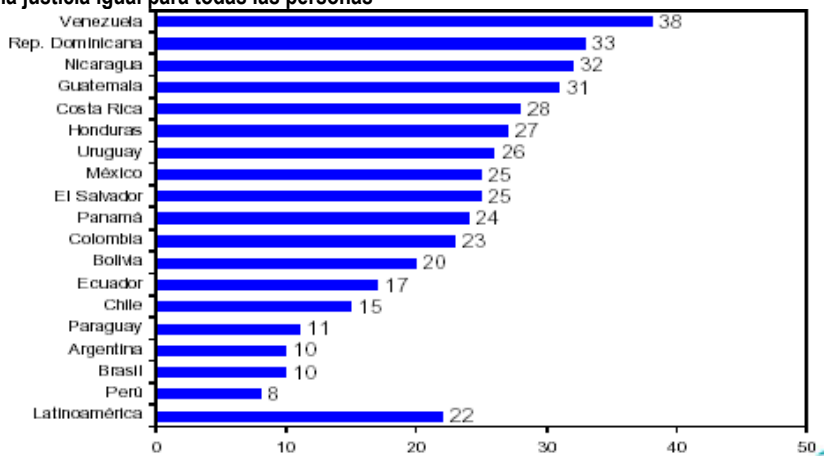
Panamá	NO	N/S	SI (Familia, Trabajo, Niñez y Adolescencia, Libre Competencia y asuntos del consumidor, Marítimo)	N/S
Paraguay	NO	No	SI (Niñez y Adolescencia, Laboral)	SI Proyecto de reforma general a los procesos civiles en sentido amplio (2003)
Perú	NO	SI (Reforma al procedimiento Civil, 1993)	SI (Familia, Laboral, Comercial, Contencioso Administrativo, Tránsito)	N/S
Puerto Rico	SI (Reglas especiales al procedimiento civil, 1976)	N/S	SI (Familia)	SI Comité asesor de reforma a las reglas de procedimiento civil
República Dominicana	NO	NO	SI (Familia, Trabajo, Niñez y Adolescencia, Contencioso- tributario, Tierras, Municipal)	SI Anteproyecto de reforma a la justicia civil (2008)
Trinidad y Tobago	SI (2005)	N/S	N/S	N/S
Uruguay	SI (1989)	Materias incluidas en reforma general de 1989. Proceso laboral autónomo (2009)	SI (Familia, Laboral, Concursales, Contencioso-Administrativo, Familia especializada, Aduana y pequeñas causas de relaciones de consumo)	SI - Proyecto de ajustes al Código General de Proceso en aspectos que generaron dudas jurisprudenciales y

Fuente. CEJA, Reporte sobre la Justicia en las Américas 2006-2007
***N/S: No se sabe**
****Caribe del Este: Antigua y Barbuda, Grenada, Dominica, San Kitts y Nevis, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas, y los territorios británicos de: Monserrat, Anguilla e Islas Vírgenes Británicas**

En conclusión, distintos países han emprendido reformas de distinto grado a la justicia civil. Una gran cantidad de ellas fueron dirigidas al ámbito amplio y sustantivo de la justicia civil con el ánimo de generar herramientas encaminadas a garantizar los derechos establecidos en materias laborales, familiares, de infancia, entre otras. Para esto, se expidieron leyes sustantivas que desarrollaran dichos derechos, se efectuaron reformas en algunas materias civiles, y se independizaron algunos ámbitos de la hasta entonces llamada "justicia civil". Otras reformas se dirigieron a modificar integralmente el ámbito procesal de la justicia civil, adoptando una estructura general cuando el país poseía un concepto amplio de ella, o particular, cuando tenía un concepto estricto. Por esto, en algunos países se incorporaron nuevos códigos procesales. Finalmente, otro grupo de reformas en la justicia civil se dirigieron a generar herramientas que mejoraran la solución y trámite de los asuntos civiles. En varios lugares se incorporaron mecanismos de desjudicialización de asuntos civiles (traspaso a instancias administrativas y mecanismos alternos de solución de conflictos), así como, herramientas de gestión y tecnologías de información y comunicación.

Sin embargo, la percepción de las personas respecto de la confianza en los sistemas judiciales y el acceso a la justicia es ampliamente deficiente en la región. Así, de acuerdo con un estudio de Latinobarómetro en 2007, el 75% de las personas de Latino América creen que existía desigualdad en el acceso a la justicia[10].

Gráfico 4
Acceso a la justicia igual para todas las personas



Fuente. Latinobarómetro 2007.

10 Corporación Latinobarómetro, Informe Latinobarómetro 2007 Banco de Datos en Línea, Santiago de Chile, Noviembre de 2007, pg. 97.

En conclusión, la justicia civil –en sentido amplio y estricto- está encaminada a resolver conflictos ciudadanos de mayor o menor complejidad que afectan a las personas en su vida cotidiana. En la región, existe una importante litigiosidad en estas materias (1.534 causas civiles cada 100.000 habitantes en promedio en la región), y sin embargo, la duración de los procesos (709,68 días en promedio en la región), y los costos de los mismos (31,2% de la deuda en promedio en la región) son demasiado elevados para generar una pronta y oportuna administración de justicia. Tal vez por eso, la percepción ciudadana acerca de la confianza en los sistemas judiciales y el acceso igualitario a la justicia es altamente insuficiente en la región, a pesar de las diversas reformas emprendidas.

Por este motivo, una reforma integral y sistémica a la justicia civil continúa pendiente en varios países de la región. Las transformaciones efectuadas, en su mayoría, no han dado una respuesta plena a las necesidades sociales, sea por su carácter parcial o por estar inacabadas; sea porque deben ajustarse a nuevos desafíos o aun están por emprenderse en aquellos países en los que no se hicieron cambios significativos. La mayoría de las reformas a la justicia civil se hicieron de manera parcial; se redujeron a la incorporación de cambios sustanciales y no emplearon una estrategia sistémica, compleja e integral de reforma; o fueron enfocadas hacia la mejora sustantiva, y a veces procesal de derechos ciudadanos, pero dejaron de lado aspectos centrales de implementación. Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se propone las líneas generales de algunos aspectos de la reforma a la justicia civil en la región.

II. PROPUESTA PARA UNA REFORMA A LA JUSTICIA CIVIL EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Una propuesta de reforma a la justicia civil debe tener un enfoque sistémico, complejo e integral con perspectiva de política pública. Debe definir los asuntos civiles y las variadas formas de soluciones posibles desde el Estado, distintas a su trámite en el Poder Judicial. Debe profundizar en los principios procesales básicos que deben observarse en los conflictos que se resuelven dentro del sistema de justicia.

Adicionalmente, debe definir el esquema procesal de las causas que se tramitan judicialmente, es decir, aquellas de conocimiento y de ejecución; sin poder reducirse la reforma civil a este solo componente. Finalmente, debe proponer un modelo de gestión y las tecnologías de información y comunicación requeridas en la justicia civil, y su metodología de financiamiento.

A. ENFOQUE SISTÉMICO, COMPLEJO E INTEGRAL DEL PROCESO DE REFORMA[11]

El enfoque sistémico consiste en que las propiedades esenciales de un organismo o sistema viviente son propiedades del todo y no la suma aritmética de sus partes, pues son patrones de una red inseparable de relaciones. Dichas propiedades surgen de las interacciones y las relaciones entre las partes, y se destruyen cuando el sistema es fraccionado o desarmado en la práctica o en la teoría, y sus componentes son aislados funcional o analíticamente. Una de las principales características del enfoque sistémico es la concepción de las propiedades como un conjunto que emerge de las relaciones entre las partes.

En un proceso de reforma a la justicia civil, el enfoque sistémico significa que no pueden tratarse de manera aislada los componentes de la reforma, sino que se requiere observar los principios esenciales del sistema judicial como organización a través de un enfoque contextual distinto al meramente analítico.

La perspectiva integral y sistémica de la reforma a la justicia civil puede y debe, mantenerse aun cuando las reformas sean concretadas e implementadas en la práctica, a partir de políticas públicas sectoriales concentradas en áreas específicas (por ejemplo el área laboral, de familia, comercial, entre otras).

Esta perspectiva requiere mantener tres dimensiones:

a) Dimensión vertical: alude a la necesidad de tener en cuenta todos los elementos constitutivos del sistema de justicia civil: diseño institucional, organización, normas procesales, prácticas de gestión, recursos humanos, entre otras. Varias reformas parciales han fracasado por ignorar algunos de estos elementos y centrarse, por ejemplo, en las reformas a las leyes procesales.

b) Dimensión horizontal: indica que todo cambio, aunque sea parcial en un sector de la justicia civil, debe ser armonioso con el resto del sistema. Obedece a la conveniencia de no contrariar la unificación procesal, mantener economías de escala a nivel organizacional y tecnologías de información y comunicación.

c) Dimensión integral en materia territorial: aunque sea de manera gradual y paulatina, las ventajas de la reforma civil deben extenderse a todas las regiones y habitantes de un país.

11 Véase: a) Buscaglia Edgardo, y otros, "*El sistema de justicia penal y su reforma. Teoría y práctica*", Editorial Fontamara 2005, México; b) Pereira Campos, Santiago, "*Después del Código Modelo: Nuevos desafíos de la reforma a la justicia civil en Latinoamérica*", Ponencia en el Seminario Internacional Innovación en la Justicia civil, Mayo 2008, Disponible en: www.cejamericas.org

La reforma al sistema de justicia civil debe asumirse como una respuesta a múltiples necesidades ciudadanas, encaminada a efectivizar acuerdos entre ciudadanos, hacer cumplir las leyes, garantizar los derechos humanos, defender intereses de personas en condiciones de vulnerabilidad, resolver conflictos donde las partes se encuentran en condiciones de igualdad y aquellos en los que una de ellas se encuentra en situación de subordinación, indefensión o abuso de posición dominante, entre otras.

Cualquier intento de reforma judicial civil debe incorporar las lecciones aprendidas de otras reformas efectuadas con anterioridad, incluyendo las del área penal. Estas experiencias han demostrado que la efectividad del proceso requiere un enfoque sistémico e integral, que incluya además de cambios normativos un proceso de implementación, seguimiento y evaluación basado en decisiones concretas.

1. Heterogeneidad de Asuntos y Estrategias Procesales

Una poderosa razón a favor de un enfoque sistémico e integral, es que los asuntos de conocimiento de la justicia civil son altamente **heterogéneos**, que varían entre los distintos países de la región, y además responden a políticas sociales diferentes. Enfoques fragmentarios o parciales, particularmente a través de una excesiva especialización por materia, conllevan riesgos de atomizar la calidad de las respuestas, aumentar desmesuradamente los costos, y dificultar el acceso a la justicia.

En efecto, la justicia civil en sentido amplio involucra materias comerciales, familiares, de niñez y adolescencia, laborales, concursales, agrarias, étnicas, y a veces, contencioso – administrativas. Además, responde a distintos intereses de las personas, como por ejemplo, económicos, políticos, familiares, privados, laborales, entre otros. Igualmente garantiza diversos derechos humanos, pues además del acceso a la justicia y al debido proceso, las personas que acceden a ella pretenden salvaguardar también su integridad personal (maltrato infantil), su trabajo (reclamos laborales), sus derechos colectivos (tierras indígenas), su libertad de asociación (reclamos sindicales), su propiedad privada (expropiación sin indemnización efectiva), su salud (negligencia médica), entre otros. Y como si fuera poco, atiende conflictos derivados de distintas formas de expresión de la autonomía de la voluntad de las personas: cobranzas de deudas, incumplimiento de contratos, relaciones laborales y familiares en las que hay subordinación e indefensión, reclamos de consumo en los que existe asimetría de información o conflictos derivados del abuso de posición dominante, entre otros.

Otra razón, es que distintos asuntos civiles requieren distintas **estrategias procesales** para su solución, según determinadas características que presen-

tan. ¿Cuáles son las características que se deben tener en cuenta para establecer el trámite procesal adecuado? El punto de partida, es la existencia o no de una real controversia, y el grado de complejidad del litigio.

En primer lugar, se debe identificar si el caso contiene una **real** controversia entre las partes o si éstas recurren a la justicia civil para formalizar un acuerdo previamente establecido o realizar un mero trámite exigido por la ley. Debe buscarse una estrategia procesal diferente de la resolución a través de un proceso adversarial con plenas garantías de contradicción entre las partes, pues ello sólo es requerido cuando existe controversia. Debe ser un mecanismo sencillo que permita la realización del trámite requerido, o de la validación del acuerdo. Algunos ejemplos que ilustran los asuntos a los que se está haciendo referencia, son: sucesiones sin controversia y disoluciones de sociedades de mutuo acuerdo, procesos de adopción sin oposición, cobranzas de deudas con título ejecutivo sin oposición del deudor, indemnizaciones laborales de mutuo acuerdo, matrimonios y registros de las personas y de los bienes ante jueces civiles, divorcio por mutuo acuerdo, venias y autorizaciones, entre otras.

El segundo factor que influye en el tipo de trámite procesal es la complejidad del litigio. Cuando hay contradicción, se debe identificar qué asuntos tienen un **alto** grado de complejidad, y cuáles uno **menor**. En ambos casos se requiere un proceso adversarial con plenas garantías de inmediación, concentración e igualdad razonable de oportunidades de defensa; pero en el primero, se necesita estándares probatorios más altos que en el segundo. En éste último, se pueden flexibilizar aspectos procesales, realizar actuaciones menos formales, y disminuir los costos del proceso.

Ahora bien, ¿qué elementos definen la complejidad de una controversia? Si bien la respuesta a esta pregunta debe brindarla cada sistema de justicia mediante un análisis particularizado sobre su movimiento de causas y los conflictos que en ellas se tratan, se pueden mencionar algunas características. Un conflicto de menor complejidad, por ejemplo, puede ser: a) cotidiano, es decir, que se presenta en la sociedad de manera usual, afecta a una gran cantidad de personas, y su reclamación es constante en el sistema de justicia civil; b) con pretensiones que no exceden montos determinados de dinero; c) vecinal, en ámbitos urbanos o rurales, entre otros.

Algunos ejemplos habituales de controversias de menor complejidad son: incumplimientos de contratos por montos pequeños, conflictos entre vecinos por exceso de ruido, responsabilidad extracontractual por daños ocasionados por animales en ámbitos vecinales, reclamaciones derivadas de relaciones de consumo, entre otras. Y algunos ejemplos de controversias de mayor complejidad son: incumplimientos de contratos por culpa del demandado, negligen-

cia médica, delimitación de linderos por error en el registro público, revisión de custodia de hijos por violencia intrafamiliar, despido laboral injustificado, reclamaciones derivadas de accidentes de tránsito, conflictos societarios, responsabilidad profesional, transporte de mercaderías y personas, entre otras.

La clasificación de asuntos por su grado de contradictoriedad y complejidad permite articular respuestas sistemicamente armoniosas aun para distintas materias, facilitando el acceso a la justicia a través de procedimientos similares para casos de similar controversialidad o complejidad, con los menores costos posibles, y calidad de respuesta uniforme.

2. Políticas Públicas que establezcan herramientas concretas y eficaces

Otra razón para un enfoque sistémico, complejo e integral de la reforma a la justicia civil, es que ésta, en definitiva, no es más que una **política pública** que establece herramientas concretas para garantizar principios jurídicos y aspectos sustantivos, procesales, y de gestión e información.

Las políticas públicas judiciales deben responder necesariamente a ciertos objetivos generales: i) la garantía de los derechos humanos y de los derechos contenidos en los principios procesales; ii) la promoción de políticas sociales efectivas y la inclusión y cohesión social de un país; y iii) la generación de condiciones benéficas para el desarrollo socio económico y la modernización del país. Para realizar estos objetivos generales, el enfoque sistémico e integral debe agregar el desarrollo de otros objetivos específicos, como por ejemplo, fortalecer el acceso a la justicia, garantizar el debido proceso, generar mayor satisfacción de la demanda ciudadana, utilizar de manera eficiente los recursos públicos, y contemplar una asistencia técnica y especializada en la solución de determinadas controversias, entre otros.

A título de ejemplo, para garantizar los derechos humanos y los derechos procesales, una reforma debe incorporar mecanismos que permitan el cumplimiento de estándares (máximos y mínimos) del debido proceso en la justicia civil, y que creen distintas formas de solución de asuntos civiles según sus características, tales como, la adopción de mecanismos alternos de solución de conflictos (mediación y conciliación) cuando las partes se encuentran en condiciones de igualdad. Por otra parte, para garantizar la promoción de políticas sociales efectivas y la inclusión y cohesión social de un país, una reforma debe incorporar mecanismos que fortalezcan la igualdad razonable de oportunidades de defensa en aquellos casos en los que alguna de las partes se encuentra en condición de subordinación, indefensión, asimetría de información o es víctima de abuso de posición dominante; y crear mecanismos que fortalezcan el acceso a la justicia de los ciudadanos, incluidos los que impliquen que el patrocinio legal no sea obligatorio. Y, de otro lado, para garantizar

la generación de condiciones benéficas para el desarrollo económico – social de un país, una reforma debe incorporar entre otros mecanismos, aquellos que garanticen la seguridad jurídica y la asistencia técnica de la solución de casos altamente complejos que requieren conocimiento especializado en materias distintas al derecho.

3. Plan sistémico e integral de la reforma

El enfoque sistémico, complejo e integral de la reforma a la justicia civil, debe plasmarse también al momento de la **implementación**. Ahora bien, ¿qué tipo de mecanismos garantizan esta implementación adecuada? La respuesta a esta pregunta debe incluir al menos la formulación de un plan sistémico e integral que desarrolle aspectos metodológicos y sustanciales. Un plan de estas características debe incluir la participación de diversos sectores de la sociedad en el proceso de reforma y divulgar los contenidos propuestos, además de establecer mecanismos de monitoreo, seguimiento y evaluación de la implementación, prever herramientas de formación en aspectos sustantivos y destrezas procesales, asignar recursos no solo para el diseño de un nuevo procedimiento, sino también para su implantación y evaluación, entre otras.



Fuente. Pereira Campos, Santiago. 2008

Un plan sistémico e integral de reforma a la justicia civil, como surge del cuadro precedente, debe:

i) Contar con una metodología que permita un diseño e implementación que garantice la efectiva incorporación de los elementos centrales de la reforma.
ii) Realizar un relevamiento de la situación, de modo de obtener información fiable que permita un adecuado diseño de la reforma.
iii) Diseñar de modo integral y sistemático los cambios necesarios, propendiendo a la participación ciudadana.
iv) Definir los mecanismos requeridos para la implementación adecuada de la reforma, considerando las necesidades ciudadanas.
v) Diseñar una transformación normativa que incorpore las herramientas legales necesarias para la implementación de los cambios requeridos.
vi) Diseñar la adecuación organizacional necesaria para que los distintos operadores del sistema de justicia civil puedan implementar los cambios establecidos.
vii) Establecer herramientas apropiadas para la adopción de los cambios por los distintos actores del sistema de justicia con metas e indicadores claros y eficientes.
viii) Definir los mecanismos de implementación.
ix) Apropiar los recursos requeridos para la implementación (gradual o inmediata).
x) Establecer procedimientos de monitoreo y evaluación.
xi) Establecer mecanismos apropiados para realizar los ajustes requeridos a la reforma en su proceso de implementación considerando las metas y los indicadores predefinidos.
xii) Generar ámbitos de diálogo entre actores claves de la justicia civil, incluidos los operadores del sistema y los usuarios potenciales y permanentes.



Fuente. Pereira Campos, Santiago

La modernización de la Justicia Civil no puede omitir el análisis de la organización judicial con la que cuenta el país (tribunales, competencias, sistema de ascensos y carrera judicial, etc.), y los recursos humanos y materiales existentes (jueces, funcionarios, oficinas, equipamiento, tecnología, etc.) para operativizar cualquier cambio. Por supuesto, el modelo procesal, por su parte, debe contemplar los principios y las nuevas estructuras procesales adecuadas para la satisfacción de los derechos sustanciales.

A partir de estos tres elementos, debe plantearse la nueva organización y gestión de los despachos judiciales, asumiendo los cambios organizacionales y procesales, y los recursos que ellos demanden.

Un adecuado plan de capacitación previo, concomitante y permanente con todos los operadores jurídicos y de los ciudadanos en general permite realizar el paso de la realidad anterior al nuevo modelo de justicia.

La satisfacción plena de los estándares del debido proceso no será posible sin la existencia de mecanismos alternos de solución de conflictos que proveen simultáneamente soluciones rápidas y auto compuestas de estricta calidad, y también, equilibren el sistema haciendo que lleguen a juicio pleno,

con el consumo de recursos que ello implica, solo los casos mas complejos y contradictorios.

Finalmente, la justicia civil modernizada debe contar con sistemas adecuados de asistencia jurídica a los ciudadanos, que garanticen una igualdad procesal efectiva.

B. DISEÑO DE LA REFORMA CON PERSPECTIVA DE POLÍTICA PÚBLICA[12]

1. Las políticas públicas en el sistema de justicia

Las políticas públicas tienen como objetivo desarrollar de manera específica disposiciones normativas que rigen el accionar de entidades estatales, e impactan en la vida de las personas. Deben responder a la pregunta ¿cuáles son los medios empleados y los resultados obtenidos en la ejecución de la función pública? Una respuesta, incluso en el campo judicial, debe fundarse en un plan con metas, objetivos y resultados para desarrollar la función, y establecer la metodología de su desarrollo y evaluación.

Una perspectiva de política pública es imprescindible en el desarrollo de la función pública, y la administración de justicia no es la excepción. En efecto, la justicia debe concretizar la garantía de los derechos establecidos en instrumentos internacionales, constituciones y leyes nacionales, por lo cual, requiere establecer metas, objetivos y resultados anuales, asignar presupuesto para alcanzar dichos objetivos, e instituir mecanismos de control y seguimiento a las políticas diseñadas. Igualmente, dado que los recursos públicos son escasos, debe priorizar la realización de determinados objetivos y planear de manera adecuada su realización.

Debido a que el sistema de justicia civil responde a derechos e intereses de las personas que son protegidos y considerados fundamentales en los Estados democráticos, debe subordinarse a objetivos como propender a la inclusión y la cohesión social, promover políticas sociales efectivas, fortalecer la garantía de los derechos humanos, generar condiciones benéficas para el desarrollo socio económico y la modernización del país, y garantizar derechos mediante los principios procesales debidamente efectivizados.

El efectivo funcionamiento del sistema de justicia implica la realización de fines esenciales del Estado. Por ejemplo, la garantía de derechos humanos

12 Véase: Vargas Viancos Juan Enrique, "*La Reforma a la Justicia Civil desde la perspectiva de las políticas públicas*", Centro de Estudios de Justicia de las Américas, "Nueva Justicia Civil para Latinoamérica: Aportes para la reforma", Agosto 2007, disponible en: www.cejamericas.org

fundamentales, distintos al debido proceso y al acceso a la justicia, como el derecho a la propiedad, al trabajo, a la infancia, entre otras. Así mismo, debe efectivizar algunas políticas sociales tendentes a evitar el abuso en determinadas relaciones sociales cuando una de las partes tiene una posición dominante.

Adicionalmente, los objetivos generales del sistema de justicia civil deben tener en cuenta que, debido al creciente intercambio de bienes y servicios entre las personas, el buen funcionamiento del sistema de justicia civil con procedimientos efectivos, oportunos y razonables para la solución de controversias, fortalece el desarrollo socio económico de un país. Esta confiabilidad no sólo es para los grandes inversionistas (nacionales o extranjeros), sino también, para pequeños y medianos empresarios que buscan generar ingresos propios a través de intercambios cotidianos de bienes y servicios con ciudadanos.

2. Justicia Civil y Derechos Humanos: debido proceso y acceso a la justicia[13]

El objetivo general de política pública consistente en garantizar los derechos humanos, en el sistema de justicia civil puede ser desarrollado a partir de garantizar dos objetivos específicos: el debido proceso y el acceso a la justicia. Éstos deben ser garantizados según distintos criterios, ya que una política pública que promueva el debido proceso y el acceso a la justicia debe entender las características de los procesos civiles y establecer distintos estándares para su satisfacción. Dichos estándares deben comprender el universo extenso y diverso de los conflictos en materia civil, para determinar la necesidad y pertinencia de unos u otros en la solución de los casos civiles.

Para ello, es necesario responder tres preguntas en relación a ambos derechos: i) ¿se deben establecer los mismos estándares para la resolución de todas las controversias civiles?; ii) ¿se puede permitir la renuncia de ciertas garantías del debido proceso en la resolución de casos civiles?; iii) ¿se puede permitir la limitación previa por parte del Estado de determinadas garantías del debido proceso?

Las respuestas a estas tres preguntas deben considerar varios factores. En primer lugar, se ha establecido que los derechos humanos no son absolutos, sino que en determinadas ocasiones y bajo ciertas circunstancias, algunos de ellos pueden ser objeto de suspensión o limitación. La Convención Americana de Derechos Humanos, vinculante para varios Estados de la región, establece los elementos que debe observar la garantía del debido proceso: i) que la per-

13 Véase: a) Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 8,1; b) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 6 de Agosto de 2008, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), entre otras.

sona sea oída; ii) que en el proceso cuente con las debidas garantías; iii) que el proceso se efectúe en un plazo razonable; y iv) que se efectúe ante un juez o tribunal competente previamente establecido. Adicionalmente, la Convención al igual que varias Constituciones Políticas de la región, establece que algunos derechos pueden ser suspendidos en casos de "guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado" (Artículo 27) y que pueden ser limitados cuando se requiere, por ejemplo, el respeto a los "derechos de los demás, la seguridad de todos, el bien común" (Artículo 32). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado algunos criterios para la limitación de los derechos humanos, como por ejemplo: i) la legalidad de la medida restrictiva, es decir, que la restricción se encuentre prevista en la ley; ii) la finalidad de la medida restrictiva, es decir, que el argumento para limitar el derecho esté permitido por la Convención; y c) la necesidad de la restricción en una sociedad democrática y la proporcionalidad de la medida restrictiva.

Ahora bien, la definición no absoluta de los derechos humanos no quiere decir que éstos puedan ser vulnerados, sino que deben ser garantizados a través de distintos estándares de satisfacción.

2.1. Debido proceso

En el caso del debido proceso, un sistema de justicia civil debe considerar en qué circunstancias corresponde que sea garantizado con el cumplimiento de los mayores estándares de satisfacción, y en qué otras conviene que sea garantizado con estándares inferiores. Esto también requiere definir cuáles son los estándares más altos de satisfacción del derecho, cuáles los menores, y cuáles son los mínimos imprescindibles de un debido proceso civil. En los próximos capítulos se brindan elementos de análisis para la consideración de mayores y menores estándares de satisfacción del debido proceso en el sistema de justicia civil; pero se pueden anticipar los mínimos imprescindibles.

El debido proceso civil debe garantizar, al menos, que una persona afectada por una controversia civil pueda acceder y comunicarse personalmente con una autoridad competente, independiente e imparcial, que tiene asignada la función de resolución y adjudicación de la controversia a través de varias herramientas, siendo indispensable, que una de ellas sea el contacto directo con la adquisición, contradicción y valoración de las pruebas.

De otro lado, la definición no absoluta del derecho humano al debido proceso implica también, que los ciudadanos pueden renunciar voluntariamente a la satisfacción de los mayores estándares del mismo, o al uso de algunas de sus herramientas, en la medida que el interés público no está comprometido en ese conflicto; típicamente, en los casos patrimoniales entre privados.

Todo proceso de reforma a la justicia civil debe preguntarse si el Estado debe obligar a las personas a resolver las controversias civiles con el cumplimiento de determinados estándares, o si puede facultarlas a renunciar a dichas garantías cuando media consentimiento informado sobre ello. La respuesta debe tener en cuenta que en los asuntos civiles generalmente tiene prioridad la autonomía de la voluntad de las personas para contraer obligaciones (sin perjuicio de crecientes limitaciones por la vía de la creación de marcos jurídicos de orden público en temas como relaciones de consumo, derechos del trabajador, protección del medio ambiente, entre otras), o la necesidad de responder por hechos involuntariamente efectuados que generan daños a terceros. Por esto, la posibilidad de renunciar a ciertas garantías del debido proceso en materia civil es pertinente, siempre y cuando se pueda verificar la voluntad real de las personas para hacerlo, especialmente si en la relación civil media subordinación, indefensión o posición dominante de alguna de las partes.

En efecto, en los conflictos civiles, las personas renuncian todo el tiempo a garantías del debido proceso sin que con ello se vulnere un derecho humano. Por ejemplo, renuncian al acceso a un recurso judicial y resuelven la controversia a través de una transacción; renuncian a la resolución de un caso de alta complejidad a través del sistema de justicia tradicional y eligen un tribunal de arbitraje de única instancia; renuncian a un tipo de procedimiento judicial complejo y optan por un procedimiento más rápido y flexible en el que declinan ciertas garantías, tales como, actuaciones procesales, posibilidad de recurrir el fallo, entre otras.

La garantía del debido proceso en materia civil debe entonces tener en cuenta la heterogeneidad de las controversias civiles, sus características, y la posibilidad de establecer diferentes formas de solución para ellas. Esta política debe examinar en profundidad dichos asuntos para establecer los estándares de satisfacción del debido proceso, y determinar: i) cuáles asuntos son apenas trámites, es decir, no constituyen ningún tipo de controversia; ii) cuáles pueden ser resueltos mediante acuerdo entre las partes; iii) cuáles pueden ser susceptibles de que se renuncie a su solución en el Poder Judicial; iii) cuáles requieren herramientas que generen equilibrio entre las partes pues existe condición de subordinación, indefensión, o posición dominante de alguna; y iv) cuáles pueden ser resueltos con restricciones al debido proceso, y cuáles mediante el empleo de los mayores estándares de satisfacción de este derecho.

2.2 Acceso a la justicia

Por otra parte, el objetivo específico de acceso a la justicia debe contemplar, entre otras cuestiones, el acceso a los tribunales y el derecho al proceso. Al

igual que en el caso del debido proceso, deben establecerse distintos estándares de satisfacción de este derecho y mínimos imprescindibles. Una política pública en este sentido debe responder a las preguntas, ¿cómo se garantiza el acceso efectivo de las personas a los tribunales y al proceso?, ¿cuáles son los mayores estándares de satisfacción de este derecho, cuáles son los menores, y cuáles son los mínimos imprescindibles?

La respuesta a estas preguntas debe ser efectuada en cada país; este documento solo pretende abrir el debate y brindar algunos elementos para el análisis. Por ejemplo, se puede considerar que uno de los mínimos imprescindibles es la obligación del sistema de justicia de brindar un recurso efectivo a las personas, previamente establecido en la ley, para la reclamación de sus controversias civiles. Pero el Estado puede establecer criterios de admisibilidad de dichos recursos, y definir cuáles consagra para ciertas reclamaciones y cuáles para otras.

El acceso a la justicia exige, en ciertos casos, la disponibilidad de asistencia jurídica a las personas para que éstas litiguen. Pero, ¿quiere ello decir que se debe establecer para todos los casos civiles un patrocinio legal obligatorio? En realidad, no siempre es así. La respuesta depende de la realidad social, económica, jurídica y territorial de cada país. En algunos países, la cultura jurídica hace impensable un esquema de falta de patrocinio legal obligatorio, salvo casos excepcionales. En otros países, imponer el patrocinio legal obligatorio es imposible. Incluso en ciertas materias, como la de familia, puede resultar pragmáticamente aconsejable, para evitar la sobrecarga de los tribunales cuando deben brindar atención primaria en cuestiones que la intervención de un abogado hubiera evitado que lleguen a judicializarse.

La obligación de brindar asistencia jurídica implica generar creativamente distintas herramientas que permitan que las personas sean asistidas legalmente en los procesos civiles, siendo una de las posibilidades, el patrocinio legal. Por ello, se debe analizar las características de los procesos civiles, y definir cuáles requieren patrocinio obligatorio y cuáles facultativo. Es importante analizar además, los casos en los que es necesario un patrocinio legal, y verificar las características de los conflictos, las condiciones económicas de las partes, y las relaciones entre ellas (condición de indefensión, subordinación o posición dominante de una parte), para establecer distintas herramientas que permitan el ejercicio de una adecuada defensa, con o sin patrocinio legal obligatorio. En algunos casos, por ejemplo de pequeño monto, puede sustituirse el patrocinio letrado obligatorio por oficinas de orientación a los litigantes (por ejemplo consumidores) que colaboren en la preparación de las demandas (generalmente formularios predeterminados) y den pautas al ciudadano de cómo actuar en la audiencia.

2.3. Acceso a la justicia: costo de la justicia y uso eficiente de los recursos públicos[14]

Una política pública de acceso a la justicia debe definir si esta garantía implica que debe ser gratuito todo acceso a la justicia civil. La respuesta a esta pregunta también debe efectuarse en el marco de cada país, existiendo varios países en la región que consagran la gratuidad a nivel constitucional. Sin embargo, se pueden mencionar algunos criterios que pueden guiar este análisis y un re examen de la situación.

En primer lugar, debido a que los asuntos civiles son aquellos en los que existe principalmente autonomía de la voluntad de las partes, una gratuidad absoluta debe confrontarse de cara a las controversias de las que trata y las características de las partes en conflicto. Dicho esto, no parece irrazonable un cobro proporcional al monto de la reclamación en aquellos casos en los que los demandantes son usuarios frecuentes del sistema de justicia, y de manera habitual solicitan el cobro de títulos ejecutivos y presentan varias demandas al año. Es decir, en el "modelo de negocios" de estos usuarios se incluye la recuperación judicial de deudas. En cambio, la gratuidad podría mantenerse en aquellos casos en los que la parte pretende reclamar un derecho que siente vulnerado en una relación en la que se encuentra en condición de subordinación, indefensión o es víctima de abuso de posición dominante.

En segundo lugar, las tasas de justicia no vulneran *per se* el derecho humano de acceso a la justicia, sino que lo vulneran cuando son exageradas y establecidas sin una justificación razonable por las necesidades del sistema de justicia.

Lo anterior está íntimamente ligado con otro objetivo general de política pública que debe tenerse en cuenta en la justicia civil: el uso eficiente de los recursos públicos. En este tema, la pregunta a responder es sí los recursos asignados mediante el presupuesto público son utilizados de la manera más eficiente posible en el sistema de justicia civil. En este punto, y sin perjuicio de las consideraciones existentes en los distintos países de la región, se proponen algunas consideraciones para evaluar la eficiencia del gasto.

14 Véase: a) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantos Vs. Argentina, Sentencia de 28 de noviembre de 2002; b) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ivone Neptune vs Haití, Sentencia 6 de Mayo de 2008; c) Corte Europea de Derechos Humanos, Grand Chamber, Case of Scordino v. Italy (no. 1), (application no. 36813/97), Judgment, Strasbourg, 29 march 2006.

El uso eficiente de los recursos en la justicia civil aconseja que:

i) Se establezcan distintos mecanismos para la solución de controversias civiles según las características de los asuntos, de manera tal que puedan emplearse mecanismos alternos de solución de conflictos para disminuir el número de casos que llegan a contienda judicial, procesos judiciales más simples para casos específicamente establecidos, traspaso a instancias administrativas de casos en que no se verifica controversia, y procesos judiciales de mayor complejidad y costo en los asuntos que los requieren.

ii) Se incorpore el principio de proporcionalidad entre la entidad del litigio y los recursos asignados, es decir, se garantice el acceso a la justicia y el debido proceso según distintos estándares de satisfacción, que sean acordes al objeto del litigio y las características de las partes. Más allá del debate doctrinario al respecto, en controversias civiles con cuantías menores, se puede regular un proceso en el que las partes asistan sin abogado y efectuar una inversión de recursos en todo el sistema de justicia civil que diseñe distintas herramientas que permitan la asistencia para el litigio (manuales para ciudadanos de los procesos, oficinas de asistencia jurídica gratuita, información a través de internet, entre otras). En controversias en las que media relaciones de subordinación, indefensión o posición dominante de alguna de las partes, se puede incorporar herramientas concretas que brinden una real igualdad de oportunidades de defensa en el proceso (asistencia técnica, intervención de entidades colectivas tales como organizaciones de consumidores o ambientalistas, patrocinio legal obligatorio, inversión de la carga de la prueba o sistema de cargas dinámicas de la prueba para la parte en posición dominante, poderes-deberes del juez más amplios, entre otros).

iii) Se establezcan mecanismos que permitan plazos razonables de duración de los procesos, para lo cual, se deben poder detectar cuando dicha duración es excesiva, dada la complejidad del caso, el comportamiento de las partes y de las autoridades en el proceso. Para ello, se requiere contar con:

   a. Una real dirección y control de los tiempos del proceso a cargo del juez y no de las partes. Es decir, establecer el impulso procesal de oficio[15], sin que esto signifique ir en contra del principio dispositivo respecto de las pretensiones y los hechos alegados por las partes – único campo donde rige este principio. Estos poderes – deberes no significan que el juez pueda exceder los límites de la

15 En este sentido, la disposición más clara se encuentra en el Art. 3 del Código General del Proceso del Uruguay, que dispone con toda claridad: Impulso procesal.- Promovido el proceso, el tribunal tomará de oficio las medidas tendientes a evitar su paralización y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible.

congruencia del fallo yendo en búsqueda de hechos no alegados por las partes.

b. Mecanismos que desincentiven la utilización indebida de recursos dilatorios en el proceso. Lo anterior implica que se analicen los distintos asuntos que resuelve la justicia civil y se establezca: i) priorizar los recursos con efecto no suspensivo o diferido; ii) actuaciones en las que no proceden recursos; iii) recursos que proceden previo análisis de admisibilidad, incluido la posibilidad de definir estándares requeridos para su procedencia; iv) poderes-deberes del tribunal para rechazar incidentes dilatorios y dar al proceso el trámite que corresponda; v) deber de colaboración probatoria so pena de sufrir consecuencias desfavorables; vi) ofrecimiento de la prueba en la primer oportunidad de que se disponga (principalmente en demanda y contestación); vii) fases preclusivas del proceso; ix) limitación de los casos de nulidad absoluta, disponiendo la subsanación de la nulidad si no se impugna en la primera oportunidad procesal disponible, si no se causa perjuicio al impugnante o si éste contribuyó a causarla; x) tasas judiciales para la interposición de recursos, con subsidios según las características de las partes o de la entidad del litigio; xi) sanciones para las partes que interpongan recursos con el fin de dilatar el proceso; entre otras.

c. Lineamientos que permitan identificar el grado de complejidad de los procesos y establecer estándares de duración razonables por tipo de proceso.

d. Mecanismos que desincentiven y sancionen la tardanza de las autoridades públicas en las actuaciones procesales. Lo anterior podría implicar que, luego de un análisis de la complejidad de los casos civiles, se establezcan: i) multas por falta de tramite y resolución de las actuaciones procesales en los tiempos reglamentarios; ii) multas por la dilación indebida del proceso por parte del adjudicador; y iii) incentivos para la tramitación de los procesos en plazos razonables con control en la calidad de las resoluciones emitidas.

iv) Se utilicen mecanismos de gestión y tecnologías de información y comunicación que permita una mejor organización del sistema de justicia civil, una mayor eficiencia en los trámites judiciales y la labor del juez, y una mayor transparencia de las actuaciones procesales.

v) Se evalúe la realización de cobros razonables para el acceso al sistema de justicia en algunos asuntos, según un análisis de las características de las controversias y de las partes en el proceso, ajustado a la realidad social y económica de cada país. Esto requiere también establecer subsidios adecuados para las personas que no pueden pagar esta tasa, en especial, para que no generen desincentivos perversos en el acceso al sistema de justicia.

vi) Se utilice la experiencia de otros procesos de reforma a la justicia y se potencie las lecciones aprendidas en la justicia civil. Para ello se requiere comprender:
    a. Que se requieren incorporar cambios en las prácticas de los actores claves y usuarios del sistema de justicia, y no solo cambios normativos.
    b. Que se requieren incorporar herramientas que efectivicen los principios y aspectos sustantivos y procesales de la justicia civil. En efecto, se necesita infraestructura acorde con la oralidad, herramientas para la sustitución real del "expediente judicial escrito" y que no permitan la adopción de otro tipo de expediente aunque sea electrónico, o de procesos orales fundados en expedientes escritos.
    c. Que se requieren espacios y recursos de seguimiento a la implementación de una reforma a la justicia civil de manera continua, para que se efectúe una evaluación y se propongan los ajustes que se requieran.
    d. Que se requieren procesos de capacitación teórico – prácticos de los distintos actores del sistema, que garanticen la apropiación e incorporación de los cambios requeridos en las prácticas laborales.

4. Seguridad jurídica e Independencia e Imparcialidad[16]

Entre los objetivos de las políticas públicas específicos de la justicia civil, está también la necesidad de garantizar la seguridad jurídica. Una reforma debe fortalecer las herramientas que permiten predecir y generar grados razonables de certeza en las decisiones que adoptará el sistema de justicia civil, cuando los hechos, las pruebas y las pretensiones son similares, atendiendo al marco constitucional vigente. Este objetivo vinculado a la seguridad jurídica, requiere que la reforma considere, conforme al marco jurídico sustantivo y a la realidad social y económica del país, la posible adopción de mecanismos que permitan incorporar: i) líneas jurisprudenciales; ii) efectos vinculantes de las decisiones de las altas cortes; iii) grupos de trabajo permanentes para discutir casos y adoptar razonamientos comunes de servidores/as judiciales; iv) herramientas encaminadas a disminuir los fallos contradictorios, entre otras.

Ahora bien, garantizar la seguridad jurídica no puede implicar menoscabar la independencia e imparcialidad judicial. La primera es fundamental para garantizar que en las decisiones judiciales no interfieran los otros poderes públicos ni las instancias superiores al juez que decide el caso, que muchas veces

16 Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

están encargadas de su control disciplinario o administrativo, o de resolver los recursos de apelación, casación, revisión o queja. La segunda constituye un dispositivo importante para garantizar que el juez profiera resoluciones sin prejuicios subjetivos o estando sujeto a presiones, amenazas, intromisiones o influencias indebidas de las partes.

No obstante lo anterior, la garantía de la independencia y la imparcialidad judicial no implica que el juez pueda ser concebido como un: i) servidor plenipotenciario con poder concentrado y absoluto sobre el despacho judicial; ii) servidor con la facultad absoluta de desconocer las líneas jurisprudenciales establecidas en casos similares a los que él resuelve; iii) servidor con la facultad de proferir fallos contradictorios en casos semejantes; iv) servidor que se constituye como una isla al interior del sistema de justicia; y v) un servidor que es dueño y señor absoluto del control de la organización y funcionamiento del despacho judicial.

5. Asistencia técnica

Por último, las políticas públicas en materia de justicia civil deben atender las distintas características que distintos tipos de asuntos. En este capítulo se ha mencionado reiteradamente que la justicia civil conoce y resuelve una gran variedad de asuntos, y que por ello, es importante considerar distintas formas de resolución. Pero adicionalmente, debido a esta situación, la justicia civil requiere fortalecer la calidad técnica de las decisiones. Por esto, una reforma debe garantizar el apoyo de expertos en determinadas materias para el análisis de los casos, para lo cual se impone responder dos preguntas: ¿cuáles son las materias que requieren dicha experticia? y ¿cuáles son los mejores mecanismos para ello? La respuesta debe efectuarse en cada uno de los países de la región; sin embargo, a la hora del análisis, es recomendable tener presente algunos factores.

Aunque a veces se ha entendido que esta necesidad se cumple con la incorporación de profesionales o consejeros técnicos de manera permanente en algunas materias, y que éstos son auxiliares técnicos del juez (profesionales de apoyo psicosocial en procesos de familia, por ejemplo), la experiencia ha demostrado que su incorporación permanente no siempre es necesaria o útil y que pueden constituirse en para-jueces o fuentes de nuevas demoras. Parece más recomendable incorporar distintas herramientas que permitan el conocimiento técnico en los casos que requieren apoyo de expertos, a través de peritos conjuntos, consultores técnicos en casos determinados, servicios legales de apoyo a los jueces integrados por distintos profesionales, entre otras.

En segundo lugar, el sistema de justicia civil requiere emplear profesionales especializados encargados de la gestión y la utilización de tecnologías de

información y comunicación. Esta es una problemática diversa de la anterior, en la cual sí parece aconsejable la incorporación de profesionales que apliquen sus conocimientos para apoyar el tramite célere y eficaz de los procesos, la realización de actuaciones y trámites procesales a través de distintos medios tecnológicos (internet, videos conferencias, entre otras), y la organización del sistema de justicia a través de modernos mecanismos de gestión que aprovechen economías de escala.

C. ASUNTOS CIVILES CON DISTINTAS FORMAS DE RESOLUCIÓN[17]

1. Alternativas a la judicialización de los asuntos

En la actualidad, el sistema de justicia civil enfrenta dos problemas importantes. En primer lugar, cuenta con una creciente e insatisfecha demanda ciudadana para una resolución pronta, oportuna y eficaz de los asuntos civiles. Y en segundo lugar, requiere ofrecer alternativas distintas a la judicialización de asuntos civiles para su solución. Por este motivo, un proceso de reforma a la justicia civil debe responder las siguientes preguntas: i) ¿cuáles son las características de los asuntos civiles que debe conocer un sistema de justicia y cuáles las de otros asuntos civiles que pueden ser resueltos en otros ámbitos?; y ii) ¿qué tipo de mecanismos de solución de asuntos civiles debe ofrecer un sistema de justicia?

Su adecuada respuesta requiere contestar otro interrogante: ¿qué instancias componen el sistema de justicia civil? Existe una tendencia a la concepción rígida del sistema de justicia o de quiénes pueden ejercer funciones jurisdiccionales, y tal vez por eso, a veces se ha entendido que éste es sinónimo de Poder Judicial y su labor se ha visto sobrecargada. Una comprensión integral del sistema de justicia implica considerar que existen otros ámbitos que, sin ser parte del Poder Judicial, cuentan con capacidades adecuadas para resolver asuntos tradicionalmente considerados civiles. Además, podrían existir ciudadanos facultados para administrar justicia, transitoria o permanentemente, que puedan comportarse como jueces legos, árbitros, jurados de conciencia, entre otros y finalmente, existen formas de solución de conflictos civiles al margen del Poder Judicial.

Una respuesta idónea implica analizar las características de los asuntos civiles, determinar sí son realmente contenciosos, y si no podría resolverse de

17 Véase: a) Centro de Estudios de Justicia de las Américas -CEJA, "*Estudio Comparativo: Avance en América Latina y el Caribe de la reforma a la Justicia civi*l", En: "Nueva Justicia Civil para Latinoamérica: Aportes para la reforma", Chile, Agosto 2007; b) Centro de Estudios de Justicia de las Américas -CEJA, "Reporte sobre la Justicia en las Américas 2006 - 2007" y; c) Centro de Estudios de Justicia de las Américas -CEJA - Universidad Autónoma de Nuevo León, "Arbitraje y Mediación en las Américas", 2006.

manera más eficaz y eficiente a través de distintos mecanismos. Se ha dicho a lo largo de este documento que la justicia civil conoce y resuelve asuntos altamente heterogéneos que responden a intereses variados. Esto debe llevar al análisis detenido de la totalidad de los asuntos civiles para establecer cuáles deben ser resueltos a través de procesos contradictorios al interior del Poder Judicial o por fuera de éste, y cuáles deben (pueden) ser resueltos a través de otros mecanismos al interior del Poder Judicial o por fuera de él.

En términos generales, la justicia civil comprende cuatro tipo de asuntos: i) contenciosos, de mayor o menor complejidad, en los que existe contradicción entre las partes en conflicto; ii) contenciosos en los que frecuentemente el demandado no se opone (bajo índice de oposiciones); iii) contenciosos en los que, a pesar de existir contradicción entre las partes en conflicto, pueden ser frecuentemente solucionados a través de acuerdos entre ellas; y iv) no contenciosos pero que se consideran tradicionalmente asuntos de competencia de la justicia civil.

Ahora bien, el Poder Judicial está establecido para que los jueces, investidos de autoridad jurisdiccional, **adjudiquen** controversias existentes entre los sujetos de derecho. Lo anterior implica que el modelo está pensado a partir de los asuntos que requieran ser adjudicados, es decir, fundamentalmente aquellos contenciosos de mayor o menor complejidad en los que existe contradicción entre las partes. Por este motivo, la reforma al sistema de justicia civil debe reconsiderar si todos los asuntos requieren ser resueltos ante el Poder Judicial o pueden establecerse otras alternativas de solución, y cuáles son las razones que justifican asignar al conocimiento del Poder Judicial asuntos civiles que no requieren adjudicación.

Existen dos clases de asuntos en los que a pesar de que habitualmente no existe contradicción real entre las partes suele considerarse conveniente que sean de competencia del Poder Judicial: i) aquellos contenciosos en los que se presume que no habrá oposición del demandado, pues se fundamenta en una "presunción" y por lo tanto requiere "amplias" garantías que habiliten la eventual oposición; y ii) aquellos no contenciosos, o contenciosos que pueden ser resueltos mediante acuerdo entre las partes, que por razones de interés público se defina que deben ser asignados al Poder Judicial. Un sistema de justicia que considere importante mantener la resolución de este tipo de casos al interior del Poder Judicial debe tener en cuenta las características de estos asuntos y establecer procesos de solución distintos a los establecidos para asuntos claramente contradictorios que requieren adjudicación.

Un ejemplo del primer tipo de casos son las cobranzas de deudas con titulo ejecutivo sin oposición del deudor, en los que el juez solamente dicta mandamiento de pago. En ellos, el sistema de justicia debe proveer suficientes

herramientas para la eventual oposición del demandado, pero la "adjudicación" del asunto no reviste mayores complejidades. Un ejemplo del segundo tipo de casos son los asuntos no contenciosos de "interés público", como por ejemplo, las modificaciones al estado civil de las personas, las sucesiones y disoluciones de sociedades comerciales y conyugales de mutuo acuerdo, entre otros. En ellos, el sistema debe analizar las razones que lo llevan a asignar su conocimiento al Poder Judicial, si son realmente de interés público, y si aún en caso de serlo no podrían ser resueltos de manera satisfactoria y a menor costo por otras autoridades.

Un análisis detenido sobre este tema debe incorporar un concepto fundamental: el sistema de justicia no lo integra únicamente el Poder Judicial sino también, otras instancias y jurisdicciones que incluso pueden ser administrativas. Igualmente, debe considerar que algunos asuntos, especialmente aquellos que son trámites, no requieren ser resueltos necesariamente en un ámbito jurisdiccional, pudiendo serlo en un ámbito meramente administrativo. También debe incluirse en esta perspectiva la posibilidad de que el sistema de justicia facilite herramientas para que las partes resuelvan determinados asuntos mediante acuerdo.

Existen entonces asuntos tradicionalmente considerados de competencia de los tribunales civiles en sentido amplio que no deben ser, o pueden no ser, resueltos por el Poder Judicial. Y conviene estudiar la posibilidad de efectuar su traspaso a instancias o jurisdicciones administrativas atendiendo al marco orgánico y constitucional de cada país. Esto es razonable para tres tipos de asuntos: i) los no contenciosos que constituyen trámites civiles, ii) los contenciosos en los que se presume la no oposición del demandado –para aquellos casos en que la presunción se efectiviza porque no se opone el demandado-, y iii) los contenciosos que pueden ser resueltos frecuentemente a través de acuerdo entre las partes.

Los primeros, pueden trasladarse a instancias o jurisdicciones de carácter administrativo, instancias públicas independientes de los otros poderes públicos, o al sistema notarial y registral. En efecto, todos los asuntos civiles en los que las personas requieren efectuar un cambio en su estado civil, constituir personas jurídicas, efectuar registros de propiedades, entre otros, constituyen mayormente tramites "voluntarios", y por lo tanto, pueden ser resueltos por autoridades distintas a jueces. Un sistema de justicia debe preguntarse si mantener todos esos asuntos en el conocimiento de jueces, constituye un uso razonable y eficiente de los recursos públicos.

Los segundos pueden prever instancias o jurisdicciones de carácter administrativo, instancias públicas independientes de los otros poderes públicos, o fases automatizadas dentro o fuera del Poder Judicial en tanto el demandado

no se oponga, regulándose la atribución de competencia al Poder Judicial ni bien surja la oposición del demandado (que ocurre estadísticamente en casos excepcionales).

Los terceros pueden resolverse a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos al interior o exterior del Poder Judicial. Para estos asuntos, se sugiere principalmente la incorporación de mecanismos que promuevan el acuerdo entre las partes a través de la facilitación de un tercero, es decir, la conciliación y la mediación. Debe señalarse, además que, en tanto solución auto compuesta, un acuerdo es, por definición, una solución de mayor calidad; y que en tanto sistema de solución rápida y de bajo costo, permiten mantener el equilibrio del sistema de justicia civil.

Un sistema de justicia civil debe considerar que las personas o instancias que facilitan dichos acuerdos y fungen como conciliadores o mediadores integran, necesariamente, el sistema de justicia aunque no pertenezcan al Poder Judicial y aunque no sean autoridades públicas. Igualmente, debe seleccionar cuál de los dos mecanismos establece, pues aunque ambos son mecanismos alternos de solución, se diferencian en tanto el conciliador está facultado para proponer acuerdos a las partes y el mediador no.

Ahora bien, una reforma al sistema de justicia civil que incorpore la mediación y la conciliación debe tomar una serie de recaudos. En primer lugar, debe establecer herramientas que prevengan su uso inadecuado, en particular como limitantes del acceso al Poder Judicial. En segundo lugar, debe incorporar instrumentos que permitan verificar el consentimiento real de las partes en el acuerdo suscrito, especialmente cuando alguna de ellas se encuentra en condición de subordinación, indefensión, asimetría de información o posición dominante. Igualmente, debe otorgar efectos vinculantes a los acuerdos suscritos entre las partes, so pena de quitar toda eficacia a las instancias de mediación y conciliación; además, debe definir herramientas de seguimiento al cumplimiento de dichos acuerdos debido a que algunos problemas identificados de los mecanismos alternos es que puede permitir a las partes conciliar/mediar muchas veces sobre un mismo conflicto sin que se garantice el cumplimiento efectivo del acuerdo. Adicionalmente, debe definir el carácter voluntario u obligatorio del proceso de mediación o conciliación en los asuntos civiles, ya que una u otra opción define el nivel de impacto que tendrá en el sistema de justicia civil. Y finalmente, debe especificar las personas, públicas o privadas, que están autorizadas para conciliar o mediar, es decir, si pueden hacerlo jueces, autoridades públicas, abogados, otros profesionales, entre otras.

El sistema de justicia civil debe definir si los mecanismos alternativos son forzosos o voluntarios, es decir, si son establecidos como requisito de procedi-

bilidad para acceder a un proceso judicial o avanzar en el mismo, o sí las partes pueden libremente elegir asistir a ellos o no. La definición de este asunto debe tener claro que aunque se establezcan como forzosos, lo imperativo es efectuar el trámite más no suscribir el acuerdo, y por lo tanto, su incorporación no puede implicar la vulneración del acceso a un proceso cuando no se arriba a un acuerdo entre las partes. Además, el sistema de justicia debe proveer herramientas que permitan garantizar el cumplimiento de los acuerdos sucritos, pues estos deben tener las mismas características que las resoluciones judiciales, ya que al igual que estas, son una expresión más del sistema.

Por último, una reforma al sistema de justicia civil debería incorporar en los asuntos contradictorios que requieren adjudicación –como en efecto lo han hecho casi todos los países de la región-, un mecanismo a través del cual, un tribunal no judicial, generalmente especializado, autorizado y establecido para la solución de un caso concreto a petición de parte, adjudica la solución. Este mecanismo, conocido como arbitraje y establecido dentro del grupo de mecanismos alternos de solución de conflictos, es diferente a los mencionados anteriormente, pues en él, las partes no resuelven la controversia a través de un acuerdo si no que delegan la solución a un árbitro que, aunque funge como juez, usualmente no pertenece al Poder Judicial pero sí debe considerarse parte del sistema de justicia. La incorporación del arbitraje requiere definir los asuntos civiles en los que puede ser pactado; la definición de herramientas que permitan el cumplimiento del laudo arbitral con las mismas garantías que brinda una sentencia judicial; y definir quién y cómo cargará con los costos.

D. CONTENIDOS PROCESALES BÁSICOS PARA PROCESOS CIVILES[18]

Un proceso civil moderno debe comprender determinados principios procesales. Estos principios se ajustan a un esquema procesal mixto de corte adversarial por audiencias - aunque mantenga ciertas actuaciones escritas - y que cumple con los postulados del debido proceso.

En líneas generales, el proceso recomendado debe unificar o disminuir las estructuras procesales civiles, garantizar con mayores y menores estándares de satisfacción el debido proceso como presupuesto esencial, efectivizar la inmediación a través de la realización de audiencias, promover la adversarialidad por medio de la contradicción efectiva en el examen y contra examen de

18 Véase: a) Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, "*Corte Suprema de Justicia: La Gran reforma procesal*", Editorial Guayacán, Año 2000, Costa Rica; b) Gozani, Osvaldo, *El Neoprocesalismo*, En Revista interamericana de derecho procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, No. 9, Año 2006. Pgs. 227 – 241; c) Faires Guillen, Víctor, Doctrina General de Derecho Procesal, Librería Bosch, Ronda Universidad 11, Barcelona, 1990; d) Pereira Campos, Santiago, "El proceso civil ordinario por audiencias. La experiencia uruguaya en la reforma procesal civil", CEJA, Rueda, Abadi y Pereira, AMF, Montevideo, Uruguay, Mayo 2008.

prueba y la presentación de alegatos de parte, consagrar el rol de dirección del proceso del tribunal con claros límites, establecer el régimen de recursos, y proponer el uso de mecanismos alternos de solución de conflictos.

A pesar de que la transformación propuesta requiere modificar el esquema procesal, esto no quiere decir que se deba eliminar toda escritura del proceso ni que deba dejarse atrás algunas de sus bondades. En efecto, algunas actuaciones podrán ser escritas, como por ejemplo, la presentación de actos de proposición (física o electrónicamente), la admisión de medios probatorios documentales, las actas de las audiencias, entre otras. Igualmente, es importante tener claro que la satisfacción de mayor o menor oralidad, y por lo tanto de mayor o menor escritura, debe ser acorde con el esquema procesal civil específico y la existencia de contradicción entre las partes.

1. El proceso civil moderno

Teniendo en cuenta los problemas del proceso civil escrito, una reformulación de los principios y el esquema procesal civil moderno es necesaria. Ésta es fundamental en dos ámbitos. El primero hace referencia a la incorporación de herramientas que permitan resolver de manera adecuada los casos civiles que comprometen derechos e intereses públicos o *inter pares*, tales como: i) procesos que afectan derechos del consumidor, como por ejemplo, casos de responsabilidad por daños en la mercancía que puede afectar a otros compradores; ii) procesos que afectan a usuarios de servicios públicos, como por ejemplo, reclamaciones por mal funcionamiento o cobro indebido de facturas; iii) procesos que afectan derechos de seguridad social (salud, riesgos profesionales, jubilaciones), como por ejemplo, no pago de jubilaciones); iv) procesos que afectan a comunidades determinadas por relacionarse con bienes o espacios públicos; v) procesos que protegen derechos ambientales, como por ejemplo, casos de responsabilidad por mal manejo de alcantarillado en un municipio y; vi) procesos que afectan derechos de inversionistas, como por ejemplo, declaración de interés general de predios otorgados en concesión a empresas privadas.

El segundo, se refiere a la necesidad de que el esquema procesal garantice los principios que respetan el debido proceso en asuntos en los que hay contradicción entre las partes: oralidad, inmediación, concentración, disposición, congruencia, economía (celeridad), y publicidad.

Existe consenso doctrinario sobre los principales aspectos procesales que requiere el proceso civil moderno, y también, existe debate doctrinario alrededor de determinados aspectos procesales. Respecto de los consensos está claro que el proceso civil requiere una visión más amplia de las relaciones sociales que permita definir, quiénes pueden iniciar los procesos, quiénes están

facultados para alegar interés en ellos, qué características tiene la acción civil, cuáles son los efectos de las decisiones judiciales, cuál es el rol de los jueces y de las partes en los procesos, entre otras. Igualmente, existe consenso de que la garantía del debido proceso implica que las partes deben ser oídas ante un juez o tribunal competente previamente establecido, en un proceso que cuente con las debidas garantías y en un plazo razonable. Por esto, una reforma al esquema procesal debe incorporar la oralidad y dejar de lado el sistema escrito en el que las decisiones se toman con fundamento en un expediente judicial, siempre y cuando, existan distintos estándares de satisfacción de la oralidad y se permitan algunas actuaciones escritas.

Igualmente, existe cierto consenso sobre la necesidad de desjudicializar causas civiles que no contienen contradicción entre las partes o que constituyen meros tramites administrativos (matrimonios, por ejemplo) y emplear mecanismos alternos de solución de conflictos. También, está claro que es necesario diseñar un modelo de gestión que incorpore tecnologías de información y comunicación en la justicia civil y que efectivice el trámite de los procesos civiles.

Además, existe acuerdo sobre las tendencias procesales de la justicia civil moderna en el ámbito iberoamericano. Éstas están relacionadas con las propuestas efectuadas por el Código Procesal Civil Modelo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal de 1988, la reforma a la justicia civil de Inglaterra y Gales de 1999, y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 2000. Las tres proponen la incorporación de la oralidad y la inmediación en las etapas fundamentales de los procesos civiles, es decir, contemplan un proceso por audiencias, y aprueban la realización de algunas actuaciones escritas, como por ejemplo, la presentación de demandas (*claim)* electrónicas en el caso ingles, o los actos de proposición en las otras dos propuestas.

Ahora bien, existen ligeras diferencias en las tendencias procesales sobre la concentración procesal de los aspectos sustantivos del ámbito civil en sentido amplio. El Código Procesal Civil Modelo propone la unificación de todos los procesos del ámbito civil ampliamente considerado (familia, laboral, agrario, comercial o mercantil, contencioso administrativo, entre otros), y la eliminación con algunas excepciones, de la multiplicidad de procedimientos especiales para dejar solamente tres tipos básicos de procesos de conocimiento: ordinario, extraordinario y monitorio, sin perjuicio de algunos procesos especiales. Por su parte, la ley española diseña los procesos al interior del ámbito civil en sentido estricto (con aspectos de familia), y deja tres tipos de procesos: declarativo (ordinario y verbal), ejecución, y especiales (capacidad, filiación, matrimonio y menores; disolución de patrimonios; y monitorio y cambiario). Y la reforma inglesa, por su parte, propone tres esquemas procesales distin-

tos: pequeñas causas (*small claims)*, procesos simplificados (*fast track)* y procesos complejos (*multi track).*

En conclusión, un proceso civil moderno requiere ser diseñado para resolver fundamentalmente asuntos contenciosos y tener un esquema procesal construido en base al debido proceso, que se consolida con la oralidad e inmediación sin perjuicio de que permita algunas actuaciones escritas (física o electrónicamente) y disminuya la multiplicidad de procesos en el ámbito civil. Puede ser diseñado para el ámbito general o especial de la justicia civil.

Igualmente, requiere la incorporación de un modelo de gestión que incluya tecnologías de información y comunicación y que efectivicen los procesos civiles.

2. Principios que deben regir el proceso civil contencioso

El proceso civil moderno debe garantizar el debido proceso según la naturaleza de los asuntos civiles, para establecer mayores o menores estándares de satisfacción en las distintas estructuras procesales. Dichas estructuras deben estar asociadas al grado de complejidad y contradicción del asunto civil, y responder a procesos de conocimiento y de ejecución que serán reseñados en el próximo capítulo. En general, el proceso civil debe ser mixto de corte adversarial, es decir, tener un esquema procesal que se fundamente en audiencias y mantenga determinadas actuaciones escritas. Sin embargo, el mayor o menor grado de adversarialidad dependerá de las estructuras procesales.

Es importante tener en cuenta que un proceso contradictorio que garantiza la oralidad no implica la inexistencia absoluta de actuaciones escritas. Lo que implica es que las decisiones se toman y fundamentan en actuaciones procesales introducidas, probadas y controvertidas en audiencia por las partes, con la inmediación del adjudicador.

Este sistema de audiencias tiene cuatro funciones principales: i) Brindar información de alta calidad para las decisiones del adjudicador; ii) Producir decisiones judiciales de la más alta calidad posible, pues la contradicción en audiencia permite controvertir hechos y pruebas con la inmediación de quien toma la decisión; iii) Generar un entorno en el que las partes ejercen sus derechos a partir de la contradicción y; iv) Concebir la publicidad de las decisiones judiciales, especialmente de la forma en la que éstas se toman y las razones que llevan a ello.

2.1. Características de un proceso por audiencias

El proceso por audiencias constituye el centro conceptual de la reforma del sistema de justicia civil. Y al servicio de su instrumentación adecuada, debemos servirnos de las herramientas procesales y de gestión más modernas disponibles.

Un proceso por audiencias es una metodología de comunicación dinámica entre las partes y el juez, que garantiza la oralidad y la inmediación como la forma en la que se toman las decisiones, se produce la información que lleva a ellas, y en la que las partes, argumentan y contra argumentan en presencia de quien decide el caso.

Una de las críticas que se realiza a este tipo de procesos es que a partir de la información recibida en audiencia, el adjudicador no tiene elementos suficientes para tomar la decisión, pues se encuentra a merced de los argumentos y el nivel de comunicación de las partes, y por lo tanto, "no conoce bien el caso" y requiere un tiempo para estudiarlo. Una respuesta a esta crítica debe partir de la comprensión de una premisa fundamental: un proceso civil de corte adversarial implica que las partes tienen la carga de convencer al juez de sus argumentos y brindarle información de alta calidad para la adopción de una decisión razonable en audiencia, pues la función del juez es decidir con fundamento en los hechos presentados por las partes en igualdad de condiciones, y no ser el abogado de ellas.

La oralidad por sí misma no asegura un proceso por audiencias eficiente. El proceso por audiencias requiere que el sistema de justicia civil provea mecanismos que permitan la recolección de información de alta calidad para la realización de la audiencia, y herramientas que impulsen el proceso sin vulnerar su adversarialidad. Igualmente, requiere incorporar instrumentos efectivos para su implementación, para lo cual, es importante:

i) Fijar distintos estándares para la notificación efectiva de las partes que aseguren su comparecencia en la audiencia, y que tengan en cuenta las realidades sociales y tecnológicas de los lugares donde viven las personas. El diseño del sistema de notificaciones es vital en un sistema de justicia, pues de su efectividad depende la garantía del principio dispositivo, la posibilidad de generar actos procesales no susceptibles de nulidad por falta de comparecencia, y la garantía del debido proceso.
ii) Definir distintos mecanismos que permitan asegurar la comparencia de las partes en la audiencia. Los principales son las sanciones por falta de comparecencia, tales como tener por desistida la pretensión del actor, o por reconocidos los hechos por el demandado; sanciones que garantizan la celebración efectiva de la audiencia y evitan el dispendio del tiempo de los

jueces. Otro recurso es contar con un equipo profesional encargado de realizar la notificación y comunicar cuando ésta no ha sido posible para evitar audiencias fallidas, y llevar adelante el intercambio de información con entidades del sector público y privado que permita conocer el domicilio y los bienes de las personas. Se deben establecer también herramientas que permitan la protección del derecho a la intimidad y de los datos personales.

iii) Definir el tipo de audiencias y su contenido, es decir, sí corresponden a la preparación del juicio o al juicio mismo, si en ellas se pueden discutir medidas cautelares y hacer descubrimiento de pruebas, si son para debatir hechos y pruebas, entre otras. Debe evitarse la sustitución de declaraciones testimoniales y periciales de manera directa por la incorporación de documentos escritos con declaraciones previas o informes, salvo excepciones, pues esto traiciona la oralidad.

iv) Definir el tipo de resoluciones que deben ser dictadas en audiencia, tales como, decretos de mero trámite, resoluciones interlocutorias, sentencias definitivas, entre otras. La definición de este asunto debe tener en cuenta la garantía del principio de concentración y la posibilidad de admisión de recursos contra las decisiones. Respecto del principio de concentración, éste implica que al desarrollarse la audiencia de juicio en un solo momento procesal (así sean varios días seguidos), y contar al final con alta calidad de información del caso, el juez está en capacidad de adoptar una decisión definitiva, por lo cual, se debería incentivar la adopción de la sentencia definitiva al final de la audiencia. En lo que hace referencia a la admisión de recursos contra decisiones dictadas en audiencia, cuando un país permite su adopción debe definir contra qué tipo de decisiones procede y aprovechar la audiencia para su interposición y declaración de procedencia, limitando el efecto suspensivo de la impugnación todo cuanto fuere posible para evitar que el recurso sea utilizado como instrumento de dilación procesal.

v) Precisar el tipo de registro que se efectúa de la audiencia, esto es, si se hace registro de video, audio, acta resumen, acta con toda la actuación procesal, u otro. Una definición de este asunto debe tener en cuenta varios factores.

    a. En primer lugar, el registro no puede incorporar malas prácticas como la generación de expedientes judiciales innecesarios. Si el registro se privilegia a través de actuaciones escritas, éstas no deberían ser utilizadas como expedientes de consulta de los jueces, y peor aún, ser los verdaderos fundamentos de las decisiones judiciales, pues ello vulnera la oralidad y la inmediación.
    b. La definición de cómo se realiza el registro es importante para garantizar una verdadera inmediación en el proceso, que no sea meramente formal, pues la función del registro es contener la decisión del caso en lugar de formar un expediente de todo lo ocurrido en el mismo. Si el juez es quien realiza el registro debe ga-

rantizarse que ello no genere su falta de atención en la audiencia; y si lo realiza un funcionario auxiliar a través de un acta resumen, éste debe ser entrenado para que no omita detalles importantes y cuente con soporte tecnológicos que le permita constatar la información recabada. Parece aconsejable minimizar el rol del acta de audiencia al registro de los asistentes y las decisiones tomadas, en tanto que la audiencia es un medio para que el juez se forme el juicio, no para construir el expediente. En esta línea, parece mas aconsejable un registro en video o audio; en cuyo caso deben ponerse sus copias a disposición de las partes y de los jueces que conozcan los recursos de apelación, con una clara indización que permita acceder directamente a los momentos o hechos que se invoquen en un eventual recurso.

c. En tercer lugar, la función del registro debe ser clara pues ello permite saber cómo se debe realizar. El registro es útil para las partes y para los jueces, y permite tener un retrato de lo ocurrido en la audiencia. Ahora bien, un mayor o menor retrato debe hacerse teniendo en cuenta si se permiten recursos contra las decisiones adoptadas en audiencia, y en caso de ser afirmativa la respuesta, si el registro es fundamental para la resolución del recurso. Como se señalará más adelante, la admisión de recursos debe ser establecida según distintos criterios de análisis y para determinados asuntos civiles, y cuando se establecen, debe tenerse claro cómo se realiza la revisión del caso, siendo el diseño del registro fundamental.

2.2. Sistema de gestión y herramientas administrativas en un proceso civil moderno

Un proceso civil oral moderno que se desarrolla principalmente a través de audiencias, requiere la incorporación de herramientas administrativas que garanticen la oralidad y la inmediación. El esquema administrativo de un sistema de justicia responde a su concepción procesal como adversarial, inquisitivo o mixto, y a la incorporación de sistemas de gestión y tecnologías de información y comunicación. Los distintos modelos procesales tienen necesidades administrativas diferentes, ya que mientras la función administrativa principal del sistema inquisitivo es reunir antecedentes de un caso y formar el expediente judicial con base en el cual el juez toma una decisión, la del mixto y adversarial, es producir audiencias exitosas que cuenten con la información necesaria para la adopción de una decisión.

¿Quiere lo anterior decir que la función administrativa de construir antecedentes no existe en un proceso civil moderno? No. Lo que quiere decir es que esta función administrativa no tiene como finalidad la construcción de ante-

cedentes en forma de expediente judicial, a través de una (larga) fase de instrucción judicial, con una participación limitada de las partes. La construcción de antecedentes del sistema mixto y adversarial se limita a la realización de actuaciones que garanticen el desarrollo y los fines de la audiencia, es decir, la existencia plena de la notificación de las partes y de los testigos, su presencia y la de las demás pruebas en audiencia, y los otros elementos necesarios para ella (demanda, contestación, sala, tecnología, entre otras). Una de las mayores ventajas que usualmente se aducen para perpetuar los procesos escritos es la gran preparación previa del juicio. Por esto, un proceso civil moderno requiere mecanismos que garanticen que en la audiencia se realizarán todas las actuaciones necesarias para la adopción de una decisión judicial de alta calidad, lo cual implica una preparación adecuada del juicio en cabeza de las partes. Sin perjuicio, por supuesto, de que el juez debe prepararse para dirigir la audiencia adecuadamente.

El esquema administrativo debe responder también a una comprensión moderna de los sistemas de gestión y tecnologías de información y comunicación. Aunque más adelante se desarrollará un capítulo sobre ello, baste decir aquí que las exigencias administrativas de la oralidad y el cumplimiento del objetivo de política pública de uso eficiente de los recursos públicos, requiere incorporar sistemas de gestión y aprovechamiento de tecnologías de información y comunicación concordantes con el nuevo modelo procesal. Por ello, se debe considerar la profesionalización de la administración del despacho judicial, el aprovechamiento de economías de escala y la utilización de tecnologías de información y comunicación en las notificaciones, la correspondencia, los medios probatorios y los registros de audiencia, entre otros usos posibles.

2.3 Principios procesales básicos

Un proceso civil moderno debe contener principios procesales que efectivicen el proceso por audiencias y sean los pilares fundamentales de la interpretación de las normas procesales.

En términos generales, en la reforma de la justicia civil que postulamos, se debe garantizar el **debido proceso y el proceso por audiencias,** lo cual supone consagrar los principios que construyen adecuadamente tales premisas mayores. A tales efectos, son principios esenciales los siguientes: inmediación, contradicción, igualdad procesal, concentración, publicidad, dispositivo, congruencia, buena fe y lealtad procesal, y economía y celeridad. Dichos principios requieren ser definidos y permitir su efectividad a través de normas legales específicas, sin perjuicio de que un proceso civil moderno requiere re - definir algunos de ellos. Ahora bien, se sugiere su comprensión en los siguientes términos:

- **Inmediación**: interacción **directa** entre el juez, las partes y la prueba a través de un proceso por audiencias, así como fundamentación de la decisión judicial en la información recepcionada por el juez en audiencia. Su efectividad requiere que las audiencias las realice el juez con la presencia de las partes, y que tenga la conducción única y efectiva de la audiencia. Requiere además regular mecanismos sancionatorios efectivos ante la vulneración de la inmediación. En cuanto al juez que no comparece a las audiencias cabe sancionar tal conducta con la nulidad procesal de lo actuado sin su presencia, además de la responsabilidad funcional que debe caberle al Juez. Para el actor que no comparece sin causa justificada puede aplicarse el desistimiento (sea del proceso, sea de la pretensión) y para el demandado que no comparece sin causa justificada la admisión de los hechos.
- **Contradicción**: debate extenso y **directo** entre las partes en audiencia, para examinar, controvertir y contra examinar toda la prueba. Su efectividad implica permitir la presentación de toda la prueba con los actos de proposición, realizar un descubrimiento efectivo, y permitir que en audiencia se realice todo el debate probatorio. Si se opta por actos de proposición escritos (demanda, contestación, reconvención, etc.) también allí debe asegurarse la contradicción como elemento esencial del debido proceso.
- **Igualdad procesal**: formulación de una igualdad real y sustancial entre las partes, y no meramente formal. Su efectividad requiere igualdad en la presentación de medios probatorios y alegatos entre las partes, descubrimiento efectivo de pruebas para permitir el debate contradictorio, y generación de condiciones especiales en procesos en que alguna de las partes se encuentra en posición de indefensión, subordinación o puede ser víctima de abuso de posición dominante.
- **Concentración**: reunión de actos procesales logrando economía de recursos. Debe propenderse a que los actos que fundamentan la decisión judicial puedan concentrarse en una sola actuación procesal –que puede durar días seguidos-, especialmente para la fijación del objeto del litigio, diligenciamiento de medios probatorios y debate entre las partes. Su efectividad depende de la presentación y descubrimiento de toda la prueba antes de la audiencia y la posibilidad administrativa de efectuar una audiencia en días seguidos.
- **Publicidad**: revelación de los contenidos de los procesos civiles al público general, con algunos límites según las características de los asuntos civiles y de las partes en el proceso cuando involucran por ejemplo, derechos de la infancia o de personas especialmente protegidas. Su efectividad implica permitir el contacto **directo** de las personas con la forma como se toman las decisiones judiciales.
- **Dispositivo**: facultad de las partes de disponer de actuaciones procesales, decidir pruebas y hechos que alega, prescindir del proceso, entre otros. Su efectividad implica que el proceso otorgue a la parte la facultad de disponer expresa o tácitamente de las actuaciones procesales.

- **Buena fe y lealtad procesal**: actuación veraz, leal y justa de los partícipes en el proceso civil (partes, abogados y juez), con el fin de evitar fraudes procesales, actuaciones dilatorias e ilícitas, entre otras. Su efectividad requiere otorgar poderes- deberes al juez para rechazar pruebas inconducentes e impertinentes, pretensiones infundadas e incidentes dilatorios y aplicar sanciones a las partes y sus abogados cuando actúan de mala fe.
- **Economía y celeridad**: realización célere, concentrada y oportuna de las actuaciones procesales requeridas para la adopción de la solución del caso. Su efectividad requiere establecer plazos perentorios e improrrogables para la realización de las actuaciones procesales, permitir el impulso procesal de oficio según las pretensiones solicitadas, promover la concentración de la audiencia, consagrar sanciones a las partes por falta de impulso, entre otros.

3. Estructuras procesales

La definición de las estructuras procesales con que contará el nuevo sistema de justicia es estratégicamente relevante. Existe una tendencia legislativa de crear un procedimiento distinto para cada materia y hasta para cada cuestión; pero cuando se profundiza en las diferencias procedimentales suele concluirse que las mismas carecen de justificación. En efecto, procedimientos distintos sólo se justifican cuando el objeto el litigio presenta características especiales que así lo ameriten claramente (por ejemplo es claro que los reclamos alimenticios requieren un trámite especial ante la urgencia de los mismos). En caso contrario, es mucho más eficiente regular pocas estructuras procesales.

Un proceso civil moderno debe simplificar las estructuras procesales y reducir la cantidad de procesos al interior del ámbito civil, sea que éste incluya las materias civiles en sentido amplio o en sentido estricto. Esta simplificación y reducción es necesaria para facilitar el acceso a la justicia de los ciudadanos evitando que aspectos meramente formales de proliferación de vías procesales para distintas cuestiones conduzcan a que los litigantes queden sin la protección de sus derechos.

Además, el proceso requiere vincular mecanismos alternativos de solución de conflictos al interior y/o exterior de su trámite procesal y promover la solución a través de acuerdo.

En términos generales, se propone que el proceso civil moderno comprenda un esquema procesal para lo asuntos contenciosos de conocimiento y de ejecución. Aunque la propuesta del esquema procesal se efectuará más adelante, baste decir aquí que se recomienda diseñar pocos procesos. En los de conocimiento se proponen el: ordinario, de pequeñas causas o sumario, extraordinario, sin oposición (monitorio), especiales y étnicos. Éstos, deberán

fundarse en la oralidad e inmediación con mayores o menores estándares para su satisfacción, según las características de los asuntos civiles y su grado de complejidad y contradicción. Igualmente, se sugiere que cada país examine la necesidad de mantener otros procesos con sustento constitucional o considerados importantes, como por ejemplo, el recurso o proceso de amparo, y otros instrumentos de tutela anticipada.

Adicionalmente, las estructuras procesales modernas requieren un adecuado sistema de notificaciones y nulidades procesales, pues estos aspectos garantizan el debido proceso. En efecto, dado que el nuevo modelo procesal se funda en la oralidad y concibe un proceso por audiencias que garantiza la contradicción y la concentración, es fundamental que las notificaciones se realicen de manera efectiva para que la ausencia de las partes a la audiencia pueda ser sancionada con desistimiento (demandante) o admisión de los hechos y no oposición (demandado). Por este motivo, el régimen de nulidades debe planearse para sancionar la notificación indebida de las partes (siempre y cuando no se subsane), su falta de presencia en las audiencias como consecuencia de una falla en el sistema de notificaciones, y las otras causales relativas a la falta de inmediación real del juez en el proceso y debate oral de las partes en audiencia.

4. Rol del Juez y de las partes en el proceso

Un esquema procesal civil moderno debe clarificar el rol del juez y de las partes en el proceso. Para ello, se recomienda que el tribunal ejerza una efectiva dirección del proceso, a la vez que se respeta el principio dispositivo. Se propone que la adjudicación de poderes-deberes de conducción procesal al tribunal –con mayor o menor intensidad de acuerdo a la cultura jurídica del país y a su contexto social y cultural- tenga como límite infranqueable los hechos aportados por las partes y lo solicitado por ellas (congruencia).

Una concepción moderna requiere una definición menos tradicional a la históricamente concebida, que entendía el proceso como de impulso procesal de parte y no le otorgaba poderes de conducción de oficio al juez. Es necesario reformular tal comprensión. Respecto de los cambios históricos, los más importantes se refieren a la concepción de derechos humanos, de derechos "individuales" afectados a intereses colectivos o públicos, y del principio constitucional del derecho procesal. Y respecto de los problemas, el principal es que el rol pasivo del juez deja el impulso procesal al arbitrio de las partes, y muchas veces, esto deviene en una duración exorbitante del proceso pues ellas o no lo impulsan o promueven medidas dilatorias.

Las tendencias procesales contemporáneas sugieren una nueva concepción del rol del juez y de sus poderes-deberes. Un primer argumento para ello, es

que el juez civil debe tener la posibilidad de impulsar el proceso para que la solución se dé en un tiempo razonable que cumpla con el derecho humano al debido proceso. El proceso no puede tardar irrazonablemente por que las partes no lo impulsen o lo dilaten indebidamente. Un segundo argumento, es que la justicia civil responde a un objetivo de política pública que es el uso eficiente de los recursos públicos, por lo cual, el sistema no puede permitir tener procesos que "duerman el sueño de los justos" por falta de impulso procesal. Un tercer argumento, es que debido a la incorporación de intereses y derechos colectivos en algunas controversias del ámbito civil, los derechos involucrados no son solo los de las partes en conflicto, y por lo tanto, en aras del respeto del principio de solidaridad en la sociedad, el rol del juez debe ser activo. Y, un cuarto argumento, es que si el juez no ejerce poderes de dirección, el proceso suele dilatarse por incidentes generados en la falta de contralor de los medios probatorios, presuntas situaciones de indefensión, planteo de pretensiones, defensas o recursos improponibles, etc.

A pesar de los argumentos antes descritos, esta visión del rol del juez tiene algunas objeciones. La más importante, es que la amplitud de los poderes – deberes del juez podría colocar en riesgo el corte adversarial del proceso civil contradictorio moderno. Una respuesta a esta objeción debe decir que la amplitud de los poderes-deberes no es ilimitada, y mucho menos, faculta al juez a efectuar actuaciones procesales por fuera de los hechos aducidos por las partes en el proceso. Los poderes-deberes habilitan al juez a realizar actuaciones intra procesales que permitan la celeridad del proceso y limitar las prácticas dilatorias indebidas, pero nunca vulnerar la congruencia del fallo o el aporte del material fáctico reservado al exclusivo dominio de las partes. Por supuesto, la regulación concreta del rol del tribunal requiere definir además, si implica que el juez puede solicitar pruebas (siempre en el marco de los hechos alegados por las partes), o tener un mayor control y dirección sobre aquellas aportadas por las partes, si puede interrogar primero a los testigos o limitar la participación de las partes y abogados en las audiencias, entre otras.

Un análisis detenido sobre este asunto debe considerar dos situaciones adicionales. La primera, es que la amplitud de los poderes-deberes no implica la asignación de funciones administrativas del despacho al juez, sino de funciones jurisdiccionales para el impulso del proceso, una vez instado por las partes, hasta su resolución. La segunda, es que una mayor o menor amplitud de los poderes-deberes del juez debe otorgarse de acuerdo con las características de los asuntos civiles y de las partes del proceso. En efecto:

i) En aquellos casos en los que están comprometidos únicamente derechos e intereses privados de las partes en conflicto, los poderes-deberes del juez debe ser más limitados y estar fundamentalmente referida al impulso pro-

cesal del caso respecto de los hechos y pruebas aportados por las partes, y a las sanciones a las actitudes desleales y dilatorias a que haya lugar.

ii) En aquellos casos en los que están comprometidos intereses o derechos colectivos, una mayor amplitud de poderes-deberes del juez es posible incluso para considerar las cargas probatorias con un enfoque dinámico, es decir, que para garantizar el deber de solidaridad de las personas en una sociedad democrática, el juez pueda apartarse de la rigidez de las cargas probatorias tradicionales y, al momento de la valoración probatoria, decidir si la parte que probó estaba en mejores condiciones de hacerlo (disponibilidad probatoria), o si la parte que tenía la carga de la prueba no lo hizo por que no podía.

iii) En aquellos casos en los que una de las partes no tiene patrocinio legal o está en condición de subordinación o indefensión, una mayor amplitud de los poderes – deberes permite la realización de actuaciones procesales aunque no hayan sido pedidas por las partes, siempre y cuando estén en el marco de los hechos alegados por ellas.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario revalorizar los principios de veracidad, buena fe y lealtad procesal. En un proceso civil por audiencias de corte adversarial, las partes proponen su teoría del caso y presentan sus argumentos al juez. ¿Pero implica ello que pueden defraudar o ser desleales en el proceso? No. Este tipo de proceso tiene un sistema propio de balance: la existencia de una contraparte a la que se enfrenta oral y públicamente en audiencia, y que pone en evidencia y delante del juez, si la otra parte miente, defrauda o es desleal en el proceso. Además, la elaboración de la teoría del caso tiene como límite el respeto de la obligación ética de buena fe procesal, que implica abstenerse de realizar actuaciones que ponen en peligro el desarrollo del proceso, como por ejemplo, esconder pruebas, realizar fraudes, brindar direcciones incorrectas para notificaciones, entre otras. Por esto, la redefinición de los contenidos procesales de veracidad, buena fe y lealtad procesal debe ajustarse a la obligación ética de la ciudadanía frente al sistema de justicia.

Los poderes – deberes del juez civil se han implementado con razonable éxito en varios países. Un ejemplo es Uruguay, donde siguiendo la propuesta del Código Modelo para Iberoamérica, el juez tiene el poder-deber de de rechazar *in limine* incidentes improcedentes y la demanda que no cumple requisitos de forma; puede dar el trámite correspondiente al proceso cuando el demandante se equivoca; conduce las audiencias y aprueba o no la pertinencia de las pruebas que serán examinadas, entre otras facultades de dirección. Ya se ha dicho que tiene además la obligación de impulsar de oficio el proceso. Igualmente, Inglaterra y Gales permite que el juez tenga el poder de gestión del caso (*case management)*. Mayoritariamente se ha señalado que la incorporación moderada de mayor amplitud de poderes – deberes del juez en

los procesos civiles, sin que se vulnere el principio dispositivo, le da mayor celeridad a la justicia civil.

En definitiva, atendiendo a las materias que queden comprendidas en la reforma a implementarse (civil en sentido estricto, civil en sentido amplio, familia, laboral, consumidores, etc.) y a la realidad social de cada país, deberá diseñarse el rol del juez para el proceso por audiencias, atribuyéndosele mayores o menores poderes-deberes. En cualquier caso, creemos que el juez debe impulsar de oficio el proceso a la vez que no debe suplir la actividad de las partes. Los roles de aquél y de éstas deben quedar claramente diferenciados porque son distintas sus posiciones y sus situaciones jurídicas. Reiteramos que, en cualquier caso, consideramos límites infranqueables de las potestades que se le atribuyan al tribunal: i) la aportación de los hechos al proceso, que siempre debe ser de cargo de las partes y ii) la congruencia del fallo.

5. Tutela anticipada y aspectos probatorios

Un proceso civil moderno debe incorporar herramientas específicas en materia de tutela anticipada y pruebas, para garantizar los principios de oralidad, contradicción, inmediación y congruencia.

En lo que hace referencia a la tutela anticipada, el sistema debe adoptar mecanismos que impliquen no solo las tradicionales medidas cautelares para la protección de pruebas, o del desarrollo del proceso, o del cumplimiento de la sentencia, o de la ejecución provisional, sino también, aquellas que permitan la prevención de un perjuicio irremediable o la frustración del derecho alegado.

Respecto de las pruebas, se requiere definir la oportunidad para su presentación y admisión, los medios probatorios admitidos, y los regímenes de la carga probatoria y de la valoración de la prueba. En efecto, es necesario precisar la forma y el momento procesal en el que se ofrecen y las excepcionalidades a su ofrecimiento, pues de esto depende la garantía y el respeto del principio de contradicción, que implica no solo tener acceso a las pruebas sino poder preparar previamente su contradicción en audiencia. Por esto, su ofrecimiento debe darse con los actos de proposición (demanda y contestación), y su descubrimiento en una audiencia preparatoria al juicio en la que pueden ofrecerse otras pruebas cuando existen hechos nuevos o pruebas supervenientes.

Ahora bien, un asunto a discutir en esta materia es si se pueden presentar pruebas nuevas en la audiencia de juicio. Una definición sobre esto debe considerar varios factores. En primer lugar, que el respeto por el principio de contradicción implica que si ello se permite debe darse la oportunidad a la

contraparte de preparar y controvertir la prueba nueva. En segundo lugar, que el respeto por el derecho de defensa y el uso eficiente de los recursos en la administración de justicia, debe permitir que una vez en juicio, las partes presenten las pruebas necesarias que corroboren su argumento, sin vulnerar el principio de contradicción ni de concentración. En tercer lugar, que el respeto por el principio de congruencia implica que el ofrecimiento de pruebas nuevas debe ser excepcional y no modificativo de la pretensión, y estar sometido a un examen de admisión riguroso caso a caso. Y en cuarto lugar, que el respeto por el principio de concentración y economía procesal debe incorporar herramientas que impidan la prórroga irrazonable de la audiencia de juicio por la aparición de nuevas pruebas.

Igualmente, es importante establecer los medios probatorios permitidos y el control de su admisión, es decir, qué tipo de pruebas se admiten en un proceso civil, cómo se controla su admisión, y quién lo hace. Así, además de los medios probatorios tradicionalmente admitidos, un proceso de reforma a la justicia civil debe incorporar aquellos relacionados con el desarrollo de nuevas tecnologías de información y comunicación (correos electrónicos, videoconferencias, mensajes de texto de teléfono, entre otras). Los medios de prueba deben ser ofrecidos con los actos de proposición, y su admisión debe ser controlada por el juez a través de una audiencia preparatoria en la que hay descubrimiento y presencia de las partes. La función de admisión y control debe estar encaminada a verificar la pertinencia de la prueba y su relación con los hechos y pretensiones aducidas. Dado que esto se efectúa en audiencia, el control que las partes realizan es importante pues brinda mayores argumentos al juez sobre la pertinencia de la prueba y el valor probatorio de la conducta procesal de las partes.

Asimismo, se debe definir el régimen de la carga probatoria, es decir, quiénes deben probar qué, en los procesos civiles. Este asunto es de gran importancia, pues tradicionalmente se ha establecido que el demandante tiene la carga de la prueba de los hechos que afirma; sin embargo, varias transformaciones han ocurrido en esta materia. Una de los más importantes, está relacionada con la inversión de la carga de la prueba en los procesos en los que la parte demandante se encuentra en situación de subordinación o indefensión, como por ejemplo, los asuntos laborales. Otra está relacionada con la necesidad de mayores estándares probatorios para una de las partes en conflicto, especialmente cuando ésta goza de posición dominante. Y otra, está relacionada con la necesidad de incorporar la carga dinámica de la prueba en ciertos procesos de interés colectivo o de responsabilidad médica, por ejemplo. Según este enfoque moderno de las cargas probatorias, el juez dispone del poder-deber de apartarse de la rigidez de las reglas clásicas y, al momento de su valoración, decide si la parte que probó estaba en mejores condiciones de hacerlo, o si la parte que tenía la carga de la prueba no lo hizo porque no podía.

La definición de estos asuntos requiere un análisis detenido, pues su formulación e implementación debe respetar los postulados del debido proceso, es decir, no puede generar una desigualdad procesal entre las partes ni un proceso en el que el juez se convierta en parte. Por ejemplo, si se permite la carga dinámica de la prueba en algunos procesos, es necesario definir mecanismos de control de la labor jurisdiccional en esos casos, tales como, decisiones judiciales colegiadas, admisión de recursos contra la decisión adoptada, flexibilización de estándares de admisión de los mismos, patrocinio legal obligatorio, entre otros. Por este motivo, la definición de los aspectos que componen el régimen de la carga probatoria es importante en el sistema de justicia civil moderno, pues debe equilibrar los aspectos propios de un proceso entre partes igualmente consideradas, y la realidad social que muestra que dicha igualdad no necesariamente se presenta.

De igual forma, se debe definir el régimen de valoración de la prueba. Es importante abandonar el régimen de prueba tasada, es decir, aquél en el que legalmente se otorga un valor a las pruebas aportadas en un proceso. Y es fundamental decidir si se adopta un régimen de valoración según las reglas de la sana crítica (lógica y experiencia) o uno de libre valoración. El primero, establece distintas reglas para una valoración razonada de la prueba, (científicas, prácticas y técnicas). Y el segundo, otorga una amplia facultad de valoración de la prueba para obtener pleno convencimiento sin colocar reglas para ello. Pareciera que el principio general debiera ser la valoración conforme a las reglas de la sana crítica, en tanto permite el contralor de las partes en atención a los estándares referidos de la lógica y la experiencia.

Además, es importante establecer mecanismos que permitan el diligenciamiento o producción de la prueba en audiencia, para lo cual, es necesario tener espacios físicos apropiados, interrogatorios libres, contra examen de pruebas, y un sistema pericial eficiente. Un análisis detenido sobre esto requiere decidir otras cosas, como por ejemplo: i) el rol de director del juez en la audiencia y su influencia sobre la valoración de la prueba, es decir, si puede o debe interrogar primero, si lo hace después de la parte, si puede introducir preguntas no consideradas por las partes siempre dentro del marco fáctico planteado en los actos de proposición, entre otras; ii) el rol de las partes en audiencia y su carga de probar y desvirtuar lo establecido por la contraparte; iii) las herramientas que permitan el diligenciamiento de una prueba técnica bastante compleja en audiencia y; iv) las herramientas que permiten la incorporación de tecnologías de información y comunicación en el diligenciamiento de pruebas "ausentes" físicamente de la sala de audiencia (testigos en lugares distintos, por ejemplo).

6. Resoluciones judiciales: tipos y eficacia

Un proceso civil moderno requiere definir los tipos y la eficacia de las resoluciones judiciales. En cuanto a los tipos de resoluciones, más que modificar los tradicionalmente existentes (tramite, interlocutorias, sentencia), se necesita incorporar herramientas que permitan: i) que aquellas dedicadas a definir el fondo de los procesos se efectúen en audiencia; ii) que algunas puedan realizarse fuera de audiencia siempre que se garantice la contradicción de las partes y; iii) que algunas puedan ser adoptadas a través de tecnologías de información y comunicación garantizando el principio de contradicción.

Respecto de la eficacia de las resoluciones, un análisis detenido sobre este asunto requiere estudiar el carácter de cosa juzgada de las decisiones (formal y material), y los recursos admitidos contra ellas. La definición del concepto de cosa juzgada y los límites a los que está sometida es importante, pues luego de una decisión definitiva no se puede iniciar otro proceso por los mismos hechos, pretensiones y derechos alegados, salvo en casos excepcionales. Por esto, la forma como se estipula la cosa juzgada debe tener en cuenta que este principio está intrínsecamente relacionado con la seguridad jurídica y el uso eficiente de los recursos públicos. Así como las personas tienen derecho a que las decisiones sobre los asuntos sometidos a la justicia sean definitivas y no sientan que pueden ser demandadas en cualquier momento por los mismos hechos, el sistema también debe tener la facultad de no resolver un mismo asunto varias veces respecto del cual tomó una decisión definitiva y dirigir sus recursos a la solución de otros asuntos no resueltos. Y el principio de cosa juzgada tiene límites que permiten excepcionalmente una nueva tramitación del asunto, siempre y cuando, se verifique la existencia de errores de hecho o derecho, abuso judicial, aparición de nuevos hechos, sentencias contradictorias o hipótesis de fraude o colusión.

7. Sistema de Recursos

Finalmente, un proceso civil moderno requiere definir los recursos judiciales permitidos. En general, el esquema procesal debe permitir los recursos de aclaración, ampliación y reposición frente al juez de conocimiento en determinadas actuaciones procesales. En efecto, es importante permitir a las partes la posibilidad de recurrir ante el juez algunas actuaciones, especialmente aquellas relacionadas con las decisiones relativas a los actos de proposición, declaración de pertinencia de los medios probatorios y decisiones adoptadas durante la audiencia.

Ahora bien, respecto de la incorporación de recursos que impliquen la revisión de una instancia superior de algunas actuaciones procesales incluida la sentencia, (apelación, casación, revisión), es necesario tener en cuenta que

dicha decisión está en medio de un debate doctrinario. En efecto, hay quienes consideran que la definición de este tipo de recursos en materia civil no es indispensable, por lo menos no para todos los asuntos, pues el proceso moderno es mixto de corte adversarial y garantiza la oralidad, la inmediación, la concentración y la contradicción, por lo cual, las partes presenten sus argumentos en condiciones de igualdad frente a un juez que valora, de primera mano, la prueba ofrecida. Por esto, dicen, establecer estos recursos contra decisiones de instancia adoptadas en juicios orales, públicos y contradictorios, que se resuelven a partir de la revisión de registros parciales o totales de la instancia, vulnera los principios fundamentales del sistema.

Y hay quienes consideran que la incorporación de estos recursos en materia civil es fundamental, pues ello hace parte del derecho humano al debido proceso y un solo juez puede equivocarse y generar daños a la parte vencida en juicio. Por esto, dicen, la estipulación de un recurso ante un juez o tribunal superior en el proceso civil es más garantista, está acorde con la interpretación que se ha dado del derecho al debido proceso, y otorga la posibilidad de que un juez de mayor jerarquía revise la decisión de instancia aunque ésta no se adopte bajo los postulados plenos del sistema mixto de corte adversarial.

Teniendo en cuenta lo anterior, un proceso de reforma a la justicia civil debe considerar este debate para decidir la procedencia o improcedencia de estos recursos, las circunstancias que llevan a determinar su admisión e inadmisión, los tipos de recursos que se pretenden establecer, y los motivos que llevan a decidir si se admiten o no. Un análisis detenido sobre esto debe considerar de manera especial las características de los asuntos civiles y de las partes en conflicto, el uso eficiente de los recursos públicos, y la necesidad de que el proceso garantice, en mayor o menor medida, todos los principios procesales que involucran un proceso civil. Igualmente, debe tener en cuenta que:

i) Los derechos humanos no son absolutos, pueden ser limitados en ciertas circunstancias, renunciables en otras, y garantizados según distintos estándares de satisfacción, siempre y cuando se respeten los mínimos de su núcleo esencial.
ii) Existen otras posibilidades a la definición de recursos para la revisión de las decisiones de instancia, como por ejemplo, los tribunales colegiados de única instancia.
iii) El derecho al recurso tiene sentido en algunos procesos judiciales y no en otros, pues puede ser considerado importante en aquellos en los que existe contradicción y controversia entre las partes, pero no todos los procesos civiles tienen controversia (en procesos ejecutivos y de ejecución suelen existir altos índices de no oposición del demandado).

iv) En los procesos civiles en los que hay contradicción y controversia, el derecho al recurso debe determinarse según las circunstancias de los asuntos civiles y las partes en conflicto. Así, por ejemplo, puede ser razonable establecerlo cuando hay intereses públicos involucrados, condición de indefensión o subordinación de la parte vencida, condición de posición dominante de la parte vencedora, decisión con efecto *inter pares*, entre otras.
v) El derecho al recurso no quiere decir necesariamente el derecho a la apelación, lo cual implica que según las características de los asuntos civiles, el sistema de justicia puede definir distintos recursos que tengan estándares para la mayor o menor revisión de las cuestiones de hecho y de derecho o solamente de las cuestiones de derecho.
vi) La definición de un recurso implica también la estipulación de mecanismos que desincentiven su uso indebido, y que promuevan que recurran sólo aquellas personas que razonablemente consideren que lo deben hacer. Algunos desincentivos son la incorporación de tasas judiciales para el acceso a la segunda instancia, con amparo de pobreza para quienes no pueden financiarla, y también, estándares altos de admisión.
vii) El diseño de los recursos contra decisiones de instancia debe tener en cuenta distintos estándares de procedencia. Así por ejemplo, para procesos civiles contradictorios en los que se considere importante definir un recurso, se puede consagrar una apelación con fuertes condiciones de admisibilidad, que permita la revisión de hechos cuando ha existido vía de hecho judicial, absurdo evidente, errores de derecho o flagrantes en la valoración de la prueba.
viii) El diseño de recursos también implica la incorporación de procedimientos y herramientas adecuadas par analizar su admisibilidad atendiendo a los requisitos legales que se regulen.
ix) En cualquier caso debe propenderse a que el sistema de recursos contra las decisiones judiciales respete el sistema mixto de corte adversarial, es decir, la oralidad, la contradicción y la inmediación. Un ejemplo de esto, es que se pueden establecer audiencias orales y públicas con presencia de las partes y los jueces que revisan el recurso, para argumentar la procedencia del mismo.

En conclusión, un país que reforme su justicia civil requiere definir el alcance del sistema de recursos, especialmente de aquellos que permiten la revisión de la decisión de instancia por parte de un tribunal de superior jerarquía. Para ello, es necesario un análisis de la estructura del sistema de justicia y de los conflictos civiles que se tramitan.

E. ESTRUCTURA DE LOS PROCESOS CIVILES

1. Definición de las estructuras procesal civiles

Como se ha dicho a lo largo del documento, la justicia civil en sentido amplio resuelve asuntos altamente heterogéneos en cuanto a su contenido (comerciales, familiares, de niñez y adolescencia, laborales, concursales, agrarios, étnicos, y a veces, contencioso – administrativos), y por esto, los procesos civiles que se tramitan en el Poder Judicial son diversos, responden a especialidades distintas y a intereses variados. Por ende, una reforma a la justicia civil requiere un plan sistémico que contemple el diseño e implementación del esquema procesal, y debe responder una pregunta: ¿es conveniente, o necesario en algún caso, establecer un proceso distinto para cada especialidad sustancial?

De acuerdo con lo ya reseñado, han existido dos grandes tendencias en la región. La primera, diseñar un modelo procesal general que contiene algunos (pocos) procedimientos en su interior e impacta todos los ámbitos no penales. Los principales ejemplos son el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, la reforma procesal uruguaya inspirada en él, y los anteproyectos de reforma de Colombia, Guatemala y Paraguay. La segunda, es diseñar un modelo procesal específico para cada especialidad sustancial que pueden guardar relación entre sí, pero responden a reformas y modelos procesales independientes. Algunos ejemplos son: la reforma procesal civil de Perú y Honduras, la reforma de pequeñas causas (*juizados especiais*) de Brasil, la reforma del cobro judicial y lo contencioso administrativo de Costa Rica, y la reforma de familia y trabajo de Chile.

Al momento de iniciarse un proceso de reforma, se debe decidir si se realiza un cambio procesal general en todos los ámbitos no penales, o si se realizan cambios procesales diferenciados por especialidades o sub especialidades. La definición de este asunto es compleja y le corresponde a cada país; sin embargo, la decisión debe considerar varios aspectos.

En primer lugar, los procesos de reforma judicial deben encaminarse a garantizar el derecho al debido proceso, con mayores o menores estándares de satisfacción según las características de los asuntos y de las partes en conflicto, por lo cual, los procesos deben incorporar garantías propias de un sistema mixto de corte adversarial: oralidad, inmediación, concentración, contradicción y congruencia.

En segundo lugar, la especialidad sustancial y la procesal son dos cosas distintas, que responden a objetivos diversos, y por lo tanto, la una no im-

plica necesariamente la otra. En efecto, la especialidad sustancial responde a derechos materiales de las personas que deben garantizarse en el sistema de justicia cuando se presentan controversias, mientras que la procesal responde a la forma en la que dichos asuntos se resuelven en el sistema.

En tercer lugar, también son cosas distintas la justicia especializada en una materia determinada y la existencia de proceso especial para cada materia especializada. En efecto, en general suele ser conveniente contar con tribunales especializados en materia civil, comercial, laboral, familia, etc. Pero ello no significa que para cada una de esas justicias especializadas deba contarse con un proceso distinto, pudiéndose perfectamente aplicar la misma estructura procesal para varias materias y jueces especializados. Sin perjuicio de estas tendencias, las decisiones a tomar deben considerar las realidades sociales, culturales, económicas y territoriales de cada país

En cuarto lugar, todo proceso de reforma en el área civil debe incorporar los cambios históricos y sociales acontecidos en la región, que trajeron como consecuencia la necesidad de: i) garantizar la igualdad real entre las partes cuando una de ellas se encuentra en condición de indefensión, subordinación, asimetría de información o posición dominante en procesos contradictorios; ii) garantizar objetivos específicos de política pública, tales como, debido proceso, acceso a la justicia, uso eficiente de los recursos públicos y seguridad jurídica; iii) definir las características de los distintos asuntos civiles de conocimiento, y propender por que fundamentalmente sean de la competencia del Poder Judicial aquellos contenciosos en los que existe contradicción o se puede presumir que existe y; iv) emplear sistemas de gestión y tecnologías de información y comunicación.

A continuación, se proponen los distintos tipos de procesos civiles que debería conocer el sistema de justicia, especialmente el Poder Judicial, según las características procesales y no sustanciales, pues el esquema procesal responde a la pregunta ¿cómo se resuelven los asuntos sometidos al sistema de justicia?, y no ¿qué asuntos resuelve el sistema de justicia? Los procesos civiles de conocimiento del Poder Judicial son los casos contenciosos, incluyendo aquellos que pueden ser resueltos a través de acuerdo. Existen dos tipos principales de procesos: de conocimiento y de ejecución. Los primeros, son aquellos en los que la labor judicial consiste en adjudicar derechos y conceder pretensiones a la parte vencedora a través de un procedimiento contradictorio. Los segundos, son aquellos que buscan cumplir derechos establecidos en títulos que permiten ejecución.

2. Procesos de conocimiento

El diseño del esquema procesal de los procesos judiciales de conocimiento debe tener en cuenta las características procesales de los asuntos contenciosos que adjudican derechos. Los procesos de conocimiento deben incluir los principios procesales mencionados en el capítulo anterior y comprender mayores o menores estándares de satisfacción de los mismos según el tipo de proceso del que se trate. Estos procesos construidos sobre la plataforma del proceso por audiencia, deben garantizar la oralidad, inmediación, disposición, concentración, congruencia, economía y publicidad. Existen seis tipos de procesos principales a considerar: i) ordinario; ii) pequeñas causas; iii) extraordinario o sumario; iv) aquellos en los que se presume que no hay oposición del demandado; v) aquellos que se resuelven a través de formas tradicionales étnicas y; vi) otros procesos especiales.

2.1 Proceso Contencioso Ordinario[19]

2.1.1. El modelo a diseñar[20]

El proceso ordinario por audiencias es la estructura máxima, de mayor garantías y complejidad, que será la aplicable en caso que la ley no prevea una estructura específica. En principio, debe ser diseñada para la solución de asuntos contradictorios de cierta complejidad y requiere regirse por los mayores estándares de satisfacción del debido proceso. Ahora bien, ¿qué tipo de asuntos civiles son de alta complejidad? Una definición sobre esto debe efectuarse en cada país; sin embargo, algunas ideas pueden guiar la decisión.

En primer lugar, se pueden establecer criterios que guíen la definición de mayor o menor complejidad en casos concretos según la necesidad de altos estándares de prueba o asistencia jurídica o técnica obligatoria. En segundo lugar, se pueden considerar asuntos contenciosos con cuantías de reclamación que exceden determinado tope. Este criterio suele ser de utilidad, aunque ha sido generalmente criticado porque no necesariamente el asunto de mayor monto es más complejo y además, la importancia de la causa tiene directa relación con la situación económica y social del reclamante. En tercer lugar, se pueden considerar asuntos con complejidad probatoria, como por ejemplo:

19 Véase: Duce Mauricio y otros, "*Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información*" y Pereira Campos, Santiago, "*La reforma de la justicia civil en Uruguay – Los procesos ordinarios civiles por audiencias*". En: Justicia Civil: perspectivas para una reforma en América Latina, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Eurosocial – Sector Justicia, pgs. 13 – 94 y 181-282 respectivamente.

20 Véase: Pereira Campos, Santiago, "*El principio de inmediación en el proceso por audiencias: mecanismos legales para garantizar su efectividad. El Código General del Proceso Uruguayo y el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*", En "Revista Internauta de Pràctica Jurídica – Semestral de Dret Processal i Pràctic", de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, España, Nº 11, En/Jun 2003.

responsabilidad médica, responsabilidad civil en accidentes de tránsito, incumplimiento de contratos, responsabilidad del Estado, conflictos societarios, entre otros. En cuarto lugar, se puede definir la competencia del proceso ordinario como residual para los asuntos que no se tramiten por otros procesos de conocimiento.

Este diseño procesal debe incorporar los mayores estándares de satisfacción del debido proceso, por lo cual debe fundarse en un **juicio por audiencias, oral, público y contradictorio** y garantizar la más alta calidad de los principios de oralidad, inmediación, concentración, economía, disposición y publicidad. Debe incorporar herramientas que garanticen que las decisiones sean adoptadas y argumentadas en audiencias orales, sin que ello implique un proceso carente de actos escritos, sino uno en el que los materiales escritos por sí solos no determinan la convicción y decisión judicial. El esquema procesal debe ser de corte adversarial con tendencia mixta, es decir, tener algunas actuaciones escritas, sea en soporte papel o electrónico (típicamente, la demanda y contestación), y actuaciones orales que sean contradictorias y concentradas.

Pero, ¿por qué el modelo de juicio oral, público y contradictorio garantiza con mayores estándares el debido proceso? Una respuesta a esta pregunta debe partir de la comprensión de los elementos que componen el debido proceso, es decir, el derecho a *ser oído* en un proceso con *debidas garantías*, en un *plazo razonable* y ante un *tribunal previamente establecido*. El derecho a *ser oído* es, principalmente, el derecho a que el caso sea resuelto en audiencia pública y contradictoria con la presencia de las partes y del juez, es decir, el concepto de *right to a hearing* a veces traducido al español como derecho a ser oído o derecho a la audiencia. Además, el juicio oral es una herramienta de calidad para obtener y depurar información, así como, para lograr una mejor convicción del juez que tiene contacto directo con la prueba. En efecto, puede apreciarla claramente, escuchar los argumentos de las partes, ver la dinámica de contradicción entre ellas, observar si alguna mintió y fue puesta en evidencia, verificar si los testigos se descolocaron en el contra examen, o sí el perito no pudo responderlo, entre otras.

Este proceso debe ser diseñado a través de herramientas que garanticen de manera efectiva los principios del sistema mixto de corte adversarial. La experiencia en reformas judiciales ha mostrado que consagrar principios normativos sin establecer herramientas concretas para su implementación genera su incumplimiento. Por ejemplo, algunas reformas han consagrado los principios de oralidad, inmediación, concentración, contradicción y publicidad en los procesos, pero a lo largo del texto han establecido reglas normativas que los contrarían o que impiden su implementación. Así, permitieron: i) la presentación de alegatos finales por escrito para leerlos en audiencia; ii) la

realización de audiencias distintas al juicio para recibir prueba; iii) la prórroga del plazo para dictar sentencia después de la finalización de la audiencia de juicio; iv) la fragmentación de la audiencia de juicio en tiempo y espacio; v) la "publicidad" del juicio oral solo para las partes o personas con interés "legítimo" en el proceso; vi) la realización de audiencias en recintos no aptos para la oralidad o la publicidad y; vii) la posibilidad de consolidar un expediente judicial físico o electrónico en el proceso.

En términos generales, el diseño del proceso civil oral ordinario debe tener en cuenta: a) la incorporación de mecanismos alternos de solución de conflictos; b) los sistemas de asistencia jurídica a las partes y; c) el diseño de las tres etapas del proceso encaminadas a consolidar el juicio oral como su centro: i) previas al juicio; ii) el juicio y; iii) posteriores al juicio.

2.1.2. Mecanismos alternos de solución de conflictos

Los mecanismos alternos de solución de conflictos, especialmente aquellos que permiten acuerdo entre las partes, proveen simultáneamente dos valores en los sistemas de justicia modernos: son una solución auto compuesta y por lo tanto de mayor calidad que una solución heterónoma, y son una variable que permite mantener el equilibrio del sistema. Debido a que son una solución auto compuesta, las partes pueden tomar decisiones que le están vedadas al juez. Por ejemplo, en conflictos patrimoniales, la parte demandada puede querer pagar pero no puede hacerlo sino en cuotas o en ciertas fechas; detalles fundamentales en un acuerdo de pago que el juez no puede contemplar en su sentencia que debe ordenar el pago total e inmediato.

Además, estudios doctrinarios señalan que los acuerdos derivados de una mediación o conciliación se cumplen de manera voluntaria, mientras que las sentencias dictadas por un juez requieren su ejecución forzada (por ejemplo, en Argentina el 73% de los juicios ejecutivos requieren su ejecución forzada[21]). Por esto, la utilización de mecanismos alternos de solución de conflictos disminuye el ingente esfuerzo que requiere de los tribunales la ejecución coactiva o forzada de las sentencias.

Adicionalmente, los mecanismos alternos de solución de conflictos permiten regular el sistema de justicia para evitar la congestión y la demora procesal. En efecto, dado que el proceso ordinario propuesto permite realizar la audiencia de juicio (prueba y sentencia), oral, pública y contradictoria en un plazo razonable, es posible que la finalización del proceso mediante acuerdo sea un incentivo para las partes que, en todo caso, tienen la certeza de que el conflicto se resolverá de manera oportuna.

21 Garavano, Germán y otros, Usuarios de la justicia argentina, Fores - Banco Mundial, Inédito, Buenos Aires 2000.

También, posibilitan que las partes evalúen la mejor opción para solucionar el conflicto, pues implican valorar los riesgos de ganar o perder el proceso y la pertinencia de negociar un acuerdo. Usualmente, la definición de las materias susceptibles de conciliación o mediación son aquellas que admiten transacción o desistimiento, y tradicionalmente, se ha considerado que todos los asuntos civiles patrimoniales tienen estas características. Su incorporación debe decidir: a) la elección entre la mediación o la conciliación; b) las materias susceptibles de ser conciliadas o mediadas; c) los momentos procesales en que se pueden aplicar; d) la autoridad ante la cual se surte; e) su introducción de manera facultativa o preceptiva y; f) sus efectos jurídicos.

Así, una política pública sobre modos alternos de solución de conflictos debe decidir qué tipo de mecanismo se implementa, es decir, la mediación o la conciliación. En este tema se debe considerar la tradición jurídica de cada uno de los países; y tener en cuenta que la doctrina señala que la principal diferencia entre ellas es que el conciliador puede presentar fórmulas de acuerdo mientras que el mediador no tiene esta facultad.

Además, la política debe precisar los asuntos que estarían incluidos en estos mecanismos y aquellos que en su desarrollo requieren mayores estándares de verificación. En efecto, estos mecanismos se fundan en un principio fundamental: las partes en igualdad de condiciones deciden voluntaria e informadamente acordar la solución de un conflicto a través de la asistencia de un conciliador o mediador. Por esto, es fundamental el consentimiento informado y la existencia de igualdad real y efectiva entre las partes. Ahora bien, teniendo presente que en algunos casos una de las partes puede encontrarse en situación de indefensión, subordinación o posición dominante, la política pública debe definir si su consagración es pertinente en esos casos, o si requiere desarrollar herramientas que permitan el equilibrio, o mecanismos que verifiquen el consentimiento informado. Por ejemplo, se puede definir que la mediación laboral se realiza ante una oficina gubernamental, o se puede permitir la presencia de asistentes sociales en conciliaciones familiares que discuten asuntos de niñez.

Adicionalmente, es importante definir el momento procesal en el que se lleva a cabo la mediación/conciliación y hasta cuando puede surtirse. En términos generales, ésta debe ser permitida principalmente hasta antes del inicio del debate probatorio en la audiencia de juicio (prueba y sentencia), aunque en virtud del principio dispositivo, no puede negarse a las partes a transigir o conciliar en fases posteriores siempre y cuando sea antes de proferir sentencia. Ahora bien, una definición sobre ello requiere decidir si este mecanismo se surte en el proceso, por fuera de éste, o de forma mixta. Igualmente, requiere definir ante qué autoridades se puede realizar: el juez, éste y otras instancias, u otras autoridades. Es importante permitir el uso amplio de estos

mecanismos para la solución de conflictos civiles, tanto procesal como extra procesalmente y antes del inicio del proceso judicial y durante éste.

Y asimismo, requiere definir si se establece de manera obligatoria o facultativa. Un análisis detenido de esa cuestión debe considerar varios asuntos. Primero, lo obligatorio o facultativo de la mediación/conciliación es respecto de su tramitación en determinadas oportunidades, y no del logro del acuerdo. Segundo, es necesario estimular soluciones negociadas a los conflictos y generar mecanismos de descongestión judicial. Tercero, las destrezas requeridas para ser conciliador o mediador son distintas a las necesarias para ser juez, lo que hace imprescindible que los conciliadores y mediadores, jueces o no, sean entrenados específicamente para ello. Cuarto, los conciliadores y mediadores deben ser capaces de: i) promover la realización de acuerdos entre partes; ii) observar si existe igualdad real entre ellas; iii) verificar su consentimiento real e informado; iv) solicitar asistencia técnica cuando la naturaleza del conflicto lo amerite; v) apoyar la suscripción de acuerdos cuyo cumplimiento sea viable y; vi) diseñar mecanismos que faciliten el cumplimiento.

También, se requiere definir los efectos de los acuerdos derivados de la conciliación/mediación, en especial: i) si presentan mérito ejecutivo o de ejecución; ii) si tienen efecto de cosa juzgada formal o material; iii) si su incumplimiento conlleva un proceso ordinario o de ejecución y; iv) si el acuerdo debe ser homologado o revisado. La solución más recomendable es que el acuerdo de una conciliación/mediación tenga el mismo efecto que una sentencia (merito de ejecución) y que, ante su incumplimiento, se acceda directamente a un proceso de ejecución y no a uno ordinario. En caso contrario, se genera su utilización como medida dilatoria por parte de quien no pretende cumplir lo acordado.

Ahora bien, una decisión sobre esto implica definir la autoridad competente ante la cual se suscribe el acuerdo, pues si es el juez, no tiene sentido su homologación por otro órgano. Igualmente, requiere definir la necesidad de revisión del acuerdo según las características de las partes y de los asuntos en conflicto, pues podría proceder cuando una de ellas se encuentra en subordinación, indefensión o posición dominante. También, requiere definir si las partes pueden acordar que en caso de incumplimiento iniciarán un proceso ordinario y no uno de ejecución, según las posibilidades normativas de cada país. Finalmente, implica definir excepciones al carácter ejecutorio de acuerdos cuyos asuntos son de especial interés, o cuyas partes se encuentren en condición de vulnerabilidad.

2.1.3. Modelo de Asistencia Jurídica

El diseño del proceso ordinario implica un modelo de asistencia jurídica eficiente y accesible. El diseño debe tener en cuenta que, en esta área, generalmente no existe un sistema de representación estatal equivalente a lo que en materia penal es el Ministerio Público o la Defensa penal; y que los sistemas de patrocinio legal gratuito son limitados porque los intereses en conflicto son considerados privados. Pero los ciudadanos no abogados no tienen conocimientos, ni destrezas, ni herramientas para litigar.

La definición de un sistema de patrocinio legal de carácter obligatorio o facultativo debe analizar múltiples factores. Primero, si es definido como obligatorio, deben existir herramientas que impidan que ello restrinja el acceso a la justicia de personas en condiciones de mayor vulnerabilidad. Segundo, si es definido como facultativo deben existir herramientas que: i) impidan que ello genere una denegación de justicia material de personas que se representan a si mismas y; ii) permitan una verdadera igualdad de defensa cuando solo una parte está representada por abogado.

Tercero, una decisión debe tener en cuenta la regulación de la profesión de abogado, especialmente si existe: i) colegiatura obligatoria; ii) regulación obligatoria de honorarios u aranceles y; iii) sistema de control de la profesión. Así, si un país tiene colegiatura y regulación de honorarios obligatoria, un patrocinio forzoso puede tener ventajas: tarifas reguladas y diferenciadas, sistemas de asistencia pro bono del colegio de abogados, programas de formación sostenibles e ineludibles, sistemas de control y seguimiento a su labor, sanciones por mala práctica, entre otras. Por el contrario, si la colegiatura no es obligatoria y las regulaciones de las tarifas tampoco, el patrocinio forzoso puede tener desventajas: cobros desproporcionados de honorarios, debilidades en la formación de abogados litigantes, carencia de un sistema de control, entre otros.

Cuarto, se requiere el diseño de sistemas de asistencia gratuita a personas en condiciones de vulnerabilidad, y de destrezas de litigación para los ciudadanos. Una persona que debe acceder al sistema de justicia debe conocer los tramites requeridos para llevar a cabo un proceso, la forma de examinar y contra examinar prueba, la dinámica de operación del juicio oral, las actuaciones permitidas en audiencia, y los requisitos de los actos procesales, entre otras.

Por todo esto, el diseño del sistema de asistencia jurídica debe contemplar no solo la definición del patrocinio legal como obligatorio o facultativo, sino también los mecanismos que brindan otros servicios de asistencia. Éstos, deben proveer información altamente calificada sobre: i) litigación en el sistema

de justicia civil; ii) asuntos relevantes para el trámite del proceso; iii) forma de adjudicación; iv) desarrollo del juicio oral y del sistema de prueba y; v) posibilidades concretas de ganar o perder un caso. Deben ser gratuitos y estar al alcance de todos, a través de líneas de asistencia telefónica y en línea, atención directa a usuarios en tribunales, entre otras.

2.1.4. Etapas procesales

2.1.4.1 Consideraciones preliminares

El proceso civil ordinario que se postula es mixto, de corte adversarial, y por lo tanto, es un proceso por audiencias (orales, públicas y contradictorias) con algunas actuaciones escritas. Cuando se diseña un proceso por audiencias debe tenerse en cuenta que es fundamental asegurar la presencia del juez y de las partes. Resulta esencial establecer mecanismos que efectivicen tales comparecencias. En el caso del Juez, la solución más adecuada es disponer la nulidad absoluta de toda audiencia que se celebre sin su presencia, sin perjuicio de eventuales responsabilidades funcionales. Esto debe combinarse con entrenamiento adecuado para conducir audiencias y mecanismos de control de gestión que aseguren que el juez efectivamente conduce las audiencias.

En el caso de la inasistencia injustificada de las partes, que deben asistir personalmente, pueden regularse distintas soluciones que van desde la pérdida del derecho del actor (desistimiento de la pretensión) y la admisión de los hechos alegados para el demandado (siempre que se trate de derechos disponibles), hasta la posibilidad de poner fin al proceso (sin perjuicio de que se pueda volver a plantear) y permitir presunciones simples y sanciones pecuniarias, entre otras. Deberá elegirse una solución acorde a la realidad territorial, económica, social y cultural de cada país, siendo conscientes que la incomparecencia de los sujetos esenciales (partes y tribunal) pone en jaque la efectividad del proceso por audiencias. Resulta aconsejable además, que en el caso de las personas naturales se impulse su comparecencia personal (física o electrónica), y se limite la comparecencia a través de representante para los casos en que exista motivo fundado.

El diseño del proceso ordinario por audiencias incluye de manera general tres etapas procesales: i) actos de proposición, y audiencia preparatoria, preliminar o de saneamiento (actos previos a la audiencia de juicio); ii) audiencia de juicio, es decir, de prueba y sentencia y; iii) recursos. Las etapas deben consolidar la audiencia de juicio (prueba y sentencia) como eje central del proceso y permitir que la decisión que fundamenta la decisión judicial y adjudica el conflicto se desarrolle en esta audiencia contradictoria, concentrada y con inmediación.

2.1.4.2 Actos procesales de proposición y audiencia preparatoria, preliminar o de saneamiento

La fase de actos procesales de proposición y audiencia preparatoria, preliminar o de saneamiento, debe ser diseñada para obtener un proceso oral de alta calidad. Esta fase comprende la demanda y contestación (así como eventuales actitudes de reconvención, excepciones previas, rebeldía, entre otras), las reglas de admisibilidad, ofrecimiento y "descubrimiento" de pruebas, la preparación administrativa de actuaciones requeridas para el juicio, y la terminación anticipada del proceso por mecanismos alternos de solución de conflictos.

Respecto de los actos de proposición suele ser aconsejable que los mismos sean escritos en procesos ordinarios, sin que ello implique la necesaria consolidación de un expediente judicial que suplante al conflicto y las partes. Un punto central a definir respecto de los actos de proposición es si con ellos deberá adjuntarse la prueba documental disponible y ofrecerse con precisión todos los medios de prueba de que habrá de servirse la parte (no pudiendo ofrecerse luego prueba, salvo casos excepcionales de hechos nuevos, prueba superviniente, entre otras) o si, por el contrario, la prueba podrá presentarse u ofrecerse en audiencia. Es recomendable el primer sistema, pues tiene la ventaja de efectivizar los principios de lealtad procesal y buena fe. La parte actora, para preparar su demanda y presentarla, debe ya poner de manifiesto su potencial probatorio, limitándose demandas infundadas o extorsivas.

La fase previa a la audiencia de juicio (prueba y sentencia) requiere herramientas que consoliden el juicio oral como centro del proceso. Para ello se necesita:

i) Una audiencia preparatoria, preliminar o de saneamiento en donde las partes:
    a. Ratifiquen los hechos y pretensiones alegados en la demanda y la contestación, y eventualmente realicen ciertas precisiones o aclaraciones sobre los mismos (siempre que no modifiquen la pretensión).
    b. Conozcan las pruebas que se presentarán luego de haber sido examinada su admisibilidad o realizado su ofrecimiento y descubrimiento. Una definición sobre este asunto dependerá del modelo que adopte cada país respecto de la carga de la parte de ofrecer la prueba con los actos de proposición.
    c. Dispongan de instrumentos necesarios para que, a solicitud de parte o de oficio según corresponda, se produzca el saneamiento del proceso, resolviéndose los impedimentos formales que afectan la resolución del tema de fondo para que el debate posterior

se centre en las pretensiones sustanciales. En esta audiencia se pueden resolver excepciones previas (incompetencia, falta de capacidad o representación, litispendencia, cosa juzgada, transacción, entre otras), nulidades procesales detectadas de oficio o reclamadas hasta ese momento, rechazar la demanda manifiestamente infundada o improponible, entre otras.

d. Tengan acceso a mecanismos alternos de solución de conflictos para terminar de manera anticipada el proceso. Esos mecanismos pueden incluir la posibilidad de que un tercero o el propio juez, facultativa o preceptivamente, realicen una tentativa de conciliación/mediación entre las partes antes o durante la audiencia.

ii) Un sistema de gestión acorde con la oralidad que aproveche tecnologías de información y comunicación –TICs y permita:
   a. Contar con un sistema de gestión adecuado que incluya:
      i. Organización del despacho judicial acorde con la oralidad.
      ii. Sistema de flujo de casos.
      iii. Profesionalización de los empleados del sistema de justicia.
      iv. Nuevas rutinas de trabajo acordes con la oralidad.
      v. Cambios organizativos requeridos para el sistema oral.
   b. Utilizar TIC´s en la realización de actuaciones escritas: presentación de actos de proposición, notificación, registro de audiencia y tramitación de solicitudes, entre otras.
   c. Permitir la litigación a través de internet o un proceso sin papeles, mediante el uso de la firma digital.
   d. Utilizar TIC´s en la verificación de requisitos de admisibilidad y cumplimiento de formalidades de actuaciones procesales.

2.1.4.3 Audiencia de juicio (prueba y sentencia)

La audiencia de juicio (prueba y sentencia) debe ser delineada como eje central del proceso ordinario. Su diseño debe contemplar **una audiencia** con **inmediación** y **contradicción** que sea **pública** y **concentrada**. En ella debe haber examen y contra-examen de toda la prueba; presentación de los alegatos de conclusión; y decisión judicial (sentencia) definitiva. Para una mejor efectivización de la inmediación se recomienda que esta audiencia sea única en el tiempo y pueda ser desarrollada en días seguidos, si su duración diaria excede un plazo de 8 horas. Puede incluir un nuevo intento conciliatorio sea antes, durante o después del examen de la prueba. Debe tenerse presente que, en el último caso, las partes ya pueden evaluar el resultado del proceso, y en virtud de que se trata de un proceso adversarial instado por las partes, no hay reparos en que se concilie en este momento, más allá que lo deseable es que se acuerde antes para limitar el dispendio jurisdiccional.

Respecto de su concentración, es aconsejable que la audiencia no se suspenda por varios días ni que su cometido se cumpla en varias audiencias pues ello fracciona el juicio y produce diversos efectos negativos, como la división del examen y contra examen de la prueba, la pérdida de inmediación con ella, la dispersión de la información del caso, un consiguiente detrimento de la contradicción y, finalmente, el traslado del centro de gravedad a los documentos escritos y el expediente judicial que permita revisar los antecedentes del caso. La ruptura del principio de concentración, en definitiva, deteriora la oralidad del proceso pues facilita su escrituración y requiere que el juez "recuerde" lo acontecido en una primera audiencia, o permite la prórroga de actuaciones procesales a momentos posteriores/anteriores a la audiencia de juicio. Por ello, se recomienda no otorgar plazos ni suspender audiencias para examinar pruebas, exponer alegatos ni proferir o dictar sentencia.

Al igual que en el diseño de la etapa de actos de proposición y audiencia preparatoria, es fundamental contar con dos herramientas que garanticen el juicio oral:

i) "Reglas de valoración de la prueba". Estas son pautas para obtener la mayor calidad de información posible en la audiencia de prueba. La mejor manera de obtener y depurar información es permitir que distintas versiones de los hechos argumentados sean cuestionados por la contraparte perjudicada por la información. El diseño de reglas de prueba debe tener en cuenta:
    a. El momento de presentación de los medios probatorios.
    b. Su forma de diligenciamiento en audiencia.
    c. La metodología empleada para extraer y controlar la información probatoria utilizada por las partes y el juez.
    d. La valoración del contenido probatorio que se realiza al dictar sentencia, teniendo presente que en este proceso el juez requiere los mayores estándares de convicción.

ii) Un sistema de gestión acorde con el juicio oral que aproveche TIC´s y permita:
    a. Contar con un sistema de gestión adecuado que tenga:
        i. Administración profesional del tribunal y de la audiencia de prueba.
        ii. Preparación exhaustiva de las actuaciones requeridas para el éxito del juicio oral (sala, notificaciones, agenda del juez y de partes, registro, medios tecnológicos para realizar prueba de ser requerido, entre otras).
        iii. Cambios organizativos requeridos en el sistema oral.
        iv. Sistemas de capacitación permanentes en la carrera profesional.

b. Utilizar TIC`s en la audiencia de prueba en:
   i. El registro.
   ii. El diligenciamiento de medios probatorios.
   iii. La consulta de decisiones adoptadas previamente en el proceso (citación de testigos, descubrimiento de pruebas, por ejemplo).

2.1.4.1 Etapa posterior a la audiencia de juicio (prueba y sentencia)

La etapa posterior a la audiencia de juicio (prueba y sentencia) también debe respetar los principios de oralidad, inmediación, concentración, contradicción y publicidad. Se requiere un cuidadoso diseño de dos aspectos fundamentales: i) **cosa juzgada** y **ejecutoriedad** de las decisiones y; ii) sistemas de **recursos** procesales contra decisiones de instancia. Respecto de lo primero, el diseño debe tener en cuenta el sistema de recursos para conocer ¿cuándo una decisión de instancia es inmodificable? Una definición sobre esto, implica analizar si contra la decisión proceden recursos y si alguno fue interpuesto.

Ahora bien, en lo que hace referencia al sistema de recursos, su diseño debe enfocarse desde el juicio oral y para éste. Un análisis detenido debe considerar varios aspectos. En primer termino, existen dos modelos de recursos para la revisión de la decisión: i) doble instancia plena (usualmente a través del recurso de apelación), es decir, un tribunal diferente al que decidió el caso revisa todos los hechos examinados y el derecho aplicado y; ii) revisión limitada (habitualmente mediante el recurso de casación), es decir, un tribunal diferente al que decidió el caso revisa la decisión, previo análisis de admisibilidad por factible infracción del derecho sustantivo o incumplimiento de estándares del debido proceso (y eventualmente violación de las normas legales de admisibilidad y valoración probatoria).

Si bien la decisión depende del marco constitucional y legal de cada país, así como de su cultura jurídica, creemos que un recurso limitado al control de las violaciones a las normas jurídicas garantiza mejor los principios del proceso por audiencias, pues permite recurrir la sentencia y efectuar una revisión más o menos extensa del derecho con causales amplias de procedencia, sin que proceda una revisión de los hechos que fueron conocidos de manera directa y plena por el juzgador de instancia. Todo ello sin dejar de reconocer las grandes discusiones existentes sobre la eficiencia o ineficiencia del recurso de casación.

Las decisiones a adoptar en el diseño de los medios impugnativos deben tener coherencia con el modo de regular la primera instancia. En efecto, suele ser más fácilmente admisible la existencia de una única instancia (con eventual casación) cuando los tribunales de primera instancia son colegiados que cuan-

do son unipersonales. La regulación de una segunda instancia (con control de hechos y derecho) en los procesos por audiencias –con las cortapisas que ello supone a la inmediación- suele responder a las limitaciones de recursos que encuentran nuestros países para poder disponer de tribunales colegiados en primera instancia.

En segundo termino, la definición del sistema de recursos debe ser consecuente con los principios del proceso ordinario y debe:

i) Garantizar los principios de oralidad, inmediación, concentración y contradicción.
ii) Asegurar el menor deterioro posible de la información obtenida en el juicio oral pues ello contraría la inmediación.
iii) Garantizar que el registro establezca fielmente y en la mayor medida posible lo sucedido en la audiencia de prueba. La elección del registro debe tener claro que la calidad de la información registrada siempre será inferior a la obtenida directamente en audiencia, y que el registro escrito fomenta la consolidación de expedientes escritos que "resumen" actuaciones orales. El registro debe garantizar los postulados del sistema oral y público, y por ello, el audiovisual tiene ventajas respecto del acta, (completa o resumida). A fin de evitar el fracaso del uso del registro audiovisual por parte de la segunda instancia (piénsese en lo fatigoso de tener que mirar una película larga y de nula o escasa acción – una audiencia filmada no es otra cosa), es altamente recomendable que el apelante deba indicar con precisión en que momento de la filmación se encuentra el hecho o dicho que invoca. De este modo, el revisor se dirigirá directamente a ese punto del registro audiovisual. En todo caso, la decisión del soporte para el registro debe estar relacionada con el sistema de recursos elegido, pues si se decide establecer un sistema de doble instancia a través de un recurso que implique un nuevo juicio o audiencia de prueba, el acta resumen escrita puede ser suficiente.

En tercer término, el diseño del sistema de recursos implica criterios de procedencia y estándares de admisibilidad. Pueden establecerse requisitos flexibles de admisibilidad en asuntos que: i) comprometen intereses públicos; ii) contienen condición de indefensión o subordinación de la parte vencida; iii) contienen posición dominante de la parte vencedora, e; iv) implican decisiones con efectos *inter pares*, entre otras. Además, pueden establecerse mecanismos que permitan mayor revisión del caso, previo examen de admisibilidad, cuando se alega abuso judicial, absurdo evidente, errores de derecho o flagrantes en las reglas legales de valoración probatoria. También, pueden establecerse esquemas de admisibilidad que garanticen la oralidad e inmediación, a través de audiencias orales en las que las partes argumenten la procedencia del recurso ante los jueces que lo conocerán.

Por último, el diseño requiere mecanismos que desestimulen el uso indebido de los medios impugnativos. Para esto, se sugiere: i) priorizar los recursos con efecto no suspensivo o diferido para las resoluciones que no pongan fin al proceso; ii) evaluar la incorporación de tasas judiciales en su interposición, siempre y cuando exista amparo de pobreza para personas en condiciones de vulnerabilidad; iii) regular sistemas punitivos efectivos para los litigantes maliciosos o temerarios.

2.2. Proceso de pequeñas causas[22]

Este proceso debe ser diseñado para la solución de asuntos contradictorios de menor complejidad (no necesariamente de montos menores) con estándares más bajos de satisfacción del debido proceso. Está decididamente encaminado a promover el acceso a la justicia y disminuir los costos de litigar en el sistema, con un proceso simple y más cercano a los ciudadanos, que conlleve menos recursos al sistema judicial. No sería sostenible económicamente un sistema que dé curso ordinario a todos los asuntos, ni posible la resolución de los conflictos en plazos razonables. Su diseño debe definir la competencia para el trámite de controversias civiles cotidianas, cuyos montos de reclamación pueden tener o no un tope determinado de dinero. Pero, ¿cuáles son estas controversias civiles simples y cotidianas, y a quiénes afectan?

Una definición sobre ello debe efectuarse en cada país; sin embargo, algunas ideas pueden guiar la decisión. En primer lugar, se pueden definir criterios que guíen la definición en casos concretos pues requieren estándares probatorios menores a los descritos para el proceso ordinario, o asistencia jurídica facultativa o prohibida. En segundo lugar, se pueden considerar asuntos contenciosos cuyas cuantías de reclamación no exceden un determinado monto. En tercer lugar, se pueden definir asuntos que afectan una gran cantidad de personas, tales como, cobranzas de pequeñas deudas, asuntos relacionados con derecho de consumo, conflictos vecinales, entre otros. En cuarto lugar, se puede facultar a las partes a escoger entre un proceso ordinario y éste, renunciando al excedente de la cuantía y a mayores estándares del debido proceso.

2.2.1 Aspectos generales del diseño de un proceso de pequeñas causas

El proceso a implementarse debe ser un proceso por audiencias, predominantemente mixto de corte adversarial, es decir, un proceso público y contradictorio por audiencias, que garantice el debido proceso con menores estándares de satisfacción. Debe incluir procedimientos sumarios y menos formales a los empleados en el proceso ordinario, que en todo caso impliquen un juicio

22 Véase: Villadiego Carolina, "Estudio Comparativo: justicia civil de pequeñas causas en las Américas", En "Justicia Civil: perspectivas para una reforma en América Latina", CEJA, Agosto 2008, pgs. 95 – 129.

que garantice la oralidad, inmediación, concentración, economía, disposición y publicidad. Al igual que en el proceso ordinario, el respeto por la oralidad no quiere decir un proceso libre de escritura sino que la convicción judicial se construye sobre la base del diligenciamiento probatorio en audiencia.

En términos generales, el diseño de un proceso de pequeñas causas debe:

i) Incorporar mecanismos con mínimas formalidades para la presentación de actos de proposición, es decir, demandas y contestaciones admitidas con el cumplimiento de menores requisitos. Así, por ejemplo, se pueden utilizar plantillas prediseñadas para plantear la demanda, optar por la contestación de la demanda realizada directamente en audiencia, etc.
ii) Incluir audiencias orales con inmediación judicial y contradicción entre las partes, que permitan decisiones adoptadas y argumentadas con fundamento en ellas.
iii) Flexibilizar el examen y contra examen de pruebas en audiencia, especialmente para la conducción de interrogatorios y contra interrogatorios, y la incorporación de pruebas documentales y de prueba sobre prueba, entre otras.
iv) Promover un rol activo del juez en el trámite y solución del proceso, que conlleve su cercanía hacia las partes y facilite la litigación manteniendo siempre la imparcialidad.
v) Definir estándares medianos de convicción razonable para la adjudicación del caso.
vi) Establecer patrocinio legal facultativo en el proceso, y diseñar mecanismos que presten asistencia jurídica especialmente si una de ellas asiste sin abogado.
vii) Permitir el uso de mecanismos alternos de solución de conflictos en todo el proceso, dentro y fuera de éste.
viii) Restringir la utilización de recursos contra la sentencia definitiva.
ix) Utilizar mecanismos de gestión que aprovechen tecnologías de información y comunicación que brinden herramientas concretas para una adecuada gestión judicial.

El diseño de un proceso de pequeñas causas debe promover un acceso menos formal al sistema de justicia, pues la idea es que asistan a él personas afectadas con conflictos cotidianos que habitualmente quedan privados de acceso a la justicia. Por supuesto, ello implica definir primero, quiénes pueden acceder a este tipo de proceso. Una decisión sobre esto implica definir si únicamente asisten las personas naturales o también las jurídicas (privadas y públicas). A este respecto, se sugiere permitir el acceso de personas jurídicas, ya que el criterio orientador de este tipo de proceso deben ser las características del conflicto y no de las partes del proceso. Se debe, eso sí, diseñar herramientas que ofrezcan asistencia jurídica a las partes en litigio cuando una de

ellas es persona natural y asiste sin abogado al proceso, y la otra es persona jurídica y asiste con abogado.

El diseño general del proceso por audiencias de pequeñas causas comprende principalmente tres etapas que, según las decisiones que se adopten en cada país, pueden verse concentradas en dos o incluso una: i) actos de proposición ii) audiencia y; iii) medios impugnativos.

En términos generales, en la primera etapa se debe definir si los actos de proposición serán escritos u orales, debiendo regularse en el segundo caso un sistema sencillo de convocatoria a audiencia para escuchar la pretensión y defensa. En algunos países ha resultado incluso exitoso un sistema de demanda escrita con ofrecimiento de prueba y convocatoria a audiencia (es decir, la segunda etapa) donde el demandado contesta la demanda que conoce previamente, ofreciendo en la propia audiencia la prueba que se diligencia en el acto. Para simplificar la presentación de la demanda escrita puede utilizarse, como ocurre en algunos países, un sistema de plantilla o formulario prediseñado.

La segunda etapa, absolutamente esencial e imprescindible, está compuesta por una audiencia concentrada, en que las partes presentan los hechos y pretensiones (si ya no la presentaron por escrito anteriormente), las pruebas que pretenden hacer valer (si ya no la ofrecieron anteriormente), y ejercen su derecho de contradicción. En ella, el juez u otro adjudicador tiene un rol activo, puede tentar la conciliación, decidir la prueba que admite y la que rechaza, disponer, dirigir y realizarse su diligenciamiento, escuchar los alegatos de las partes, y emitir una decisión judicial definitiva. Esta etapa, se parece a la desarrollada en el proceso ordinario pero contiene una gran diferencia: el proceso se desarrolla con menores estándares de satisfacción del debido proceso, por lo tanto: i) las reglas de prueba son flexibles, incluidas el examen y contra examen de los medios probatorios; ii) el rol judicial es más activo en el desarrollo de la audiencia, e incluso puede tener mayores poderes-deberes para interrogar testigos y orientar el examen y contra examen de pruebas, entre otros; iii) las partes pueden litigar y representarse a sí mismas; iv) el estándar de convicción de la decisión judicial es menor al requerido en el proceso ordinario, por lo cual, el examen y contra examen de evidencia puede ser menos estricto.

La tercera etapa implica las definiciones sobre cosa juzgada y sistemas de recursos. Lo primero está relacionado con lo segundo, pues la decisión queda firme si contra ella no procede ningún recurso o si éstos no fueron interpuestos. En lo que hace referencia a los recursos, se sugiere que sean improcedentes salvo un acceso restringido si se alega vía de hecho judicial o error de derecho. Sin embargo, si el país considera necesario establecer un

recurso judicial contra la decisión de instancia, se propone uno que permita la revisión del derecho y no la doble instancia y que incorpore mecanismos que desestimulen su uso indebido: i) patrocinio legal para su trámite; ii) efecto no suspensivo o diferido de los recursos contra las decisiones interlocutorias y; iii) eventual tasa judicial con derecho a amparo de pobreza. Eventualmente, se podría regular una única instancia con posibilidad de revisión del proceso en la vía ordinaria si ello se plantea dentro de un plazo determinado, y siempre que sea sin efecto suspensivo de la decisión del proceso sumario.

Ahora bien, el diseño del proceso de pequeñas causas debe caracterizarse por una aplicación intensiva de los mecanismos alternos de solución de conflictos, el patrocinio legal facultativo en todos los procesos y un sistema de gestión que aproveche tecnologías de información y comunicación. Un análisis detenido y general sobre estos tres aspectos fue efectuado en el acápite del proceso ordinario, por lo cual baste mencionar aquí algunos aspectos fundamentales que deben ser tenidos en cuenta.

Respecto de los mecanismos alternos, una política que diseñe el proceso de pequeñas causas debe:

i) Introducir la tentativa de conciliación/mediación de manera obligatoria en todos los asuntos de pequeñas causas.
ii) Dotar a los jueces de pequeñas causas de poderes-deberes especiales para conciliar/mediar durante todo el proceso.
iii) Promover su uso antes del inicio formal del proceso.
iv) Otorgar al acuerdo conciliatorio/mediatorio los mismos efectos de una sentencia definitiva
v) Decidir que en caso de incumplimiento, puede iniciarse directamente un proceso de ejecución.

En lo que hace referencia al patrocinio legal, una política que diseñe el proceso de pequeñas causas debe:

i) Establecer como regla general el patrocinio legal facultativo.
ii) Establecer servicios de asistencia jurídica gratuita, distintos al patrocinio legal, para la asistencia a los litigantes.
iii) Promover servicios de patrocinio legal gratuito cuando una de las partes está en difíciles condiciones económicas, o en situación de indefensión o subordinación frente a la contraparte.

Y respecto del sistema de gestión, una política pública que diseñe el proceso de pequeñas causas debe:

i) Generar un sistema de gestión que tenga: administración profesional del tribunal, preparación necesaria de los elementos requeridos para la audiencia de juicio, exigencias administrativas de la oralidad, buenos mecanismos de notificaciones y archivo.
ii) Promover el uso de tecnologías de información y comunicación según las realidades de los procesos específicos y de los lugares donde éstos se desarrollan, para los mecanismos de registro, archivo, uso de medios probatorios, entre otras.

2.2.2. Características de algunos procesos de pequeñas causas

De otro lado, según las realidades jurídicas y las necesidades de los países, el proceso de pequeñas causas puede desarrollarse a través de uno o más procesos específicos posibles, como por ejemplo, la justicia de menor cuantía, la justicia vecinal y la justicia de paz. Estos procesos pueden coexistir, y aunque su definición corresponde a necesidades distintas de política pública, comparten como fundamento ser una expresión del sistema de justicia que tramita controversias civiles cotidianas de cuantías menores a través de procedimientos sumarios y menos formales.

Sus decisiones pueden fundamentarse en criterios de derecho o equidad. Respecto de estos últimos, el diseño requiere definir varios asuntos. Primero, ¿qué se entiende por criterios de equidad? Son razonamientos asociados a los usos y costumbres de los lugares o comunidades donde el conflicto ocurre, que pueden ser convenidos entre las partes. Son una mezcla de mecanismos alternos de solución de conflictos y costumbres de una población determinada. La justicia en equidad debe partir de un supuesto fundamental: su implementación debe darse en lugares donde la aplicación de criterios de equidad es posible debido a las características culturales. Segundo, ¿pueden los jueces que fallan en equidad desconocer los criterios de derecho? En general, no se pueden desconocer. Pero, el juez de equidad ¿está sometido al "imperio de la ley" igual que un juez que adjudica en derecho; o éste puede apartarse y contrariar criterios legales? Una respuesta a esta pregunta debe tener en cuenta las realidades culturales y jurídicas de cada país; sin embargo, se sugiere tener en cuenta: i) los asuntos sometidos a equidad; ii) los límites y controles que deben establecerse para la aplicación de los criterios de equidad y; iii) los mecanismos de coordinación entre la justicia en equidad y la ordinaria.

Así, una política judicial que diseñe lineamientos para adoptar decisiones en equidad debe definir los límites en la aplicación de este criterio, los mecanismos de coordinación para el análisis de casos que presentan conflictos entre criterios jurídicos y en equidad, y establecer herramientas de control en la aplicación de estos últimos. También es necesario diseñar mecanismos que permitan un diálogo entre los jueces en equidad y en derecho, encaminado a

fomentar el respeto a la labor del primero, pues por ser lego (o poder serlo), puede ser visto como un juez de menor jerarquía y sus criterios en equidad pueden ser desestimados constantemente.

En términos generales, la justicia de menor cuantía es una estrategia de la justicia civil formal que fomenta el acceso a la justicia, agiliza el trámite de conflictos menos complejos, y disminuye los costos del proceso. Es adjudicada por jueces formados en derecho que integran la carrera judicial, o por profesionales en derecho autorizados por el Poder Judicial. Su jurisdicción es nacional o local, puede estar establecida para todo el territorio y regirse por los criterios de jurisdicción territorial definidos legalmente en el sistema de justicia.

Los asuntos sometidos a su competencia pueden ser definidos según sus características y cuantía. Por ejemplo, pueden considerarse los asuntos de menor cuantía que no requieran altos estándares probatorios según un análisis caso a caso; asuntos individuales con incidencia colectiva como las relaciones de consumo; asuntos que afectan un gran número de personas de manera individual. Lo cierto es que una política pública que defina su competencia puede incluir: a) todos los asuntos civiles de menor cuantía o; b) algunos asuntos que independientemente de la cuantía tienen un determinado impacto en la ciudadanía.

Por otra parte, la justicia vecinal es una estrategia diseñada para distintos ámbitos del sistema de justicia que fomenta la solución amigable de conflictos de menor complejidad en ámbitos territoriales acotados, sean urbanos o rurales, usando habitualmente criterios de derecho. Su jurisdicción puede ser de alcance nacional y circunscribirse territorialmente a algunos ámbitos vecinales o de alcance más restringido. Es adjudicada por jueces ciudadanos que integran el Poder Judicial sean abogados o legos especialmente entrenados. Esta justicia puede coexistir con la justicia de menor cuantía y la justicia de paz.

Los asuntos sometidos a su competencia pueden definirse según sus características y cuantía. Su admisión puede ser regulada a través de normas generales, o decidida caso a caso con exámenes de admisión específicos. Su definición implica decidir también si la competencia territorial se restringe: i) únicamente para los conflictos que se suscitan en ámbitos vecinales, o; ii) para los conflictos cuyo ámbito vecinal se determina según el domicilio del demandado o demandante.

De otro lado, la justicia de paz que fundamenta sus decisiones en equidad, es una estrategia diseñada para distintos ámbitos del sistema de justicia que fomenta la solución amigable de conflictos. Es adjudicada por jueces ciudadanos, usualmente legos, entrenados para esta labor y que no necesariamente

integran la carrera judicial pero sí el Poder Judicial. Su jurisdicción puede restringirse a ámbitos territoriales específicos en los que los criterios de equidad son culturalmente importantes.

Respecto de los asuntos de su competencia, se sugiere contemplar aquellos transigibles, desistibles y conciliables, y mencionar aquellos que a pesar de tener estas características se excluyen de su competencia por razones de política judicial. La definición debe establecer límites en la solución en equidad con el fin de evitar: i) abuso de posición dominante o ventajosa cuando una parte se encuentra en condición de subordinación o indefensión; ii) abuso o error grave en la aplicación de los criterios de equidad por parte del juez de paz y; iii) desconocimiento de criterios jurídicos relevantes según la política judicial establecida. En efecto, puede existir por ejemplo una política judicial interesada en disminuir la discriminación de género arraigada en tradiciones culturales, o fomentar el cumplimiento de obligaciones alimentarias para la niñez, para lo cual, se define que las decisiones judiciales sobre estos asuntos deben: establecer herramientas para la verificación del cumplimiento de las decisiones adoptadas; definir ciertas soluciones culturalmente aceptadas como no viables. En estos casos, estos tipos de asuntos de conocimiento de jueces de paz deben acoger los criterios de la política judicial.

2.3. Proceso sumario o extraordinario

Este proceso también debe ser predominantemente mixto de corte adversarial y garantizar el debido proceso con menores estándares de satisfacción que el proceso ordinario. Debe incluir procedimientos sumarios y simplificados que impliquen un juicio que garantice la oralidad, inmediación, concentración, economía, disposición y publicidad. Su trámite se establece para la solución urgente de determinadas causas –independientemente de su complejidad- que afectan derechos especialmente protegidos, como por ejemplo, derechos de infancia, violencia intrafamiliar, entre otras. Una definición sobre la pertinencia de su inclusión en el proceso civil moderno y los asuntos que en él se tramitan, debe ser decidida en cada país según las disposiciones legales de fondo y constitucionales propias.

En términos generales, dicho proceso debe tener las tres etapas procesales planeadas para el proceso ordinario con estándares más flexibles para su tramitación, y posibilitar que éstas puedan verse concentradas en dos o incluso una etapa. Debe implicar:

i) La presentación de actos de proposición.
ii) La realización de una audiencia que:
    a. Inicie con la posibilidad de que las partes concilien/medien.

b. Permita que las partes argumenten y contra argumenten los hechos y pretensiones que suscitan el conflicto.
c. Admita que las partes presenten y controviertan pruebas, a través de un examen y contra examen flexible.
d. Termine con la decisión del conflicto, sea a través de un acuerdo entre las partes o de su adjudicación.

iii) El análisis de la procedencia o no de recursos, según la decisión establecida en cada país sobre este tema.

2.4. Procesos con bajo índice de oposición del demandado[23]

Los asuntos civiles en los que no existe oposición del demandado o se presume que tal oposición no se presenta en la mayor parte de los casos, merecen una solución especial. Debe diseñarse un trámite para estos asuntos, sean de mayor o menor complejidad, que garantice menores estándares de satisfacción del debido proceso, debido a que son "conflictos" en los que no existe contradicción entre las partes y por lo tanto, su solución permite flexibilizar la conducción de las etapas procesales. En la enorme mayoría de este tipo de procesos, los casos se resuelven acogiendo la pretensión del actor; pero, si se aplica un proceso ordinario, debe surtirse un momento procesal de bilateralidad ficticia. Por tanto, es oportuno contar con una estructura procesal eficaz y eficiente para resolver este tipo de casos que sea prioritariamente escrita.

Esto no significa que su diseño no deba contemplar también otras alternativas cuando hay oposición del demandado que garanticen mayores estándares de satisfacción del debido proceso, en un marco oral, público y contradictorio.

Ahora bien, en términos generales su diseño debe definir: i) los tipo de procesos y asuntos sometidos a su competencia; ii) la forma en la que se constata que efectivamente no existe oposición y las previsiones necesarias en caso de que exista y; iii) las etapas procesales.

2.4.1 Asuntos de su competencia y tipos de procesos

El diseño debe definir los asuntos que caerán bajo esta estructura procesal. Para ello, debe decidirse qué asuntos civiles sin oposición pueden tramitarse a través de estos procesos. En términos generales, los asuntos de su competencia pueden ser: todos los civiles que no tienen oposición, o aquellos sin

23 Véase: a) Bonet Navarro José, "Eficiente implementación del proceso monitorio en Iberoamérica", En "Justicia Civil: perspectivas para una reforma en América Latina", CEJA, Agosto 2008, pgs. 479 – 500; b) Chayer, Héctor M. y Ricci, Milena, "*El trámite de los procesos ejecutivos en el Fuero Comercial*", Estudios sobre la Administración de Justicia, Año I No 1 Fores, Buenos Aires, Argentina. 2003; y c) Villadiego Carolina, "Estudio Comparativo: cobranzas de deudas y procedimientos de ejecución en Europa", Septiembre 2008, disponible en: www.cejamericas.org

oposición con ciertas características. Dichas características pueden definirse según: i) el tipo de obligación de la que emana el conflicto, (dar, hacer o no hacer); ii) la naturaleza jurídica del mismo, (contractual o extracontractual); iii) el monto de la cuantía; iv) la forma en que se prueba la pretensión de la parte actora (dándose prioridad a los supuestos de fehaciencia inicial de la pretensión generalmente mediante prueba documental) y; v) la parte que solicita el proceso, especialmente, si ésta es el presunto demandado. Sin perjuicio de lo definido por cada país, se sugiere que su competencia incluya todos los asuntos civiles que no tengan oposición real del demandado.

Ahora bien, una definición sobre esto debe considerar si son necesarios distintos tipos de procesos para resolver asuntos disímiles sin oposición, o basta con solo uno bajo el cual se tramiten todos ellos. En el derecho comparado, existen tres tipos de procesos para estos casos: i) el juicio en ausencia o rebeldía; ii) el proceso monitorio y; iii) el juicio iniciado voluntariamente por el demandado o aceptado voluntariamente por él. En el primero, el asunto es admitido regularmente (como ordinario, de pequeñas causas o especial); y si una vez notificado el demandado se allana o no se opone, el caso es resuelto por el juez u otro funcionario judicial sin tramitar todas las etapas del proceso.

En el segundo, el asunto es tramitado como monitorio desde su inicio. Esto significa que la pretensión del actor se admite a través de una resolución inicial que, en el mismo momento, resuelve el conflicto en forma condicionada a la no oposición del demandado. Recién entonces es notificado el demandado, y si no se opone, la resolución queda firme (cosa juzgada formal o material, según el modo en que se implemente). En ambos casos, cuando hay oposición y contradicción el asunto se tramita a través de mecanismos que garantizan los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad.

A pesar de las diferencias, estos dos tipos de procesos comparten las siguientes características:

i) Se fundan en los principios de celeridad, eficiencia, concentración y congruencia.
ii) Existen por la falta de oposición (real o presunta) del demandado.
iii) Se tramitan a través de un procedimiento simple, concentrado, y básicamente escrito, en el que la autoridad profiere una decisión definitiva si el demandado no se opone.
iv) Prevén mecanismos que garantizan mayores estándares de satisfacción del debido proceso, publicidad y oralidad si existe oposición del demandado.
v) Trasladan usualmente al demandado la carga de generar el debate procesal con su oposición.

Por último, el tercer tipo de proceso se diseña para el trámite de procesos en los que el mismo demandado presenta el caso ante el juez, o admite voluntariamente las pretensiones de la demanda, por ejemplo, los asuntos relacionados con quiebras o concursos de personas (naturales o jurídicas) e insolvencia. En éstos: se admite el asunto; se notifica a los interesados; se tramita de común acuerdo entre el juez y las partes usualmente a través de un "administrador" (curador, fiduciario, entre otras posibilidades) que se encarga de administrar el patrimonio; se establecen mecanismos plausibles de pago y de recuperación económica; se cancelan las deudas según las prioridades establecidas; y se efectúan acciones para evitar la muerte comercial del deudor.

Finalmente, el diseño debe definir si el proceso es obligatorio u opcional, es decir, sí el demandante puede escoger entre otro proceso o éste para tramitar el asunto; tal decisión debe tener en cuenta dos cuestiones. Primero, estos tipos de procesos se fundamentan en la presunción de no oposición del demandado, razón por la cual, es importante la opinión del demandante pues éste puede tener información fiable sobre una posible oposición y decidir que es mejor un proceso contradictorio. Segundo, una política pública puede definir asuntos que usualmente no tienen oposición (cobranzas de títulos ejecutivos, por ejemplo), y obligar su trámite en estos procesos estableciendo las debidas garantías si existe oposición.

2.4.2 Existencia de no oposición del demandado

Dado que estos procesos se fundan en la idea central de que no hay oposición real del demandado y por ello su trámite es principalmente escrito y satisface menores estándares del debido proceso, su diseño debe garantizar: i) que efectivamente no exista oposición ya que cuando la misma existe el proceso adquiere una estructura distinta; ii) los mecanismos de defensa y; iii) las herramientas que permitan contradicción cuando esta exista.

En primer lugar, el diseño debe ocuparse de la debida notificación de la demanda. Se debe decidir si es personal, quién la realiza, con qué medios, y qué tipo de efectos tiene la indebida notificación. Esto es fundamental pues de ello depende el derecho de defensa y la validez de la decisión judicial. Parece razonable que la notificación sea personal, efectuada a través de un sistema altamente confiable que emplee correo certificado, medios electrónicos auditables, u otro mecanismo fehaciente. También se sugiere que la indebida notificación genere nulidad del proceso cuando el demandado la alega en un plazo determinado desde que tome conocimiento.

En segundo lugar, el diseño debe incorporar herramientas que garanticen el derecho de defensa del demandado. Debe tener en cuenta: i) el conocimiento del demandado de sus derechos; ii) los requisitos de la oposición; iii) el pla-

zo para su presentación; iv) la posibilidad de patrocinio legal y; v) el sistema de recursos existente. Se sugiere que:

i) La demanda contenga toda la información necesaria que permita el conocimiento real de los derechos al demandado.
ii) Exista patrocinio legal facultativo, y servicios obligatorios de asistencia jurídica que faciliten el litigio, sin perjuicio de que en algunas materias o situaciones el patrocinio legal pueda imponerse como obligatorio.
iii) Exista un sistema de medios impugnativos restringido que permita atacar la decisión cuando el demandado no se oponga dentro del plazo concedido, fundamentalmente en casos de flagrante violación del derecho de defensa, especialmente por indebida notificación.

En tercer lugar, el diseño debe definir los efectos que genera la oposición del demandado pues en esos casos debe garantizarse mayores estándares de satisfacción del debido proceso. Si existe oposición, el proceso debe garantizar los principios de oralidad, inmediación, concentración, congruencia y publicidad. Para ello, existen dos posibilidades: i) remitir el proceso a otra estructura procesal contradictoria de conocimiento mas amplio, según competencias establecidas o; ii) continuar el mismo proceso pero abriendo una instancia de juicio oral.

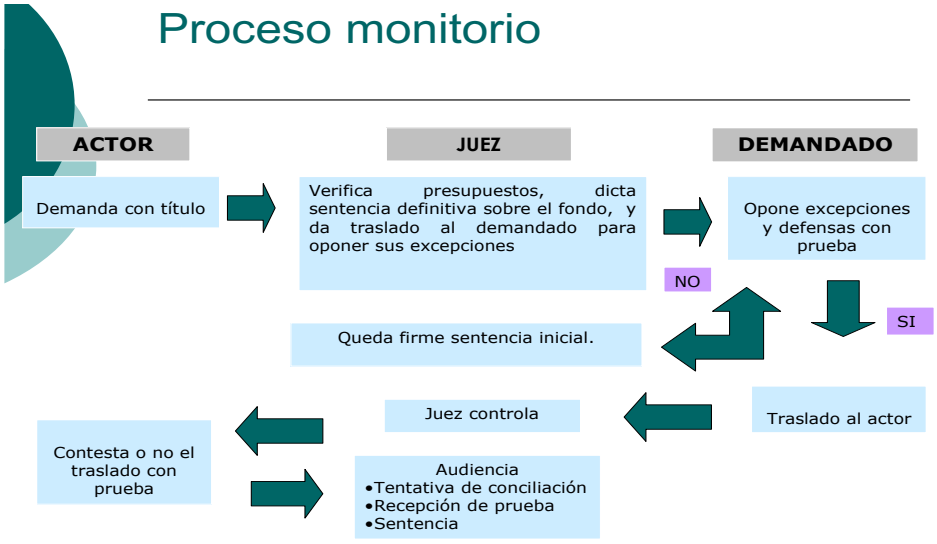
2.4.3. Etapas procesales

El diseño debe considerar varias etapas del proceso: i) presentación de la demanda; ii) admisión de la misma (análisis de admisibilidad de la demanda) y decisión (análisis de fundabilidad de la demanda) del conflicto; iii) notificación y plazo de oposición y; iv) cosa juzgada y sistema de recursos. Debe decidir si el adjudicador que admite la demanda puede proferir una decisión definitiva ejecutable, o si solo puede proferir una decisión que se hace definitiva y ejecutable después del vencimiento del plazo de oposición. También, requiere definir quiénes pueden adjudicar el asunto, es decir, si pueden hacerlo únicamente jueces, o también otros funcionarios judiciales o administrativos.

Igualmente, requiere decidir los requisitos de la demanda. Un asunto fundamental es decidir si ésta debe incorporar toda la prueba que soporta la reclamación (fehaciencia inicial generalmente mediante prueba documental), solo una parte, o ninguna (como ocurre en el llamado proceso monitorio "puro"). De ello depende la definición de los criterios de inadmisión o admisibilidad. También requiere definir los medios probatorios permitidos y la posibilidad de utilizar tecnologías de información y comunicación como pruebas y mecanismo de litigación.

Finalmente, el diseño requiere definir cuándo queda firme la decisión que adjudica el conflicto. Para ello se debe decidir: i) el carácter de cosa juzgada de la decisión definitiva (material o formal); ii) la procedencia de recursos contra ella y; iii) su ejecutoriedad. Se propone que la decisión definitiva tenga carácter de cosa juzgada material, un sistema restringido de recursos, y el acceso a un proceso de ejecución. La procedencia de ejecución provisional debe definirse teniendo en cuenta otros aspectos, como por ejemplo, si la decisión del adjudicador es ejecutable desde el primer momento pues en ese caso no tiene sentido.

A continuación, a modo de ejemplo, se presenta un esquema del proceso monitorio adoptado en el Código Procesal Modelo para Iberoamérica.



Fuente. Pereira Campos, Santiago. 2009

2.5. Procesos asociados a formas étnicas de solución de conflictos

En América existen distintos grupos étnicos que conservan costumbres y tradiciones propias: indígenas y tribales. En un Estado democrático, el sistema de justicia debe respetar los derechos de estos grupos, incorporar la perspectiva étnica en los procesos judiciales que involucran a sus miembros y desarrollar procesos que garanticen su derecho propio y tradiciones culturales. Para esto, cada país debe definir la forma en la que diseña estos dos aspectos en el sistema de justicia, según las normas internacionales vinculantes y las disposiciones constitucionales.

Se propone que los procesos civiles, distintos a aquellos asociados a formas étnicas de solución de conflictos, tengan en cuenta los derechos de los grupos étnicos. Para ello, deben adoptar medidas de carácter formal y sustancial que permitan el funcionamiento adecuado del proceso judicial y reconozcan prácticas sociales, culturales, religiosas o espirituales de estos pueblos.

Y además, se sugiere el diseño de un proceso general para los distintos grupos étnicos que pueden componer un país, sin perjuicio de las particularidades propias de cada uno de ellos que se deben tener en cuenta en la implementación. El diseño debe responder cuatro preguntas fundamentales:

- ¿Quiénes son las autoridades encargadas de tramitar los procesos?
- ¿Cuál es la competencia territorial y sustancial asignada?
- ¿Cuál es el límite en la aplicación del derecho propio de los grupos étnicos?
- ¿Qué mecanismos existen para resolver un posible conflicto entre el derecho positivo y el derecho propio de los pueblos?

Aunque por las realidades tan diversas, las respuestas a estos interrogantes deben discutirse y consensuarse en cada país, pueden señalarse algunas orientaciones generales que se presentan a continuación. En lo que hace referencia a las autoridades competentes, el diseño debe considerar principalmente a las autoridades tradicionales de los grupos étnicos, o las que ellos elijan. Respecto de la competencia, el diseño debe definir si ésta se circunscribe: i) al territorio étnico; ii) al miembro del grupo o; iii) al territorio y al miembro. La decisión debe considerar:

i) Los asuntos asignados y especialmente los excluidos.
ii) El territorio donde se ejerce jurisdicción. Se propone que ésta se ejerza al interior de los territorios étnicos reconocidos por los Estados.
iii) Las personas sobre las que se ejerce jurisdicción. Se sugiere que se ejerza respecto de los miembros de los grupos étnicos aunque no se encuentren en el territorio, siempre y cuando el grupo lo acepte como miembro. Igualmente, se propone que se ejerza sobre personas que no pertenecen al grupo étnico pero que están en su territorio.

Lo anterior requiere que el diseño defina los límites en la aplicación del derecho propio y los mecanismos para solucionar conflictos con el derecho positivo. Esto es fundamental en el diseño de este tipo de proceso, aunque requiere tener en cuenta varios aspectos. En primer lugar, este proceso integra el sistema de justicia de un país y por lo tanto debe respetar la Constitución y los instrumentos internacionales vinculantes. En segundo lugar, este proceso se funda en el reconocimiento de tradiciones culturales que pueden diferir de otras en el país, y por lo tanto, las leyes democráticamente establecidas pue-

den contrariar el derecho propio de estos grupos (explotaciones de minerales del suelo, definición de niños como adultos, entre otras).

Por este motivo, la definición de los límites en la aplicación del derecho propio es fundamental. Ahora bien, dado que las colisiones pueden hacerse visibles en el desarrollo de casos concretos, es muy importante definir mecanismos de concertación y solución de estas controversias. En general, se sugiere que el diseño: i) defina como límites al derecho propio: los derechos humanos, las disposiciones constitucionales y las internacionales vinculantes; ii) cree instancias obligatorias de coordinación entre las distintas jurisdicciones y; iii) cree instancias específicas de concertación para la solución de casos en los que haya colisión específica entre las dos tradiciones jurídicas.

2.6. Procesos Especiales

En algunos países puede considerarse necesario definir procesos especiales para el trámite de determinados asuntos. Éstos, deben ser diseñados para la solución de asuntos civiles específicos y garantizar el debido proceso. Para ello, el diseño requiere definir los asuntos sometidos a su competencia, especialmente si revisten controversia o son trámites "judiciales", pues podría desarrollarse en instancias distintas al Poder Judicial.

Respecto de los que revisten controversia, éstos deben incluir las características generales del debido proceso establecidas para los procesos ordinarios y de pequeñas causas: juicio oral y garantía de la oralidad, inmediación, concentración, congruencia y publicidad. Su diseño debe incorporar las características especiales de los asuntos y verificar los requisitos especiales que requiere su trámite (por ejemplo, peritaje técnico obligatorio, es decir, la emisión de un concepto pericial específico sobre un asunto altamente complejo y específico). Algunos ejemplos de estos asuntos pueden ser: adopciones, restitución internacional de menores de edad, procesos tributarios, entre otros. Los segundos deben incluir las características generales del debido proceso establecidas para los procesos sin oposición. Su diseño debe incorporar los aspectos caracterizadores de los asuntos y verificar los requisitos especiales que requiere el tramite. Algunos ejemplos de los asuntos pueden ser: ventas de inmuebles de menores de edad, pagos por consignación, cesión de bienes, entre otros.

En términos generales, no parece necesario multiplicar las estructuras procesales a través de procesos especiales, ya que todos los asuntos civiles en sentido amplio pueden se tramitados en alguno de los cinco procesos de conocimiento definidos. La proliferación de procesos especiales atenta contra la transparencia y comprensibilidad del sistema judicial, fomentando la existencia de pliegues burocráticos opacos, complejos, que poco valor agregan a

la resolución de los conflictos. Sin embargo, existe una fuerte tendencia que lleva a la proliferación creciente de procesos especiales, fundados aparentemente en la especialidad de la materia. En todo caso, si se establecen procesos especiales se recomienda que sean los menos posibles, y que el diseño garantice los principios generales del debido proceso.

3. Procesos de ejecución[24]

Los procesos de ejecución son principalmente escritos pero deben garantizar el debido proceso con menores estándares de satisfacción. Se expresan a través de mecanismos que hacen cumplir títulos de ejecución, es decir, "documentos" con fuerza ejecutoria que reconocen obligaciones ejecutables y constituyen cosa juzgada. Más allá de las discusiones conceptuales acerca de si el proceso de ejecución es una etapa del proceso o un proceso independiente, resulta en la práctica la fase que se genera en un proceso judicial ante el incumplimiento del condenado a dar, hacer o no hacer. En realidad, si las personas cumplieran voluntariamente los fallos judiciales o el sistema de justicia contara con mecanismos preventivos efectivos para hacerlos cumplir, un proceso de ejecución no sería necesario.

Por este motivo, el diseño procesal debe contener mecanismos que permitan o garanticen la ejecución como resultado natural del proceso de conocimiento, y como *ultima ratio*, en un proceso o etapa posterior. El diseño procesal debe definir: i) la competencia de la ejecución, es decir, los asuntos, órganos, agentes, y mecanismos de control y supervisión relacionados con la ejecución; ii) las medidas a adoptar para hacerla efectiva, incluidas aquellas establecidas al interior de los procesos de conocimiento y; iii) las etapas procesales.

3.1. Competencia en procesos de ejecución

El diseño de la competencia de los procesos de ejecución debe definir: i) los asuntos que pueden ser objeto de ejecución y los requerimientos para ello; ii) los agentes y órganos encargados de desarrollarla y; iii) los mecanismos de supervisión y control de la labor de los agentes de ejecución.

Una definición sobre los asuntos requiere establecer si aquellos sometidos a ejecución son: i) títulos ejecutivos y de ejecución o; ii) solo títulos de ejecución. Una decisión sobre esto es de gran importancia pues en ello recae una pregunta fundamental: ¿Qué títulos facultan a un demandante a acceder a procedimientos judiciales o administrativos de ejecución, sin necesidad de requerir una declaración judicial previa? Para esto, cada país debe definir qué

24 Véase: Villadiego Carolina, "Estudio Comparativo: cobranzas de deudas y procedimientos de ejecución en Europa", Septiembre 2008, disponible en: www.cejamericas.org

se considera título ejecutivo y de ejecución, y si los primeros están contenidos en los últimos. Una definición sobre esto debe contemplar: i) la existencia de títulos ejecutivos privados, y especialmente, si algunos documentos pueden considerarse títulos aunque no tengan el reconocimiento expreso del deudor (facturas de servicios públicos, facturas de tarjetas de crédito y débito, entre otras); ii) la existencia de títulos ejecutivos públicos creados por entes estatales y; iii) la existencia de títulos de ejecución creados por autoridades públicas o privadas con facultades especiales que profieren sentencias, acuerdos conciliatorios, laudos arbitrales, entre otras.

En términos generales, se sugiere que los títulos ejecutivos (privados y públicos) en los que el demandado reconoce expresamente la obligación debida al demandante sean objeto directo de ejecución. Si un país decide por el contrario, que los títulos ejecutivos no son objeto de proceso de ejecución, se sugiere que se tramiten en procesos de conocimiento de estructura monitoria o similar y que en ellos, se permita la ejecución provisional.

Ahora bien, una definición sobre los asuntos sometidos a ejecución debe incluir el mayor elenco posible de obligaciones. En efecto, los procesos de ejecución no pueden estar solamente establecidos para cumplir obligaciones con contenido monetario, sino también para cumplir obligaciones de hacer y no hacer reconocidas en títulos ejecutivos o de ejecución, tales como: entrega de bienes, no acercamiento a personas determinadas, abstención de realizar ciertas actividades, entre otras.

En segundo lugar, una definición sobre órganos y agentes encargados de la ejecución debe comprender varios aspectos. Primero, debe decidir cuáles son las funciones asignadas a ellos. Una definición sobre esto debe considerar que los órganos son las instituciones encargadas de desarrollar el proceso de ejecución, y los agentes, las personas especializadas en ejecutar la orden de manera concreta. Los agentes trabajan al servicio de los órganos sin que ello implique que pertenecen a la misma institución o son sus subordinados. Por esto, el diseño de las funciones de los órganos y los agentes debe tener en cuenta que la labor desarrollada por ellos, requiere profesionalización y especialización. Esta labor no está asociada necesariamente al derecho sino a las acciones requeridas para ejecutar: secuestrar y restituir bienes, cumplir ordenes de no acercamiento a personas, verificar cumplimiento de embargos bancarios, entre otras.

Segundo, debe decidir si los órganos y agentes son parte del Poder Judicial, de instancias administrativas, de instancias privadas, o si tienen condiciones mixtas. Una definición sobre su encuadramiento requiere comprender que el sistema de justicia no realiza únicamente funciones asociadas al cumplimiento e interpretación de las normas, sino que efectúa trámites específicos que

permiten cumplirlas. Estos trámites requieren ser desarrollados por personal profesional idóneo para ello, al igual que la adjudicación de derechos requiere profesionales idóneos. Igualmente, una definición requiere comprender que el sistema de justicia no está integrado únicamente por el Poder Judicial, sino también por otras instancias públicas y privadas que realizan funciones, como por ejemplo, abogados litigantes, peritos expertos en áreas especializadas, y también, agentes profesionales encargados de la ejecución.

En general, se sugiere que los órganos encargados del proceso de ejecución sean parte del Poder Judicial o de instancias administrativas autorizadas, y que su función sea tramitar el proceso de ejecución. Además, se propone que los agentes de ejecución sean personas profesionales idóneas en la labor de ejecución que no requieran ser abogadas, y que puedan ejercer la profesión de manera liberal con control y supervisión. También, se propone que los agentes sean especializados y capacitados en las acciones de ejecución según la naturaleza de la obligación a ejecutar, pues se requieren unas destrezas para ejecutar obligaciones de hacer/no hacer y otras, para obligaciones de dar.

3.2. Medidas para obtener el cumplimiento de la obligación en vía de ejecución

El diseño de las medidas requeridas para obtener el cumplimiento de la obligación debe definir: i) las específicas para el cumplimiento de obligaciones de dar; ii) las requeridas para el cumplimiento de obligaciones de hacer y no hacer; iii) la procedencia de ejecución provisional y medidas provisionales de ejecución; iv) el modo de ejecutar las obligaciones incumplidas por el Estado (que en muchos países resulta especialmente complejo) y v) las medidas de protección de los derechos del demandado.

En primer lugar, debe definir mecanismos que permitan ejecutar obligaciones de dar a través de la obtención y restitución de bienes materiales e inmateriales. Se propone que el diseño de las medidas que garanticen obligaciones de dar estén precedidas de:

i) Herramientas que garanticen la transparencia de activos de los demandados: declaraciones de ingresos y rentas, lugar de residencia y trabajo, información sobre terceros deudores (salarios, jubilaciones, arriendos), entre otras.
ii) Herramientas que luchen contra acciones fraudulentas y de insolvencia, incluidas las sanciones punitivas. Para ello, es recomendable que la transparencia de activos se verifique desde el inicio.
iii) Mecanismos de interconexión con registros públicos y privados que tienen información como declaraciones de rentas e impuestos, registros de vehículos, registros de jubilaciones, información de empleadores, entidades

bancarias, empresas privadas, entre otras. Implementar estos mecanismos puede requerir en muchos países compatibilizar las normas de secreto bancario, profesional, comercial, estadístico, entre otras. con el marco procesal de la ejecución, respetando los derechos protegidos constitucionalmente que, en algunos casos, pueden entrar en compleja colisión.

En segundo lugar, debe establecer mecanismos que permitan ejecutar órdenes de hacer y no hacer. Para ello, se recomienda contemplar distintos tipos de órdenes y verificar el perfil profesional requerido para la ejecución. Puede ser distinto el perfil necesario para lograr la entrega de un bien, que aquél necesario para lograr que el demandado no se acerque al demandante. Se sugiere que el diseño para la ejecución de estas medidas tenga en cuenta: i) los distintos tipos de órdenes efectuadas; ii) las materias sobre las que reposan las órdenes, es decir, familiares, vecinales, laborales, entre otras y; iii) el perfil profesional del agente de ejecución requerido.

En tercer lugar, debe definir la procedencia de la ejecución provisional y de las medidas provisionales de protección. Ambas deben ser diseñadas para procesos de conocimiento y de ejecución. Respecto de la ejecución provisional, ésta debe proceder después de adjudicado el conflicto y a petición de parte o de oficio cuando no hay oposición. Su diseño debe considerar que:

i) proceda cuando existen recursos contra la decisión de instancia para garantizar los derechos de la parte vencedora en juicio.
ii) proceda con algunas restricciones sobre las medidas, como por ejemplo, la improcedencia del remate de bienes.
iii) reconozca los derechos del deudor, por ejemplo a través de la constitución de garantías en su favor si el proceso es revocado o anulado.

Y respecto de las medidas provisionales de protección, su diseño debe permitir su procedencia con la notificación de la demanda, a petición de parte o de oficio en asuntos definidos específicamente desde las políticas públicas (obligaciones alimentarias, por ejemplo). Estas medidas tienen fuerza ejecutoria inmediata y pueden ser establecidas para: i) proteger el cumplimiento del fallo posterior; ii) permitir la transparencia de activos; iii) preservar las pruebas requeridas en el proceso; y iv) por razones de urgencia. Pueden ser implementadas de varias formas de acuerdo con el fin perseguido, y recaer sobre bienes (embargos y secuestros), o personas (restringir sus acciones: salidas del país). Igualmente, pueden implicar la adopción de medidas que permitan el cumplimiento parcial de la obligación en algunos asuntos (pago de alimentos).

En cuarto lugar, deben establecerse mecanismos que aseguren que el Estado cumpla sus obligaciones derivadas de fallos judiciales y demás títulos de

ejecución que la ley regule. Esta cuestión es especialmente relevante ya que en muchos países los bienes estatales son inembargables, lo que dificulta la ejecución de las sentencias cuando el Estado asume una actitud omisa o dilatoria en el cumplimento de sus obligaciones, lo que suele afectar, entre otros factores, el clima de inversión del país. En este terreno las soluciones van desde la creación de fondos destinados al cumplimiento de las sentencias hasta rápidos procedimientos administrativos que obligan al ordenador del gasto a poner a disposición del tribunal (generalmente en una institución bancaria) los fondos adeudados so pena de desacato y sanciones pecuniarias.

En quinto lugar, el diseño debe establecer herramientas que garanticen la protección de los derechos del demandado, pues es necesario efectuar un análisis de proporcionalidad entre las medidas adoptadas y los derechos del demandado. Así, se debe garantizar el derecho a la intimidad, especialmente a la protección de datos personales, para lo cual, se sugiere restringir la publicidad de los activos del demandado. Y además, se debe establecer límites a las medidas, como por ejemplo, el derecho de subsistencia del demandado y de las personas a su cargo, y la constitución de garantía en su favor por daños y perjuicios cuando hay ejecución provisional o medidas provisionales de protección. Todo ello, sin perjuicio de regularse excepcionales oportunidades procesales del demandado para cuestionar el título ejecutivo o de ejecución cuando carezca de los requisitos esenciales para la ejecución y para demostrar el cumplimiento de la obligación, en su caso.

3.3. Etapas procesales

El diseño de las etapas del proceso de ejecución debe ser el mismo establecido para los procesos de conocimiento sin oposición del demandado, con las particularidades señaladas en los numerales anteriores. En términos generales, el proceso debe garantizar menores estándares de satisfacción del debido proceso y contener las siguientes etapas procesales: i) presentación de la demanda o del requerimiento de ejecución; ii) admisión y emisión de orden de ejecución; iii) procedencia de medidas provisionales de protección; iv) notificación y plazo de oposición al demandado (generalmente con limitación de las defensas que pueden oponerse); v) orden de ejecución definitiva y; vi) cumplimiento de la orden por parte del agente de ejecución. Se propone que no procedan ningún tipo de recursos contra la decisión definitiva de ejecución.

F. NUEVO MODELO DE GESTIÓN Y TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN EN UNA REFORMA A LA JUSTICIA CIVIL

La justicia civil ha tenido tradicionalmente un modelo de gestión poco eficiente que responde a la idea de despacho judicial como nicho independiente y autónomo, calificado repetidamente como "insular". Este modelo se funda en una errada comprensión del concepto de independencia judicial y de la confusión entre funciones administrativas y jurisdiccionales.

El primer problema deriva de entender el principio de independencia judicial como un privilegio de los jueces, en vez de considerarlo una garantía ciudadana. Además, deviene de haberlo extendido al campo de la gestión de los tribunales donde en rigor no existe. En otras palabras, la independencia se aplica a la decisión judicial, al momento de determinar desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos.

El segundo problema, proviene de la confusión entre funciones administrativas y jurisdiccionales que conspira contra la eficacia y eficiencia del sistema de justicia, y permite la delegación indebida de funciones jurisdiccionales.

Un nuevo modelo de gestión de la justicia civil debe ser particularmente eficaz y eficiente en el uso de los escasos recursos públicos. Los fondos públicos destinados a la justicia tienen la obligación de ser aplicados con eficacia y eficiencia pues está comprometido el interés público. Existen numerosas alternativas para su aplicación (educación primaria, atención de la salud, infraestructura, entre otras) que compiten en la apropiación de recursos en la agenda pública. Considerar que los recursos que se asignan al sector justicia no deben guiarse por estos principios es inaceptable, pues justifica el gasto regresivo e injusto.

Por esto, una reforma debe diseñar un esquema de organización y gestión acorde con los desafíos actuales, es decir, el incremento de la demanda y la litigiosidad ciudadana, y crecientes niveles de exigencia hacia la calidad, celeridad y eficiencia de los servicios que brinda el Estado. Este modelo debe permitir alcanzar eficaz y eficientemente las metas y objetivos del sistema, siendo un factor crítico la separación de funciones administrativas de las jurisdiccionales. Debe comprender un plan global de gestión judicial que aborde los niveles de gobierno, gerencia y despacho, e incorpore tecnologías de información y comunicación – TIC´s, planeación estratégica, rediseño organizacional, liderazgos en la administración del Poder Judicial, y programas de capacitación permanente.

A continuación, se mencionan aspectos que deben tenerse en cuenta en el diseño de un modelo de gestión y en la incorporación de tecnologías de información y comunicación. Cabe señalar que si bien estos análisis y recomendaciones se realizan para la reforma a la justicia civil, la mayoría de ellos son aplicables a cualquier ámbito y jurisdicción del sistema de justicia sean de carácter civil o penal, de primera u otras instancias. De hecho, el paso de sistemas inquisitivos a sistemas adversariales en materia penal produjo en América Latina una fuerte revisión del sistema de gestión, con importantes cambios organizacionales, transformación de prácticas e introducción de nuevos roles y funciones del cual pueden extraerse varias lecciones aprendidas.

1. Aspectos generales de un Nuevo Modelo de Gestión Judicial[25]

El diseño de un nuevo modelo de gestión debe considerar varios asuntos. En primer lugar, debe entender que la gestión judicial no es competencia exclusiva de los niveles decisorios de política judicial o de los despachos judiciales, sino que es un conjunto de competencias de distintos órganos e instancias que la diseñan, ejecutan y controlan.

En segundo lugar, debe introducir las funciones de la gestión: i) aprobar normas o políticas, es decir, definir los criterios de actuación que deben seguir los distintos niveles de gestión judicial; ii) ejecutar las políticas, es decir, implementar mecanismos y procesos necesarios para desarrollar las actividades requeridas en los distintos niveles de gestión y; iii) controlar la gestión, es decir, medir o monitorear en qué medida la ejecución de la gestión se acerca a los objetivos y metas definidos.

En tercer lugar, el diseño debe fijar un plan global que defina metas y objetivos, la forma de cumplimiento, y las competencias para desarrollarlas en los niveles de gestión judicial de gobierno, gerencia y organización del despacho judicial. Cada país debe responder a la pregunta ¿quiénes componen los tres niveles de gestión y cuáles son sus funciones específicas? Y tal respuesta debe considerar las disposiciones constitucionales, la organización del sistema de justicia, y que todos los niveles de gestión pueden desarrollar acciones encaminadas a cumplir las tres funciones.

Ahora bien, el nivel de **gobierno** en la gestión judicial decide aspectos relevantes y estratégicos para el desempeño del sistema de justicia. Puede ser desarrollado por órganos encargados del máximo nivel decisorio, siempre y

25 Véase: a) Centro de Estudios de Justicia de las Américas-CEJA-, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y Ministerio de Justicia de Brasil, "Estudio comparado sobre gestión presupuestaria y gestión administrativa de cortes y tribunales y tratamiento estadístico de la información sobre el funcionamiento del sistema judicial", Santiago, 2006, Disponible en: www.cejamericas.org; b) Marcet, Juan Pablo, "El gobierno del sistema judicial en Argentina: un enfoque organizacional", en Estudios sobre la Administración de Justicia No 2, Fores, Buenos Aires 2004; y c) Vargas Viancos Juan Enrique, "Curso sobre instrumentos para la implementación de un sistema acusatorio oral – Herramientas para el diseño de Despachos Judiciales", Viña del Mar, 2006, Disponible en: www.cejamericas.org

cuando cuenten con el concurso de profesionales especializados en las áreas de economía, administración, ingeniería de sistemas, entre otros. El nivel de gobierno tiene como función:

- Diseñar reformas a la estructura de la justicia de acuerdo con las reformas legales (sustantivas y/o adjetivas) realizadas.
- Planear estratégicamente a través de objetivos, metas, y resultados.
- Realizar seguimiento a la gestión judicial de las autoridades competentes.
- Establecer los cambios necesarios según los resultados obtenidos.
- Definir la ejecución presupuestal.
- Diseñar los sistemas de control administrativo, incluidos aquellos que permiten el seguimiento procesal.

El nivel de **gerencia** se encarga de decidir tácticamente la implementación de las decisiones estratégicas tomadas por el nivel de gobierno. Debe ser ejecutado por autoridades profesionales en gerencia y preferiblemente ser centralizado. El nivel tiene como función:

- Realizar la ejecución presupuestal y definir las inversiones y adquisiciones requeridas.
- Asignar los recursos humanos, físicos y financieros a las distintas estructuras del sistema de justicia, incluidos los juzgados, tribunales, y oficinas administrativas.
- Crear y mantener sistemas de información y estadística judicial que permitan la asociación entre la información y las decisiones adoptadas, la homologación de la información y las capacidades analíticas, y la difusión de la información.
- Proveer servicios administrativos a los juzgados y tribunales.
- Diseñar un sistema de incentivos para los funcionarios del sistema de justicia que incluya la adopción de buenas prácticas y la ejecución presupuestal asociada a metas.

El nivel de **operación del despacho judicial** se encarga de la evolución eficaz y eficiente del proceso judicial, independientemente de las diferentes estructuras organizativas que pueden adoptar los despachos. Debe ser desarrollado por operadores judiciales y administrativos en una relación armónica entre los diferentes roles. Unos y otros tienen conocimientos específicos requeridos para una mejor gestión al interior del despacho. Debe tenerse presente que la autoridad conferida a los funcionarios administrativos es proporcional a su responsabilidad; lo que se conoce como principio de paridad. Este nivel de gestión tiene como funciones principales:

- Recibir y distribuir las causas ingresadas.
- Definir los procedimientos o procesos de trabajo del despacho judicial, incluidos los relacionados con el archivo de actuaciones, declaratorias de

inactividad de procesos, diligencias fuera del despacho (comisiones judiciales), designación de peritos, entre otros.
- Definir los roles y funciones de quienes trabajan en el despacho judicial.
- Definir y organizar la atención al público.
- Efectuar el manejo de la agenda del despacho para realizar distintas diligencias, como por ejemplo, audiencias, inspecciones judiciales, entre otras.
- Administrar y solventar los flujos y cargas de trabajo.
- Fijar metas y objetivos de desempeño del despacho y ejercer control real sobre lo que sucede en el trámite del caso.

Ya se ha mencionado que el nuevo modelo de gestión debe definir las funciones estrictamente jurisdiccionales y separarlas de las administrativas en los tres niveles señalados. Este es uno de los aspectos más relevantes del diseño del modelo de gestión, pues el desarrollo de funciones administrativas por parte de jueces y magistrados consume tiempo importante que debería ser empleado en decisiones de fondo. Adicionalmente, suele suceder que cuando son los jueces los responsables de las funciones administrativas, se produce un trasvasamiento de las normas procesales al ejercicio de la administración (particularmente a nivel de gobierno); y la administración se ve teñida por un ritualismo jurídico que conspira contra la ejecutividad.

La ejecución de las actividades administrativas requiere profesionales especializados en disciplinas distintas al derecho, como por ejemplo, el manejo del archivo, los depósitos judiciales, los sistemas de información, entre otras. Por este motivo, el diseño del modelo de gestión debe:
- Profesionalizar el perfil de los funcionarios requeridos en los tres niveles del modelo, mediante la asignación de competencias y responsabilidades claras a cada uno de ellos. En poderes judiciales donde la mayoría de empleados y funcionarios son estudiantes de materias jurídicas o abogados, se requiere una redefinición del perfil profesional de la planta.
- Administrar de manera profesional el sistema de justicia y contemplar herramientas administrativas requeridas para su funcionamiento efectivo.
- Aprovechar economías de escala en los servicios administrativos que soporten la labor judicial, a través de oficinas comunes que sirvan a una pluralidad de jueces y magistrados, que se encarguen de la radicación, el reparto, las notificaciones, la atención al público, el manejo de salas de audiencia y servicios de peritaje, la ejecución de providencias, entre otras.

Un modelo de gestión más eficiente puede mejorar la capacidad de respuesta de la justicia sin necesidad de un aumento presupuestario. Para facilitar el acceso a la justicia es necesario crear nuevas formas de oferta, distribuir mejor los recursos existentes, y hacer menos rígido el concepto de competencia territorial. En efecto, determinadas actividades y diligencias que impliquen el traslado del usuario, del juez u otro funcionario a lugares distantes, puede

requerir una desconcentración de funciones en el territorio para la presentación y recepción de demandas y memoriales, realización de inspecciones o comisiones judiciales, entre otros.

Igualmente, el diseño debe considerar las características del territorio y de la población donde se presta el servicio de justicia civil, para determinar la pertinencia de ciertas herramientas de gestión. Es necesario conocer la densidad de la población, su ubicación geográfica respecto de la ubicación de los tribunales, la conectividad informática, entre otros. En efecto, el trámite de un proceso virtual tiene sentido en lugares donde existe conectividad informática y donde los usuarios emplean tecnologías de información y comunicación; por ello, en aquellos lugares donde esto no ocurre, el diseño debe comprender una etapa de transición gradual y otras formas de trámite. Asimismo, la incorporación de servicios comunes requiere analizar previamente la carga de trabajo, y la cantidad actuaciones para las que se requieren dichos servicios, pues no da igual que se creen en Buenos Aires, Argentina, que en Puerto Wilches, Chile.

Además, el modelo de gestión requiere mejorar los procedimientos de trabajo al interior de los despachos judiciales, utilizando intensivamente las tecnologías de información y comunicación que pueden permitir realizar una efectiva administración de la documentación y de los plazos del proceso.

Igualmente, el modelo de gestión debe estar al servicio del nuevo esquema procesal civil, es decir, debe responder al proceso oral donde las decisiones se toman y fundamentan en audiencia, y comprender distintos estándares de satisfacción de la oralidad. Así, los procesos sin oposición requieren una plataforma de gestión distinta a la de aquellos contradictorios de mayor o menor complejidad. En el primer caso, el trámite entero podría efectuarse a través de Internet siempre que se garantice la oralidad cuando exista oposición real del demandado; mientras que en el segundo, se requiere la gestión de una audiencia concentrada, pública y contradictoria en la que haya inmediación judicial.

Una manera de testear si el modelo de gestión responde verdaderamente al procedimiento oral es analizar si las causas avanzan en la práctica por la agregación de documentos escritos en un expediente, provenientes de las partes o del tribunal; o por el cumplimiento de plazos y la realización de diligencias con la participación del juez y de las partes.

Finalmente, la implementación de un nuevo modelo de gestión acorde con la oralidad requiere una infraestructura física que permita la realización de actuaciones en audiencia, garantice la presencia de las partes y las pruebas en audiencia, promueva la litigación oral efectiva en el proceso, e incorpore mecanismos que garanticen los principios de oralidad aunque las partes se encuentren en otros lugares (videoconferencias). Un buen ejemplo es Uruguay,

donde los jueces no cuentan con otro despacho que la sala de audiencias. Esto constituye un mensaje de gran importancia: la tarea principal del juez es dirigir audiencias y en ese ámbito trabaja. Dado su costo, debe evaluarse cuidadosamente el tema de las salas de audiencia, y encontrar soluciones prácticas y viables en términos presupuestarios: despachos de jueces con comodidades para realizar audiencias públicas, o una sala especialmente espaciosa para casos de mayor trascendencia compartida por varios jueces, entre otras.

2. Tecnologías de información y comunicación –TIC´s[26]

El diseño de un nuevo modelo de gestión debe utilizar de manera específica tecnologías de información y comunicación -TIC´s. Para ello, debe elegir, adaptar y poner en funcionamiento prácticas de trabajo que empleen TIC´s, y: i) aumenten la productividad y la calidad del sistema de justicia; ii) reduzcan los costos de operación y; iii) mantengan la comunicación entre las partes y el juez. Pueden transformar en electrónicas las presentaciones de demandas y memoriales; reemplazar inspecciones y comisiones judiciales por accesos a bases de datos en línea (con las debidas garantías del habeas data) o realización de videoconferencias; eliminar el proceso de archivo de procesos físicos; restringir el uso de correo postal en notificaciones y citaciones, entre otras.

Las TIC´s desempeñan tres funciones esenciales en el sistema de justicia: i) colaborar con la tramitación de los procesos y controlar su desarrollo; ii) administrar la información de las actividades de los despachos judiciales y; iii) administrar de manera eficiente los recursos. Su utilización específica permite:

- Controlar certeramente el estado de los procesos, las actuaciones relevantes realizadas en los plazos ocurridos, a través de flujos de trabajo (*workflow*).
- Facilitar la comunicación interna del sistema de justicia civil que permita, por ejemplo, agendar salas de audiencia de manera eficiente, registrar de manera oportuna la cancelación de una audiencia por falta de notificación a las partes, consultar el desarrollo de comisiones judiciales, entre otras.
- Facilitar la comunicación externa con usuarios y autoridades públicas o privadas requeridas en los procesos, que facilite el conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas y la rendición de cuentas, y brinde herramientas concretas para mejorar la litigación en la justicia.
- Emplear medios probatorios electrónicos y establecer un esquema de notificación que permita realizar este trámite a través de correos electrónicos, que cuente con seguridad y trazabilidad.

26 Véase: Centro de Estudios de Justicia de las Américas -CEJA y Microsoft, Libro Blanco de E – Justicia: Perspectivas de uso e impactos de las TIC en la administración de justicia en América Latina, Santiago, Agosto 2008. Disponible online en: www.cejamericas.org

- Permitir el acceso a la información de otras instancias cuyos trámites son altamente relevantes en la justicia civil, tales como, registros inmobiliarios y mobiliarios, bancos donde se depositan títulos judiciales, instituciones que realizan remates, entre otros.
- Promover el acceso a la justicia de personas localizadas en lugares distantes a los despachos judiciales o con dificultades de movilidad, mediante la utilización de medios tecnológicos que acerquen la justicia a las personas.
- Realizar el registro y archivo electrónico de actuaciones procesales con seguridad de datos, (definición de restricciones y publicidad), mediante su almacenamiento adecuado y la incorporación de mecanismos para evitar su desactualización, falseamiento de información, o carencia de alimentación del sistema.
- Procesar y analizar información de apoyo para las decisiones judiciales, como por ejemplo, la consulta de jurisprudencia.
- Utilizar TIC´s para la homologación de acuerdos derivados de mecanismos alternos de solución de conflictos.
- Permitir el entrenamiento y capacitación permanente de los funcionarios del sistema de justicia y desarrollar metodologías de enseñanza.

Además, las tecnologías de información y comunicación pueden colaborar con la tramitación de procesos judiciales, controlar su desarrollo, y mejorar los procedimientos de trabajo en los despachos judiciales. Puede incorporarse un sistema de seguimiento procesal que fiscalice el avance del proceso y consolide sistemas de control de gestión y administrativos. Su diseño debe responder una pregunta, ¿para qué esquema procesal civil se efectúa? Una respuesta debe considerar que tiene distintas características si se establece para procesos escritos, orales, o para aquellos casos que constituyen un alto volumen o son repetitivos.

No obstante lo anterior, todos los sistemas de seguimiento procesal deben:

- Incorporar los datos generales del proceso civil, sus movimientos, y el estado de tramitación.
- Soportar el registro de todos los datos relevantes del proceso con fines estadísticos, teniendo presente que dicho registro debe ser efectuado por distintos usuarios: jueces, auxiliares judiciales y administrativos, partes, entre otros.
- Apoyar la labor judicial de actualización legal y jurisprudencial para la solución específica de casos concretos.
- Permitir la introducción de cambios procesales legales.
- Permitir el control de usuario, modo, tiempo y lugar de acceso al sistema, es decir, ser trazable.

El diseño de cada uno de los distintos sistemas de seguimiento procesal presenta características particulares. En primer lugar, el diseño de aquellos

efectuados para procesos escritos puede ser de tramitación de expedientes o de registro de actuaciones. El primero contiene el expediente electrónico, es decir, carga todas las actuaciones allegadas al proceso judicial y cuenta con un sistema de seguridad y de autenticación de documentos, usualmente a través de la firma digital. El segundo, registra las actuaciones de manera resumida, y por lo tanto, no permite conocerlas a detalle, pero permite conocer quién las hizo con un sistema de seguridad que evita alteraciones o manipulaciones de dichas actuaciones.

En segundo lugar, el diseño de aquellos efectuados para procesos orales debe considerar un sistema que permita la incorporación de documentos en papel y realice el registro y apoyo de las audiencias orales que fundamentan las decisiones judiciales.

En tercer lugar, el diseño de aquellos efectuados para procesos que tratan asuntos que generan un alto volumen de casos o que son repetitivos (cobranzas de deudas sin oposición, conflictos vecinales, conflictos derivados del derecho de consumo), puede: i) ser sencillo y de bajo costo y mantenimiento; ii) contener funciones especiales para la resolución de casos estandarizados a través de providencias tipo y; iii) funcionar con baja infraestructura tecnológica y de comunicaciones.

Finalmente, se recomienda que la introducción de tecnologías de información y comunicación se realice de manera subordinada al modelo de gestión. Esto implica que las prácticas judiciales y modelos organizacionales deben revisarse antes de definir las herramientas y soluciones tecnológicas a adoptar. Como resulta evidente, deben responder también al modelo procesal vigente. De esto depende los requerimientos funcionales del sistema, y las pautas para determinar el camino de implementación a seguir: gradualismo, experiencias pilotos o implantación generalizadas, entre otras.

G. FINANCIAMIENTO DE LA JUSTICIA CIVIL[27]

Como se ha dicho en el documento, la justicia civil resuelve controversias de particulares que usualmente comprometen intereses privados. Algunas veces, resuelve controversias que incluyen intereses públicos ya que involucran entidades estatales, conflictos derivados de servicios públicos, o afectan derechos fundamentales de gran importancia. Un proceso de reforma debe responder una pregunta, ¿la justicia civil debe ser absolutamente gratuita, o debe permitir cobros que la financien y desestimulen su uso indebido? Una respuesta a esta pregunta debe efectuarse en cada país atendiendo a su realidad y a su marco jurídico; sin embargo, a continuación se proponen algunas consideraciones.

27 Véase: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Vargas Viancos Juan Enrique, Financiamiento privado de la justicia: las tasas judiciales, Santiago, 2004.

En primer lugar, si un Estado consagra su sistema de justicia como bien público, servicio público, o función pública y lo define como gratuito, ello no quiere decir que la aplicación de dicho principio deba ser absoluta. En efecto, la gratuidad responde a los derechos humanos de acceso a la justicia e igualdad, y dado que estos derechos no son absolutos, la comprensión de la gratuidad tampoco lo es. Un Estado puede limitar el principio de gratuidad siempre y cuando su limitación no viole el núcleo esencial del derecho. Esto ha sido reconocido por Estados que a pesar de consagrar la gratuidad de la justicia permiten el cobro de costas a cargo de las partes.

En segundo lugar, la justicia civil debe contener mecanismos que impidan su uso indebido y temerario. En efecto, la aplicación sin restricciones del concepto de gratuidad puede generar efectos perversos, tales como, el desestímulo del uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos y la presentación de demandas o recursos ineficientes y oportunistas. Un ejemplo de actuación ineficiente es la presentación de demandas cuyos montos de pretensión son superiores a las reales; y un ejemplo de actuación oportunista es la presentación de recursos con fines dilatorios o de demandas con el ánimo de presionar un arreglo con la contraparte.

En tercer lugar, el sistema de justicia resuelve distintos tipos de conflictos y adjudica derechos de diversa índole, y por lo tanto, según la naturaleza de las controversias o de las partes en ellas, puede dar un tratamiento diferencial al concepto de gratuidad. En efecto, así como es viable que una acción de amparo tenga un procedimiento distinto a la de un proceso penal, es igualmente viable que la solución de un determinado conflicto sea totalmente gratuita para un usuario, mientras que la de otro conflicto, no lo sea. Esto requiere definir criterios que permitan establecer diferenciaciones equitativas, para lo cual, el diseño del financiamiento de la justicia civil debe responder una pregunta, ¿cuáles son las características de los conflictos o de las partes que hacen viable el cobro para el acceso a la justicia?

Un análisis detenido requiere considerar aspectos específicos de los procesos, para determinar la conveniencia del cobro en el acceso a la justicia, como por ejemplo, los ámbitos sustanciales que pertenecen a la justicia civil (familiares, laborales, comerciales, contenciosos administrativos); los montos de dinero que se reclaman (altos o bajos); los tipos de procesos que se desarrollan (responsabilidad por negligencia médica, divorcios, restitución de títulos valores).

También son relevantes por su parte, las condiciones de las partes en conflicto (personas naturales o jurídicas). Un cobro de acceso a entidades bancarias que presentan altos volúmenes de procesos ejecutivos al año, es diferente a un cobro de acceso a personas que reclaman alimentos debidos a sus hijos.

Un criterio a tener en cuenta es si la recuperación de deudas por vía judicial es parte del "modelo de negocios" del actor o demandante. En caso afirmativo, y dado que lo utiliza para obtener ganancias, resulta difícil sostener que el resto de la sociedad financie totalmente estos procesos judiciales. Por esto, se propone que cada país examine las características de los asuntos civiles y la pertinencia de garantizar de manera relativa el principio de gratuidad de la justicia.

En cuarto lugar, la justicia civil responde a distintos objetivos de política pública, entre ellos, el uso eficiente de los recursos. Por esto, debe utilizarlos de manera eficaz, brindar un servicio de justicia adecuado, y privilegiar el gasto hacia personas de escasos recursos que requieran mayor asistencia. Igualmente, debe buscar fuentes de financiación distintas al presupuesto público, teniendo presente la naturaleza de los conflictos y las características de las partes en ellos. Para esto, se debe tener en cuenta también el régimen tributario, y verificar si dichos recursos pueden ser obtenidos a través de tasas, aranceles, contribuciones, entre otras.

Por todo lo anterior, considerando el marco constitucional de cada país y los límites que éste impone, se sugiere que en el diseño del financiamiento del sistema de justicia civil se contemple el principio no absoluto de gratuidad de la justicia. Para ello, se propone:

Efectuar cobros diferenciados a los usuarios del sistema de justicia civil por la presentación de demandas y recursos, según las características del conflicto, de las partes en el proceso, y del monto de la pretensión.

- Efectuar cobros a los usuarios por la realización de determinadas diligencias judiciales, como por ejemplo, embargos, secuestros, remates, entre otros.

- Establecer herramientas que fomenten el acceso gratuito a la justicia de personas de escasos recursos para que la incorporación de cobros por el acceso no desincentive de manera perversa el acceso al sistema. Un ejemplo puede ser la exención de cobros en conflictos de montos pequeños que afectan a personas naturales, trabajadores o microempresas como herramientas que permitan su acceso a la justicia.

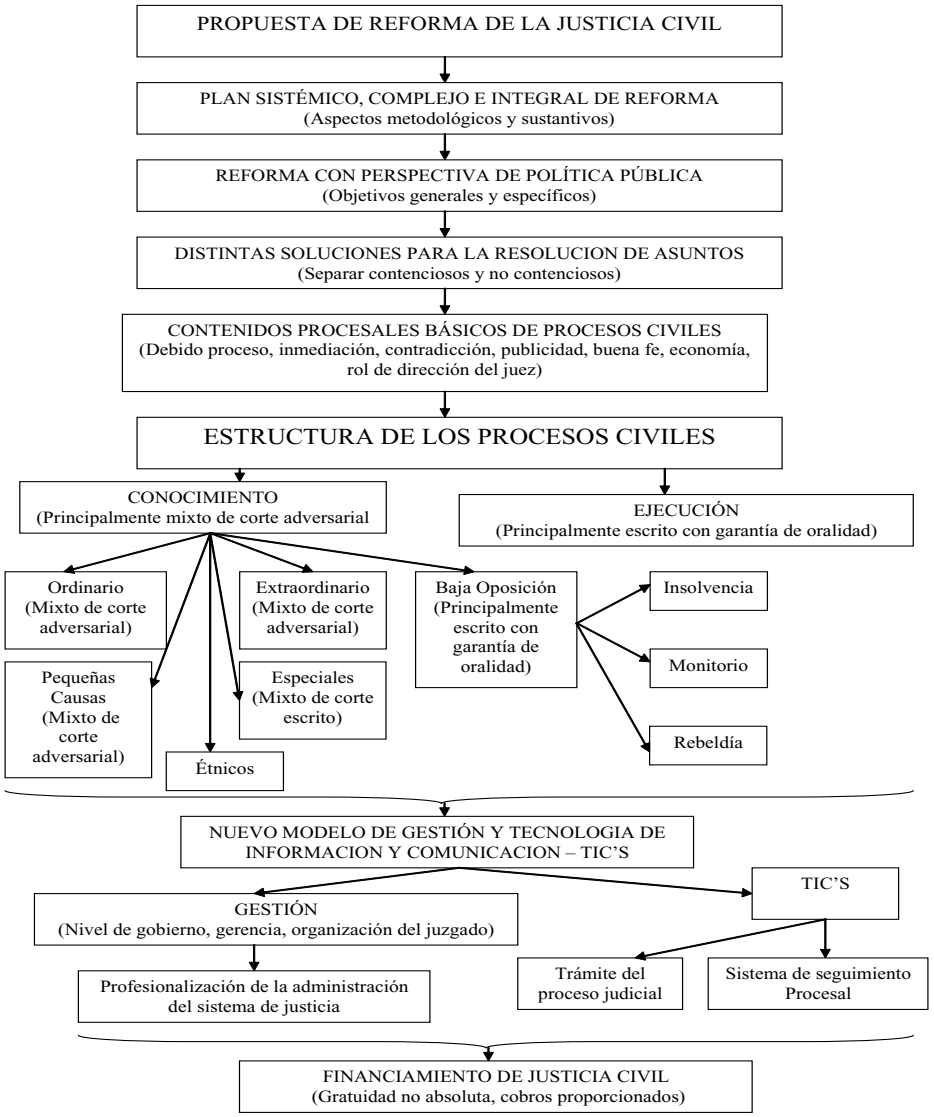
- Contemplar mecanismos de pago similares a aquellos establecidos para los servicios de salud o jubilaciones, como por ejemplo, los servicios legales de copago que permiten el ahorro mensual/anual y en caso de requerir su utilización cubren los costos de un proceso judicial.

- Establecer desincentivos para la utilización temeraria, frívola y oportunista del sistema de justicia civil, a través del cobro en el acceso a recursos y demandas cuyas pretensiones exceden un tope determinado de dinero.

- Establecer sanciones por la utilización temeraria y oportunista del sistema de justicia civil, como por ejemplo, multas, sanciones a abogados, condena en costas aunque haya vencido en juicio, entre otras.

- Definir la regulación de las costas y los otros gastos en el proceso, de manera tal que se permita su recaudo efectivo y las previsiones necesarias cuando la parte vencida en juicio no puede asumir la totalidad de las costas.

H. SINOPSIS DE LA PROPUESTA



III. IMPULSO, CONCRECIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA A LA JUSTICIA CIVIL

La reforma a la justicia civil requiere acciones concretas para su impulso, concreción e implementación, entendiendo que el diseño es sólo una etapa de un complejo proceso de cambio. Cualquier proceso de transformación de la justicia civil debe enfocarse como un proceso de intervención pública: partir de la identificación de un problema para luego ingresarlo a la agenda públi-

ca y diseñar las soluciones posibles. Adicionalmente, este proceso debe tener presente los objetivos de política pública que estarán en ineludible tensión, y tomar decisiones sobre ellos.

Hoy en día, no se puede emprender un proceso de esta envergadura sin contar con estudios empíricos que permitan identificar los problemas en diferentes perspectivas (usuarios, administración pública, legal, entre otras), y establecer líneas de base y tomar las decisiones necesarias. La información empírica permite fijar objetivos verosímiles, comparables y evaluables, y promover la reforma, buscando aliados y venciendo las resistencias al cambio.

Se debe generar la aprobación legislativa de nuevas estructuras procesales; desarrollar un nuevo modelo de gestión; proveer la capacitación y entrenamiento de los funcionarios y litigantes con nuevas destrezas, habilidades y actitudes; e instalar la infraestructura tecnológica y física adecuada. Por este motivo, un proceso de reforma a la justicia debe considerar los aspectos generales para el impulso y concreción de estas acciones, haciendo énfasis en la introducción de la cuestión en la agenda pública, y prestando la atención necesaria a cada una de las etapas de una reforma. Todo ello, enmarcado en una estrategia concreta de implementación, como parte del plan sistémico e integral que incluya todos los aspectos sustanciales y metodológicos requeridos para su diseño e implementación exitosa.

La experiencia en reformas judiciales ha demostrado que el proceso de transformación requiere un esquema de negociación, implementación y evaluación. Además, necesita una perspectiva de política pública que contemple objetivos específicos, como por ejemplo, la garantía de los derechos humanos, la promoción de políticas sociales efectivas, la generación de condiciones benéficas para el desarrollo socio económico y la modernización del Estado.

Para la efectiva implementación un plan sistémico e integral debe:

i) Efectuar un diagnóstico sobre la justicia civil actual para:

- Caracterizar los procesos que se tramitan según el tipo de conflicto, las características de las partes en él, los montos reclamados, la duración del proceso y de sus distintas etapas (conocimiento y ejecución), la georreferenciación de la litigiosidad, entre otras.
- Caracterizar los principales problemas de la justicia civil actual, con especial énfasis en el aumento de la demanda, la duración del proceso, el modelo de gestión y las plataformas tecnológicas de información y comunicación existentes, y los costos presupuestarios; problemas que es necesario identificar como tales para introducir la cuestión en la agenda pública.

- Analizar el modelo de gestión existente, especialmente en lo que hace referencia a las funciones de quienes ejercen el nivel de gobierno, gerencia y organización del despacho judicial. Igualmente, se debe analizar la infraestructura física y tecnológica, el perfil profesional en la actual administración de justicia, la organización del trabajo, las actividades administrativas realizadas en el proceso judicial, entre otras.
- Analizar la carga laboral según las actuaciones efectuadas por los distintos funcionarios, y el factible incremento de la demanda.
- Obtener así una línea de base que permita establecer objetivos y evaluar los logros y avances de la reforma durante su implementación.

ii) Promover la necesidad de una reforma a la justicia civil a través de la participación de ciudadanos y actores claves, como modo de obtener la agregación de intereses y el contacto con los públicos capaces de impulsarla, en:

- Seminarios académicos que cuenten con la participación de universidades, centros de investigación y organizaciones no gubernamentales, encaminados a promover la necesidad de una reforma a la justicia civil. Es importante contar con la participación de estudiantes, profesionales, intelectuales e investigadores, e involucrar distintos sectores del ámbito jurídico que tienen injerencia en la justicia civil como usuarios, investigadores o evaluadores.
  - Ámbitos de debate y seminarios con los actores claves en una reforma, es decir, jueces y demás funcionarios judiciales, abogados litigantes, auxiliares de la justicia, entidades bancarias, instituciones encargadas del registro de bienes inmuebles y muebles, ministerios de justicia, entre otros.
  - Mecanismos de interacción de los distintos operadores y usuarios de la justicia civil, con el ánimo de involucrarlos en todo el proceso, disminuir su posible resistencia, y analizar los cambios propuestos a partir de su experiencia.
  - Proceso de promoción, divulgación y concertación de la reforma en el ámbito político, que permita su aprobación y la obtención de los recursos humanos y financieros necesarios.
  - Participación de medios de comunicación para la difusión del proceso de reforma y de su necesidad, así como, de las debilidades actuales y los cambios propuestos.

iii) Diseñar las distintas etapas de un proceso de reforma a la justicia civil y considerar para su definición:

  - El proceso de diseño e implementación de las estrategias de promoción de la reforma.

- El diagnóstico de la justicia civil actual, incluyendo los aspectos sustantivos del esquema procesal y los administrativos del modelo de gestión.
- La discusión y el diseño procesal civil, especialmente de los procesos que se tramitan en ella, el modelo de gestión, el diseño institucional, la incorporación de mecanismos alternativos de solución de conflictos, y la armonización procesal requerida con otras legislaciones nacionales e internacionales.
- El diseño del sistema de monitoreo para la implementación del proceso de reforma.
- El diseño del modo de entrada en vigencia del nuevo sistema y el período de transición del sistema anterior al nuevo; esto es: si se realizará primero un plan piloto o no, si entrará a regir en todo el país o en una circunscripción específica, cómo seguirán tramitando los procesos anteriores, si los nuevos jueces atenderán solamente causas nuevas, etc.
- La definición del número de nuevos jueces y personal requerido: generalmente los procesos orales requieren más cantidad de jueces, siendo suficientes los funcionarios de apoyo ya existentes en un modelo escriturario.
- El diseño del financiamiento necesario, incluyendo la financiación de la infraestructura, del perfil profesional requerido, del proceso de capacitación y entrenamiento del personal judicial y administrativo, del diseño e implementación del esquema procesal establecido, del monitoreo y evaluación de la reforma.
- La aprobación legal de la reforma.
- La implementación de la misma.
- El monitoreo de la implementación del proceso.
- La evaluación interna y externa de la reforma y la realización de ajustes requeridos.

Teniendo en cuenta lo anterior, el proceso de reforma a la justicia civil debe definir de manera prioritaria su estrategia de implementación. Ésta, debe ser efectuada desde el diseño procesal hasta el final de la implementación, es decir, después del proceso de evaluación y ajuste. La estrategia de implementación debe contener mecanismos y herramientas que permitan la incorporación efectiva del modelo procesal, del modelo de gestión, de las tecnologías de información y comunicación, y del financiamiento de la justicia civil. Por esto, según las experiencias internacionales en materia de reforma judicial, se recomienda que el proceso de implementación tenga en cuenta principalmente:

- La comprensión de la complejidad de un proceso de reforma que requiere la participación de diversos sectores sociales, incluidos los políticos, los usuarios, los académicos, los jueces, los litigantes, entre otras.

- La incorporación de un mecanismo de conducción del proceso de reforma, que tenga la responsabilidad del diseño, negociación e implementación de la reforma.
- La necesidad de implementar, junto con el modelo procesal, el modelo de gestión con las tecnologías de información y comunicación, pues de lo contrario, la reforma es poco efectiva.
- La necesidad de incorporar las audiencias orales como eje central del proceso civil, y garantizar los principios de concentración, inmediación y publicidad en el marco del debido proceso legal.
- La realización permanente de un proceso de capacitación para todos los actores involucrados en la justicia civil (abogados, jueces, funcionarios judiciales, profesionales encargados de la gestión), y el rediseño del contenidos y metodologías de enseñanza de las escuelas de derecho.
- La incorporación de mecanismos efectivos de monitoreo a la reforma que permitan su posterior evaluación interna y externa, así como, la realización de ajustes requeridos si ello es necesario.

En conclusión, la reforma a la justicia civil requiere el diseño específico de mecanismos y herramientas que permitan, en la práctica, su impulso, concreción e implementación. Para ello requiere incorporar desde el principio, estrategias que la efectivicen e impidan su implementación deficiente por la falta de recursos, o por la carencia de capacitación e inexistencia del modelo de gestión o de tecnologías de información y comunicación requeridas. La reforma debe partir de un supuesto fundamental: no puede ser diseñada como un proceso aislado de algunos sectores de la sociedad, sino que debe ser una estrategia de Estado para mejorar el sistema de justicia y garantizar los derechos humanos, partiendo de la necesidad de efectivizar su implementación adecuada.

BIBLIOGRAFÍA

1. AFTALIÓN, Enrique y otros, "*Introducción al Derecho*", Editorial Lexis Nexis Abelardo – Perrot, 4ª edición, Buenos Aires 2004.
2. BERIZONCE, Roberto Omar, "*Líneas tendenciales en la reforma procesal civil en Iberoamérica*", En: Problemas actuales del proceso iberoamericano / coord. por Juan Antonio Robles Garzón, Manuel Pascual Ortells Ramos, Vol. 1, 2006 (Ponencias y comunicaciones), ISBN 84-7785-765-2, Págs. 337-344.
3. BERIZONCE, Roberto Omar, *"Las reformas a los sistemas de justicia civil en Iberoamérica. Bases para una reforma gradual y paulatina"*, En: Problemas actuales del proceso iberoamericano / coord. por Juan Antonio Robles Garzón, Manuel Pascual Ortells Ramos, Vol. 1, 2006 (Ponencias y comunicaciones), ISBN 84-7785-765-2, pags. 345-350.
4. BONET Navarro, José, "*Eficiente implementación del proceso monitorio en Iberoamérica*", Justicia Civil: perspectivas para una reforma en América Latina, Centro de Estudios de Justicia de las Américas -CEJA, Agosto 2008, pgs. 479 – 500.

5. BUSCAGLIA, Edgardo, y otros, "*El sistema de justicia penal y su reforma. Teoría y práctica*", Editorial Fontamara 2005, México.
6. CARNELUTTI, Franccesco, "*Derecho procesal civil y penal*", Primera parte, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1994.
7. CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS - CEJA y Universidad Autónoma de Nuevo León, "A*rbitraje y Mediación en las Américas*", 2006
8. CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS-CEJA-, PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO -PNUD Y MINISTERIO DE JUSTICIA DE BRASIL, "*Estudio comparado sobre gestión presupuestaria y gestión administrativa de cortes y tribunales y tratamiento estadístico de la información sobre el funcionamiento del sistema judicial"*, Santiago, 2006, Disponible en: www.cejamericas.org.
9. CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS -CEJA, "*Estudio Comparativo: Avance en América Latina y el Caribe de la Reforma a la Justicia Civil"*, "Nueva Justicia Civil para Latinoamérica: Aportes para la reforma", Chile, Agosto 2007, pgs. 17-63.
10. CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS - CEJA, "*La reforma a la justicia civil en España*", "Nueva Justicia Civil para Latinoamérica: Aportes para la reforma", Chile, Agosto 2007, pgs. 113-138.
11. CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS -CEJA, "*La reforma a la justicia civil en Inglaterra y Gales*", En "Nueva Justicia Civil para Latinoamérica: Aportes para la reforma" Chile, Agosto 2007, pgs. 139-162.
12. CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS -CEJA, "*Reporte sobre la Justicia en las Américas 2006 – 2007*", Santiago, Agosto, 2007.
13. CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS -CEJA y MICROSOFT, "*Libro Blanco de E - Justicia Perspectivas de uso e impactos de las TIC en la administración de justicia en América Latina"*, Santiago, 2008.
14. CHAYER, Héctor M., RICCI, Milena, "*El trámite de los procesos ejecutivos en el Fuero Comercial*", Estudios sobre la Administración de Justicia, Año I No 1 Fores, Buenos Aires, Argentina. 2003.
15. CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, San José, Costa Rica, 1969.
16. CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, *Informe Latinobarómetro 2007 Banco de Datos en Línea*, Santiago de Chile, Noviembre de 2007
17. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Grand Chamber, Case of Scordino v. Italy* (no. 1), (Application no. 36813/97), Judgment, Strasbourg, 29 March 2006.
18. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva Oc-9/87*, del 6 de Octubre de 1987, Garantías Judiciales En Estados De Emergencia, (Arts. 27.2, 25 Y 8 Convención Americana Sobre Derechos Humanos).
19. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, (Fondo, Reparaciones y Costas).
20. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, Sentencia de 31 de enero de 2001, fondo, reparaciones, y costas
21. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001, (Fondo, Reparaciones y Costas)
22. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Cantos Vs. Argentina*, Sentencia de 28 de noviembre de 2002.
23. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

24. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)
25. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Ivone Neptune vs Haití*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia 6 de Mayo de 2008.
26. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*, Sentencia de 5 de agosto de 2008, (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).
27. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 6 de Agosto de 2008, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
28. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA, "*Corte Suprema de Justicia: La Gran reforma procesal*", Editorial Guayacán, Año 2000, Costa Rica
29. CUETO, Julio Cesar, "*El common law, su estructura, normativa, su enseñanza*", Editorial Abelardo – Perrot, Buenos Aires, 1997.
30. DUCE, Mauricio, RIEGO, Cristian, MARIN, Felipe, "*Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información*", En: Justicia Civil: perspectivas para una reforma en América Latina, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Eurosocial – Sector Justicia, pgs. 13 – 94.
31. FAIRES, Guillen Víctor, "*Doctrina General de Derecho Procesal"*, Librería Bosch, Ronda Universidad 11, Barcelona, 1990.
32. GARAVANO, Germán y otros, "*Usuarios de la justicia argentina"*, FORES - Banco Mundial, Inédito, Buenos Aires 2000.
33. GOZAINI, Osvaldo, *El Neoprocesalismo*, Revista interamericana de derecho procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, No. 9, Año 2006. Pgs. 227 – 241.
34. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y CONSEJO CENTROAMERICANO DE PROCURADORES DE DERECHOS HUMANOS, "*El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: su Jurisprudencia sobre Debido Proceso, DESC, Libertad Personal, y Libertad De Expresión"*, Tomo II, San José, Costa Rica, 2004.
35. MARABOTTO, María I. y Grau Jorge, "*Multimedios y Educación*", Buenos Aires, Fundec 1995.
36. MARCET, Juan Pablo, "*El gobierno del sistema judicial en Argentina: un enfoque organizacional*", Estudios sobre la Administración de Justicia No 2, Fores, Buenos Aires 2004.
37. MOUCHET, Carlos y otro, "*Introducción al Derecho*", Editorial Perrot, Duodécima Edición, Buenos Aires.
38. PAGÉS Lloverás, Roberto M., *Lineamientos de los procesos de reforma desarrollados en Argentina durante las dos últimas décadas. Coincidencias y divergencias entre los procesos reformistas*, Presentado En "III Jornadas de profesores de derecho procesal, San Juan, Argentina", 2008.
39. PEREIRA Campos, Santiago, "*El principio de inmediación en el proceso por audiencias: mecanismos legales para garantizar su efectividad. El Código General del Proceso Uruguayo y el Código Procesal Civil Modelo para Ibero América"*, En: "Revista Internauta de Práctica Jurídica – Semestral de Dret Processal i Pràctic", Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, España, Nº 11, enero-junio 2003 (http://www.uv.es/ripj/indice).
40. PEREIRA Campos Santiago, "*El proceso civil ordinario por audiencias. La experiencia uruguaya en la reforma procesal civil"*, CEJA, Rueda, Abadi y Pereira, AMF, Montevideo, Uruguay, Mayo 2008.

41. PEREIRA Campos, Santiago, "*Después del Código Modelo: Nuevos desafíos de la reforma a la justicia civil en Latinoamérica"*, Ponencia en el Seminario Internacional Innovación en la Justicia civil, Mayo 2008, Disponible en: www.cejamericas.org
42. PEREIRA Campos, Santiago, "*La reforma de la justicia civil en Uruguay – Los procesos ordinarios civiles por audiencias"*. En: Justicia Civil: perspectivas para una reforma en América Latina, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Eurosocial – Sector Justicia, pgs. 181-282.
43. TARUFFO, Michele, "*Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa"*, En: Instituto Iberoamericano de derecho procesal Revista Iberoamericana de derecho procesal, 2007.
44. VARGAS Viancos, Juan Enrique, "*Financiamiento privado de la justicia: las tasas judiciales"*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, 2004.
45. VARGAS Viancos, Juan Enrique, "*Curso sobre instrumentos para la implementación de un sistema acusatorio oral – Herramientas para el diseño de Despachos Judiciales"*, Viña del Mar, 2006. Disponible en: www.cejamericas.org
46. VARGAS Viancos, Juan Enrique, "*La Reforma a la Justicia Civil desde la perspectiva de las políticas públicas*", En: Nueva Justicia Civil para Latinoamérica: Aportes para la reforma, CEJA, Agosto 2007
47. VILLADIEGO Burbano, Carolina, "*Reforma a la Justicia Civil en América Latina: un asunto que ha estado en marcha… pero aún continúa pendiente*", Julio 2008, Disponible en www.cejamericas.org
48. VILLADIEGO Burbano, Carolina, *"Estudio comparativo: justicia civil de pequeñas causas en las Américas*", En: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Justicia civil: perspectivas para una reforma en América Latina", Agosto 2008.
49. VILLADIEGO Burbano, Carolina, "*Estudio Comparativo: cobranzas de deudas y procedimientos de ejecución en Europa*", Septiembre 2008. Disponible en: www.cejamericas.org
50. WORLD BANK AND INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, "*Doing Bussiness 2010"*, Washington 2008.

CUADROS RESÚMENES DE LA PROPUESTA DE REFORMA

A. ENFOQUE SISTÉMICO E INTEGRAL DE REFORMA A LA JUSTICIA CIVIL

Tema	Componente	Características
Dimensiones de la Reforma del Sistema de Justicia Civil	Dimensión vertical	Involucrar todos los aspectos de una reforma a la justicia civil: diseño institucional, organización, normas procesales, prácticas de gestión, recursos humanos.
	Dimensión Horizontal	Armonizar la reforma con las demás esferas del sistema de justicia
	Dimensión territorial	Realizar de manera gradual en el territorio el proceso de reforma (dependiendo de las características de cada país en algún caso excepcional puede ser aconsejable aplicar simultáneamente en todo el territorio la reforma).
	Responder a necesidades ciudadanas	• Garantizar los derechos humanos • Promover políticas sociales • Defender intereses de personas en condiciones de vulnerabilidad, o en situación de subordinación e indefensión
	Incorporar las lecciones aprendidas de reformas efectuadas	Efectivizar la reforma a través de un enfoque sistémico e integral que incluya cambios normativos, un proceso de implementación, seguimiento y evaluación basado en claras decisiones políticas
Heterogeneidad de Asuntos y Estrategias Procesales	Concepto amplio y heterogéneo de la justicia civil	La justicia civil incluye en su concepción más amplia asuntos civiles, comerciales, relaciones de consumo, laborales, de familia, contencioso administrativo, niñez y adolescencia, entre otros
	Definición de estrategias procesales en la justicia civil	Identificar si el caso tiene una real controversia entre las partes o si éstas recurren a la justicia civil para formalizar un acuerdo previamente establecido o realizar un mero trámite exigido por la ley
		Identificar si el caso tiene mayor o menor complejidad
Políticas públicas que efectivicen la reforma	Garantizar aspectos sustanciales y procesales con fundamento en políticas públicas	• Responder a objetivos generales (garantía de derechos humanos, políticas sociales y generar condiciones benéficas de economía) • Responder a objetivos específicos

Plan sistémico e integral de reforma	Metodología	• Diagnóstico de necesidades sociales y situación de la justicia civil • Planeación de los distintos momentos del proceso de reforma; • Planeación del monitoreo y evaluación de la reforma con metas e indicadores claros y adecuados • Planeación de la participación de ciudadanos y actores claves de la reforma
	Aspectos sustanciales	• Contar con una metodología que permita un diseño e implementación adecuadas • Definir los mecanismos requeridos para la implementación adecuada de la reforma; • Diseñar una transformación normativa. • Diseñar la adecuación organizacional necesaria • Establecer herramientas para la adopción de los cambios con metas e indicadores claros y eficientes • Definir los mecanismos de implementación de la reforma; • Apropiar los recursos requeridos para la implementación (gradual o inmediata) de la reforma; • Establecer procedimientos de monitoreo y evaluación del proceso de reforma; • Establecer mecanismos apropiados para realizar los ajustes requeridos; • Generar ámbitos de diálogo entre actores claves de la justicia civil, incluidos los operadores del sistema y los usuarios potenciales y permanentes.

B. OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS DE POLÍTICA PÚBLICA PARA LA REFORMA A LA JUSTICIA CIVIL

Tema	Componente	Características
Generalidades	Definición de una reforma según objetivos de política pública	Definir objetivos, metas y resultados
Fines estatales de política pública	Objetivos generales	• Propender a la inclusión y cohesión social • Promover políticas sociales efectivas • Garantizar los derechos humanos • Generar condiciones benéficas para el desarrollo socio económico y la modernización del país • Garantizar derechos mediante los principios procesales debidamente efectivizados

Justicia civil y derechos humanos	Debido proceso	• Satisfacer el debido proceso con mayores o menores estándares según las características del asunto • Garantizar los elementos del debido proceso: derecho a ser oído, en un proceso con debidas garantías, en un plazo razonable y ante tribunal competente previamente establecido • Permitir la renuncia de mayores estándares de satisfacción por parte de los ciudadanos • Considerar la heterogeneidad de las controversias civiles, sus características, y la posibilidad de establecer diferentes formas de solución para ellas
	Acceso a la justicia	• Garantizar el acceso a los tribunales • Garantizar el derecho al proceso mismo
Asistencia jurídica	Litigación en el sistema de justicia	• Establecer el patrocinio legal como regla de principio • Facultar la litigación sin patrocinio legal en determinados asuntos (por ejemplo: justicia de pequeñas causas, relaciones de consumo, etc.) • Garantizar herramientas de litigación en el sistema
Costo y uso eficiente de los recursos públicos	¿Gratuidad de la justicia civil?	• El derecho de acceso a la justicia no implica su gratuidad absoluta • Se puede establecer cobros proporcionales según las características de las partes • Las tasas de justicia no vulneran *per se* el derecho de acceso a la justicia • La gratuidad del sistema debe establecerse para personas en condiciones de vulnerabilidad
	Uso eficiente de los recursos	• Establecer distintos mecanismos para la solución de asuntos • Definir una proporcionalidad entre los recursos asignados y la entidad del litigio • Incorporar plazos razonables de duración de los procesos • Establecer mecanismos de gestión y utilización de tecnologías de información y comunicación • Realizar cobros de acceso proporcional a la entidad del litigio y la característica de las partes • Utilizar lecciones aprendidas de otras reformas a la justicia
Seguridad jurídica	Grado de certeza de las decisiones	• Incorporar líneas jurisprudenciales como insumos de las posteriores decisiones • Establecer efectos vinculantes de las decisiones de las altas cortes • Definir grupos de trabajo permanentes para discutir casos y adoptar razonamientos comunes • Establecer herramientas encaminadas a disminuir fallos contradictorios

Independencia e imparcialidad	Garantía	• Independencia: establecer mecanismos que garanticen la no interferencia de superiores jerárquicos u otros poderes públicos en las decisiones judiciales
		• Imparcialidad: proferir decisiones sin prejuicios o presiones
		• Establecer que el juez no es un servidor plenipotenciario con poder concentrado y absoluto sobre el despacho judicial, • Definir que el juez no es un servidor con la facultad absoluta de desconocer las líneas jurisprudenciales o de proferir fallos contradictorios en casos semejantes
Asistencia técnica	Apoyo técnico para las decisiones y el funcionamiento del despacho	• Contar con herramientas que garanticen el apoyo técnico a decisiones altamente complejas • Contar con apoyo profesional de personas encargadas de la gestión del sistema

C. ASUNTOS CIVILES SEGÚN INSTANCIAS Y MECANISMOS DE SOLUCIÓN

Tema	Componente	**Características**
Alcance de la justicia civil	Justicia civil en sentido amplio: toda la no penal	• Asuntos altamente heterogéneos • Derechos e intereses privados • Cambios en la concepción tradicional de la justicia civil: relaciones de subordinación e indefensión e intereses colectivos involucrados
Reformas realizadas	Cambios sustantivos y procesales	• Cambios en el sentido amplio de la justicia civil para incorporar derechos humanos • Reformas integrales a los procedimientos • Reformas parciales a los procedimientos civiles
Alternativas a la judicialización de asuntos	Problemas de la justicia civil actual	• Creciente e insatisfecha demanda ciudadana • Necesita ofrecer alternativas distintas a la judicialización de asuntos
	Características de asuntos civiles	• Definir aquellos contenciosos de gran complejidad • Definir aquellos contenciosos de menor complejidad • Definir aquellos contenciosos con baja oposición del demandado • Definir aquellos contenciosos que pueden ser solucionados mediante acuerdo entre las partes • Definir aquellos que son meros trámites y deben estar por fuera del Poder Judicial
	Mecanismos alternos de solución de conflictos	• Incorporar mecanismos que permitan conciliar/mediar • Incorporar arbitraje

D. CONTENIDOS PROCESALES BÁSICOS EN PROCESOS CIVILES EN EL SISTEMA DE JUSTICIA

Tema	Componente	Características
Generalidades	Proceso civil que se pretende modificar	• Escrito y con una alta duración de los procesos • Burocrático y lento fundado en el expediente judicial • Impulso procesal de parte con pocos poderes - deberes del juez • Falta de inmediación judicial • Excesiva delegación en los funcionarios del despacho • Creación de una gran multiplicidad de estructuras procesales
Proceso civil moderno	Necesidad de cambio	• Tramitar procesos civiles que comprometen intereses públicos • Garantizar el debido proceso, a través de la incorporación del proceso por audiencias (oralidad e inmediación) • Incorporar concepción amplia de las relaciones sociales modernas • Desjudicializar algunos asuntos civiles • Definir la estructura procesal moderna (en sentido amplio o estricto de la justicia civil)
Principios del proceso civil contencioso	Debido proceso	• Incorporación de la oralidad e inmediación para asegurar el debido proceso • Proceso por audiencias con: estándares para la notificación, asegurar la comparecencia de las partes, definir tipos de audiencias y de resoluciones, y el registro de las audiencias
	Otros principios procesales esenciales	• Inmediación: interacción directa entre las partes y el juez • Contradicción: examen y contra examen de prueba y alegatos de las partes en audiencia • Igualdad real : existencia de igualdad no solo formal entre las partes • Concentración: reunión del mayor número posible de actos procesales en las audiencias coadyuvando a una decisión judicial de mayor calidad • Publicidad: las actuaciones procesales son públicas, con algunas restricciones específicas • Dispositivo: facultad de las partes de iniciar el proceso y decidir sobre las actuaciones procesales poniendo fin al proceso; el fallo debe recaer sobre las pretensiones deducidas con arreglo a los hechos alegados (congruencia) • Buena fe y lealtad procesal: actuación leal, veraz y justa de los partícipes en el proceso • Economía y celeridad: realización rápida y concentrada de las actuaciones procesales
	Sistema de gestión y TIC`s	• Incorporar un sistema de gestión moderno acorde a la oralidad • Incorporar tecnologías de información y comunicación
Estructuras procesales	Aspectos generales	• Simplificación de estructuras procesales • Procesos de conocimiento y de ejecución • Adecuado sistema de notificaciones y nulidades procesales

Rol del juez en el proceso	Poderes deberes	• Rol de director del proceso, con respeto del principio dispositivo y la congruencia del fallo • Conducción del proceso y de las audiencias • Amplitud de los poderes - deberes del juez sin romper el principio adversarial
Rol de las partes en el proceso	Generalidades	• Buena fe y lealtad procesal • Límites a la teoría del caso: no pueden ser desleales
Aspectos probatorios	Generalidades	• Definir la oportunidad para su presentación y admisión. • Definir los medios probatorios admitidos • Definir si se pueden presentar nuevas pruebas en audiencia de juicio • Definir los regímenes de carga probatoria • Definir régimen de valoración probatoria • Definir mecanismos para diligenciar y ofrecer prueba en audiencia
Resoluciones judiciales	Tipos	• Tipos tradicionales • Mecanismos que permitan resoluciones en audiencia, fuera de audiencia, y adoptados a través de TIC´s
	Eficacia	• Definir cosa juzgada • Definir procedencia de sistema de recursos
Sistema de recursos	Recursos permitidos	• Permitir aquellos que realizan aclaración, modificación y reconsideración ante el mismo juez • Definir si se permiten aquellos de revisión de una segunda instancia • Considerar que la garantía del derecho al recurso no es absoluto • Dar prioridad al efecto no suspensivo y diferido del recurso de apelación.

E. ESTRUCTURA DE LOS PROCESOS CIVILES

Tema	Componente	Características
Definición de estructuras procesales	Tendencias	• Reforma integral a los procedimientos civiles en sentido amplio • Reforma a los procedimientos civiles en sentido estricto • Disminución de estructuras procesales
	Proceso contencioso ordinario	• Esquema para procesos contenciosos de alta complejidad • Garantía de mayores estándares de satisfacción del debido proceso • Proceso mixto de corte adversarial por audiencias, con juicio oral, público y concentrado • Emplear mecanismos alternos de solución de conflictos, especialmente, conciliación/mediación • Modelo de asistencia jurídica eficiente y accesible: patrocinio legal obligatorio y facultativo • Etapas procesales: i) fase previa a la audiencia de sentencia y prueba; ii) audiencia de prueba y sentencia; y iii) sistema de recursos • Sistema de gestión y utilización de tecnologías de información y comunicación eficiente

Procesos de conocimiento	Proceso de pequeñas causas	• Esquema para procesos contenciosos de menor complejidad • Garantía de menores estándares de satisfacción del debido proceso • Proceso mixto de corte adversarial por audiencias • Mecanismos alternos de solución de conflictos • Etapas procesales: las tres del proceso ordinario con la flexibilidad de realizarse en una sola. • Distintos procesos: justicia de menor cuantía, vecinal y de paz
	Proceso sumario o extraordinario	• Esquema para procesos contenciosos de necesidad urgente de solución • Garantía de menores estándares de satisfacción del debido proceso • Proceso mixto de corte adversarial por audiencias • Etapas procesales: concentración en una o dos etapas
	Procesos con bajo índice de oposición del demandado	• Esquema para procesos contenciosos en los que no existe oposición del demandado o se presume que no hay • Definición de asuntos sometidos a su competencia • Garantía de menores estándares del debido proceso • Proceso principalmente escrito con garantía de oralidad si existe oposición • Distintos tipos de procesos: monitorio, juicio en rebeldía y juicio iniciado voluntariamente por el demandado • Etapas procesales: i) presentación de la demanda; ii) admisión de la misma y decisión del conflicto; iii) notificación y plazo de oposición y; iv) cosa juzgada y sistema de recursos. • Garantías plenas de oralidad en caso de oposición
	Procesos étnicos asociados a formas tradicionales de solución de conflictos	• Esquema para procesos que involucran grupos étnicos: indígenas o tribales • Respeto de derechos de estos grupos en otros procesos • Procesos especiales para grupos étnicos
	Procesos especiales	• Esquema para procesos que en un país se considere necesario su tramite especial • Procesos contenciosos con determinadas características • Trámites judiciales

Procesos de ejecución	Generalidades	• Esquema procesal para ejecución de títulos de ejecución y ejecutivos ejecutables • Son principalmente escritos con menores estándares de satisfacción del debido proceso
	Competencia	• Definir asuntos sometidos a ejecución • Definir órganos y agentes encargados de ejecución • Definir mecanismos de control y supervisión de ejecución
	Medidas de cumplimiento	• Definir medidas específicas para lograr el cumplimiento de obligaciones de dar • Definir medidas requeridas para lograr el cumplimiento de obligaciones de hacer y no hacer • Definir la procedencia de ejecución provisional y medidas provisionales de ejecución • Definir modo de ejecutar las obligaciones incumplidas por el Estado • Definir medidas de protección de los derechos del demandado
	Etapas procesales	• Presentación de la demanda o del requerimiento de ejecución • Admisión y emisión de orden de ejecución • Procedencia de medidas provisionales de protección • Notificación y plazo de oposición al demandado • Eventual oposición del demandado en casos expresamente previstos • Orden de ejecución definitiva • Cumplimiento de la orden por parte del agente de ejecución

F. NUEVO MODELO DE GESTIÓN Y TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN EN UNA REFORMA A LA JUSTICIA CIVIL

Tema	Componente	Características
Sistema de gestión vigente	Problemas	• Comprensión de la independencia judicial extendido a la gestión de los tribunales • Consideración de las funciones administrativas como parte de las jurisdiccionales • Sistema de gestión poco eficiente e ineficaz
Nuevo modelo de gestión	Eficiencia y eficacia	• Usar eficientemente los escasos recursos públicos • Diseñar un esquema de organización y gestión acorde a los desafíos actuales de la justicia civil • Incorporar tecnologías de gestión y comunicación
	Aspectos generales	• La gestión no es exclusivo a los altos niveles de gobierno o los despachos judiciales • Las funciones de la gestión: aprobar, ejecutar y controlar políticas de gestión • Se debe contemplar un plan global de gestión judicial que defina metas, objetivos y resultados • Se debe concordar el modelo de gestión con el esquema procesal propuesto • Se debe tener en cuenta las características del territorio y la densidad de población para ejecutar el modelo de gestión
	Niveles de gestión judicial	• Gobierno: decide aspectos relevantes y estratégicos de la gestión judicial • Gerencia: decide tácticamente la implementación de las decisiones de gestión • Operación del Despacho judicial: ejecuta eficaz y eficientemente el proceso judicial
	Acciones requeridas	• Profesionalizar la administración de justicia • Redefinir el rol del personal de la justicia • Aprovechar economías de escala • Cambio cultural en los operadores del sistema de justicia
Tecnologías de información y comunicación	Elección y adaptación de prácticas de trabajo	• Aumentar la productividad y la calidad del sistema de justicia • Reducir los costos de operación • Mantener la comunicación entre las partes y el juez
	Funciones esenciales	• Colaborar con la tramitación de los procesos y controlar su desarrollo • Administrar la información de las actividades de los despachos judiciales • Administrar de manera eficiente los recursos
	Tramitación de procesos judiciales	• Definir un sistema de seguimiento seguro y trazable de los procesos judiciales • Responder al esquema procesal definido

G. FINANCIAMIENTO DE LA JUSTICIA CIVIL

Tema	Componente	Características
Financiamiento de la justicia	¿Gratuidad?	• Considerar que aunque el servicio de justicia sea considerado un bien público, ello no implica su gratuidad absoluta • Tener en cuenta las características de los asuntos y de las partes en conflicto • Responder al objetivo de uso eficiente de los recursos públicos • Promover el uso indebido del esquema procesal
	Adopción de principio no absoluto de gratuidad	• Cobros diferenciados de acceso, según las características de las partes, del conflicto, y del monto • Cobros por determinadas actuaciones, como por ejemplo, embargo y secuestro • Fomento del acceso gratuito de personas en condiciones de vulnerabilidad • Desincentivos y sanciones por la utilización temeraria del sistema de justicia

LA REFORMA A LA JUSTICIA CIVIL DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Juan Enrique Vargas Viancos[1]

I. INTRODUCCIÓN

Con la misma fuerza con que desde los comienzos de la década de los noventa se desató en Latinoamérica el proceso de reforma a la justiciapenal,hoy comienzana multiplicarse las iniciativas para reformar la justicia civil.[2] Parece natural este interés por completar un proceso modernizador que no podía quedar relegado a tan solo un área de los servicios judiciales, dejando Poderes Judiciales con una cara moderna, pero con otra similar a la que presenta desde hace varios siglos atrás,

comúnmente considerada insatisfactoria por la ciudadanía. Ello es particularmente importante tratándose de un área como la justicia civil y comercial, crecientemente más importante dado el proceso generalizado de apertura económica vivido en la región en las últimas décadas, que ha llevado hacia mercados más amplios y profundos lo que ha derivado en un aumento importantemente del volumen de la litigiosidad en el sector.[3]

El camino que ya hemos recorrido tras las reformas judiciales en el área penal debiera no sólo servirnos de aliciente para emprender estas nuevas

1 Abogado y magíster en gestión y políticas públicas. Fue Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Agradezco la colaboración en la recopilación de la información utilizada en este trabajo por parte de Mayra Feddersen y Carolina Villadiego.

2 La reforma procesal penal comenzó a aplicarse en el año 1994 en Guatemala; en 1998 en Costa Rica y El Salvador; en 1999 en Venezuela; en Chile y Paraguay el 2000; en el 2001 en Bolivia, Ecuador y Nicaragua; en 2002 Honduras; 2004 en República Dominicana, y 2005 en Colombia. Reforma procesal civil se realizó en Perú el año 1993 y en Uruguay en 1989 y se está actualmente discutiendo en varios países de la región, como México, Costa Rica y Chile.

3 De hecho, la vinculación entre el funcionamiento del sistema judicial y el desarrollo económico de los países es lo que ha motivado en los últimos años a los Bancos Multilaterales de Crédito –BID y Banco Mundial- a involucrarse en proyectos de reforma judicial en la mayoría de los países de América Latina (ver por ejemplo BID, 1993). Sin embargo, esos proyectos no han atacado los aspectos medulares del funcionamiento de la justicia civil y comercial –el área donde han centrado sus acciones- sino tan sólo cómo éstos se gestionan. Un análisis más extenso de este tema se puede encontrar en Vargas, 2004

transformaciones, sino también arrojarnos experiencias concretas sobre qué es lo que hay que hacer y qué no hay que hacer para ser exitosos en una reforma judicial. Una de las primeras lecciones que tenemos que rescatar de esos procesos de reforma es que la justicia va más allá y es mucho más compleja que los procedimientos que aplica para resolver los conflictos que llegan a su conocimiento. Tras el establecimiento de un sistema de justicia hay –o debieran haber- un conjunto complejo de objetivos de política pública de alta importancia social, los que lamentablemente muchas veces no están del todo claros y en otras simplemente no se explicitan, con lo que se corre el riesgo de que se olviden. Utilizamos el concepto de sistema de justicia precisamente para denotar que aquí hay en juego un conjunto de arreglos institucionales que exceden al Poder Judicial y a los procedimientos que estos utilizan, por muy relevante que ambos sean en esta temática.

Precisar cuáles son los objetivos de política pública que deben estar detrás de una reforma a la justicia civil será el tema al que dedicaremos el capítulo siguiente de este texto. Posteriormente, analizaremos si hoy en día nuestros sistemas de justicia recogen o no tales objetivos de política pública, privilegiando los datos de la realidad frente a lo que dispone el marco normativo. Finalmente entregaremos una guía muy general de ideas o alternativas de solución que debieraninspirar, en consonancia con lo anteriormente planteado, una estrategia de reforma a la justicia civil y comercial.

II. OBJETIVOS DE POLÍTICA PÚBLICA EN LA JUSTICIA CIVIL

1. Objetivos vinculados al debido proceso

Tradicionalmente la justicia civil y los procedimientos civiles han sido observados exclusivamente desde la perspectiva del derecho –y específicamente del derecho procesal-, poniéndose por ello énfasis en aspectos que, si bien son centrales e ineludibles, no dan cuenta de toda la complejidad de factores que esta materia entran en juego.

La mirada desde el derecho escruta el grado de cumplimiento de los sistemas de justicia del conjunto de principios que conforman lo que hoy conocemos como "debido proceso", es decir, factores como la imparcialidad del juzgador, el derecho a defensa, el plazo razonable, etc. El moderno derecho procesal civil agrega otros principios también necesarios para un juicio justo, tales como los de concentración, inmediación, publicidad, bilateralidad e igualdad de armas, etc.

Así visto el tema de la justicia civil no se diferencia de otras áreas del derecho donde, con algunas especificidades propias, debe darse cumplimiento a igual catálogo de principios. Ello es válido tanto para la justicia penal, como para la de familia o la laboral.

Sin dudas, todo el desarrollo teórico y práctico en torno al derecho al debido proceso constituye una contribución invaluable para el avance de los derechos fundamentales de todos los seres humanos y debe formar parte de cualquier mirada evaluativa que se haga sobre la justicia e inspirar toda iniciativa de reforma sobre la misma. Pero desde una perspectiva de política pública el tema no debiera agotarse allí.

Por lo pronto puesto que no todos los conflictos deben necesariamente ser resueltos conforme al paradigma del debido proceso. Ese paradigma está construido sobre la base de la adjudicación, es decir, de la participación de un tercero imparcial que decide, luego de escuchar a las partes, sus alegaciones y pruebas, cuál de ellas tiene la razón. Pero sucede que sólo una ínfima parte de los conflictos en estas materias se resuelven por esa vía, la mayoría de ellos son resueltos directamente por las partes o con asistencia de algún profesional a través de la negociación. Incluso cuando el conflicto escapa al control de las partes y ellas reconocen su incapacidad para resolverlo y acuden a una instancia formal para ello –que es donde comienzan a intervenir las políticas públicas-, no necesariamente se desemboca en un mecanismo de adjudicación, pues el Estado puede poner a disposición de ellas -y de hecho hoy lo hace cada vez más a menudo- mecanismos colaborativos de resolución tales como la mediación y la conciliación.

Podría pensarse que el paradigma del debido proceso está reservado para guiar el trabajo de los tribunales de justicia, que es donde, por antonomasia, se da la adjudicación. Pero eso tampoco es exacto. No todo el trabajo que hacen los jueces es de esa naturaleza, pues muchos de los asuntos que llegan a su conocimiento no entrañan un conflicto entre partes que deba ser dirimido. Los tribunales, en nuestros países, además de resolver conflictos, cumplen roles de ministros de fe para determinadas actuaciones o tienen bajo su responsabilidad la tramitación de ciertos asuntos administrativos.[4] Resulta conveniente analizar la conveniencia de que estas funciones las asuman los tribunales –un arreglo institucional con toda seguridad caro e innecesario para la mayoría de estos cometidos-, reflexión que ha dado lugar a procesos llamados de "desjudicialización" para revertir estas situaciones. Pero si se acepta que de todas maneras determinados tipos de estos asuntos no contenciosos queden en poder de los tribunales, indudablemente que en su tramitación no parece prudente hacer aplicables los mismos criterios que conforman un debido

4 No nos estamos refiriendo aquí a la administración del tribunal, sino a los asuntos no contenciosos que ingresan a ellos.

proceso pensado en función de la resolución de conflictos. Por otra parte, es a los mismos jueces a quienes les corresponde también la ejecución de las resoluciones judiciales, trabajo que, naturalmente, no se guía por el paradigma de una adjudicación que ya se realizó.

Desde otro punto de vista tampoco parece correcto circunscribir la labor de adjudicación exclusivamente en los tribunales pues existen otras instancias que la realizan, como es el caso de entidades administrativas que resuelven de ese modo conflictos y también el arbitraje. A ambos debieran serles aplicables los principios del debido proceso de la misma manera que han sido desarrollados pensando en el trabajo de los jueces.

En definitiva, el paradigma del debido proceso sólo debe ser usado para evaluar ciertos arreglos institucionales vinculados a la resolución de conflictos, los que optan por la adjudicación, tales como la sentencia jurisdiccional o arbitral. Otros arreglos institucionales con la misma misión, los colaborativos, deben ser evaluados precisamente en función de su capacidad de generar acuerdos, la posibilidad de cumplirlos y su capacidad para reconstruir relaciones permanentes en el tiempo, cuando sea el caso. Tratándose de asuntos no contenciosos que se estime ineludible dejar dentro de la competencia de los tribunales, lo relevante es el establecimiento de un sistema simple y ágil de tramitación.

Incluso la noción del debido proceso no conduce necesariamente a un tipo de procedimiento determinado, pues son diversos los que pueden ajustarse a sus postulados, ni se trata tampoco de principios irrenunciables para las partes, las que bien en pos de sus intereses pueden acordar ex antes o ex post dejar de lado determinadas instituciones procesales como, por ejemplo, recursos procesales.[5] Siendo así, en atención a la naturaleza de los asuntos, su envergadura y los intereses públicos que eventualmente se encuentren en juego, las políticas en materia de procedimientos civiles debieran contemplar una batería amplia de procedimientos que se ajusten a las particularidades de cada uno de esos casos, respetando los principios básicos del debido proceso. Debieran contemplar también la posibilidad de que las partes debidamente informadas puedan renunciar, incluso anticipadamente, a parte de las garantías que componen el debido proceso.[6]

5 La renuncia anticipada es algo que típicamente ocurre en los arbitrajes, pero bien podría suceder en un juicio ordinario.

6 Esto es algo que hoy se permite en el proceso penal, pese a que allí la magnitud de los derechos individuales en juego es bastante más seria. Hoy en la generalidad de los países se le concede a los imputados la posibilidad de renunciar a su derecho a un juicio público, a través de instituciones como el procedimiento abreviado.

2. Objetivos vinculados al acceso

Una segunda dimensión clave de la justicia en general y de la civil y comercial en particular, se vincula a la aptitud de los arreglos institucionales para acoger a todos los ciudadanos, sin generar o aceptar exclusiones injustificadas e incluso favoreciendo especialmente a los grupos más vulnerables. Nos estamos refiriendo a lo que dentro de las políticas judiciales se conoce como el problema del acceso a la justicia.

Antes que nada debe clarificarse que el objetivo de política en ningún caso debe ser que todos los conflictos entren a un sistema institucional de resolución. Ya antes decíamos que la mayoría de los conflictos los resuelven directamente las partes involucradas y eso es bueno que sea así, pues la formalización de los conflictos acarrea una serie de costos económicos y sociales que cualquier sociedad desea evitar. No existiría país del mundo con la capacidad para institucionalizar todos los conflictos, ni ciudadanos capaces de soportar una sociedad transformada en una pesadilla Kafkiana.

Pero incluso el sistema puede desincentivar la presentación de conflictos que las partes pueden desear llevar ante él, cuando su envergadura socialmente no lo justifique del todo o bien no justifique la utilización de un determinado arreglo institucional para su resolución.

Los desincentivos pueden ir –y es cada vez más común que así suceda- por cobrarle a las partes parte de los costos que al Estado le significa poner en marcha un sistema institucional de resolución de conflictos, lo que comúnmente conocemos como tasas de justicia o aranceles (en el caso de los sistemas alternos de resolución de conflictos como el arbitraje o la mediación). La lógica detrás de estos cobros es que las personas que reciben un beneficio con la litigación internalicen los costos de la misma, evitándose así la litigación oportunista o cuyos costos excedan sus beneficios probables.

Los casos de exclusión también son conocidos en nuestros sistemas jurídicos. En algunas situaciones el Estado decide que no hay ningún interés público relevante que justifique poner a disposición de los ciudadanos mecanismos para la resolución de conflictos que al menos en parte son financiados con cargo a recursos públicos. En tales situaciones, el Estado obliga a las partes a llevar este tipo de conflictos al arbitraje (arbitraje forzoso), haciendo recaer todos los costos en ellas. En otros casos, el Estado obliga a las partes a someter su conflicto a una instancia de mediación (mediación obligatoria) y sólo en el caso de que esa mediación fracase le abre la posibilidad de llegar con su litigio ante los tribunales, pues estima que de esta forma es posible llegar a mejores resoluciones y/o a soluciones menos costosas. Finalmente, hay casos en que el sistema formal de resolución de conflictos niega la posibilidad de ejercer cier-

tas acciones o vías de impugnación en atención a no considerar las cuestiones alegadas de suficiente relevancia (certiorari).

Una vez decidido que a un determinado asunto debe brindársele algún mecanismo institucional de tutela jurídica, el deber del Estado pasa a ser el de garantizar una cobertura adecuada de esos mecanismos. Esto implica establecer límites de distancia que deban recorrer las partes para poder acceder a esos mecanismos (lo que se logra a través de una cobertura territorial extendida o de políticas que permitan que los sistemas de resolución se desplacen y se acerquen a los ciudadanos). Pero no sólo la cobertura es importante para garantizar el acceso, también lo es la existencia de leyes y procedimientos simples que les permitan a los ciudadanos conocer y así poder ejercer sus derechos en forma personal. El Estado, para hacer realidad el acceso a la justicia, debe también establecer sistemas de subsidios que permitan a las personas más pobres cubrir los costos que implica hacer uso de los mecanismos de tutela, así como brindarles mecanismos de asistencia jurídica gratuita que los asistan en esa tarea (sin perjuicio de la consagración amplia, sobre todo en los asuntos más simples de la posibilidad real de comparecencia personal). Es decir, parte importante de una política en esta materia es eliminar o al menos atenuar las barreras de todo tipo que impiden el acceso a los sistemas institucionales de resolución de conflictos.[7]

3. Objetivos vinculados al uso eficiente de los recursos públicos

En la base de la noción de políticas públicas está el problema de la escasez, es decir, la constatación de que los recursos son limitados y no alcanzan para satisfacer necesidades que son ilimitadas. Esta idea fundamental es la que obliga a priorizar entre distintos fines de bien público, pues sabemos que no todos podrán ser satisfechos, el menos al unísono.

El concepto de escasez lleva naturalmente al de costo de oportunidad, que implica reconocer que por cada necesidad que satisfacemos hay otra que dejamos sin cubrir o, llevado a la materia que nos interesa, que cada peso invertido en justicia civil y comercial es un peso que dejamos de invertir en otras áreas de la justicia o en otros sectores públicos como educación o salud. Como puede apreciarse, de lo anterior se deriva que no basta con justificar la conveniencia de invertir en justicia civil, también es necesario –desde un punto de vista social- justificar que es más útil invertir allí esos recursos que en justicia penal o en educación o en vivienda.

7 Existe un amplio abanico de políticas posibles para favorecer el acceso en áreas específicas, tales como las defensorías del pueblo, en asuntos de índole administrativa, o servicios de protección al consumidor.

Entonces, cualquier análisis que se haga de la justicia civil, desde las políticas públicas, debe apreciar si se justifica que hayan recursos públicos destinados a ella y si esos recursos están siendo invertidos con la mayor eficiencia posible.

El primer nivel alude a la focalización del destino de los recursos públicos. Como tales recursos son restringidos, se estima que ellos deben destinarse a beneficiar preferentemente a las personas que carecen de ingresos propios suficientes para proporcionarse el bien o servicio de que se trate. Toda vez que sea posible -a costos razonables- debe obtenerse que las personas que se benefician directamente con un bien o servicio, lo financien.[8] En esa situación se está frente a lo que en economía se denomina un bien privado[9] y allí las políticas públicas deben buscar la forma de cargarles esos costos a las personas que poseen recursos suficientes, pues de otra forma el gasto público se convierte en regresivo.

Hay buenas razones para sostener que la justicia civil y comercial se comporta como uno de esos bienes, en donde los privados se apropian preferentemente de los resultados de su decisión de litigar, siendo perfectamente posible en ese caso exigirles a ellos que financien con sus propios recursos los servicios destinados a su resolución, a través del cobro de tasas o aranceles.[10]

El segundo nivel alude a la forma cómo se organizan los servicios de justicia civil y comercial de forma tal de ofrecer la mayor cantidad de respuestas posibles al menor costo. Ello primeramente obliga a escoger, de haber más de un arreglo institucional adecuado para resolver el conflicto en cuestión, aquél que resulte menos oneroso. Pero luego, una vez escogido un sistema determinado, aquí entran a batallar temas de gestión indispensables para que el servicio cumpla eficientemente con sus cometidos. Si se trata de los tribunales, habrá que ver en qué medida se aprovechan las economías de escala, qué tan fluidos son los procesos de trabajo, que tan profesional es la administración

8 Respecto a la asistencia jurídica, el PNUD, ha dicho "En cuanto a la gratuidad, ésta no ha de ser interpretada en el sentido de que el Estado tenga la obligación de proveer un servicio jurídico gratuito a todos sus habitantes. .. La gratuidad del servicio, en un sentido estricto, únicamente estará reservada a aquellos individuos a aquellos individuos para los que hasta el mínimo costo suponga una carga excesiva. Por ello el sistema público tiene que ser gratuito pero subsidiario. Es decir, la responsabilidad del Estado en relación al servicio sólo existe sobre la que exceda el umbral de costo al que el usuario pueda hacer frente por sí mismo." PNUD, 2005, p. 16.

9 El que desde un punto de vista económico un bien sea considerado como privado, no significa que no pueda haber un interés público en su provisión. La situación es la misma que la de las licencias de conducir. Al Estado le interesa proveerlas y se encarga directamente de esa función, lo que nada obsta para que le cobre su costo (o parte de su costo) a las personas que las solicitan. En tal sentido es un error hacer sinónimo la idea de que la justicia civil es un bien privado (que alude a quien debe financiarla), con la de privatización de la justicia (que alude a quien debe proveerla). Recuérdese que hay casos de servicios privatizados financiados íntegramente con recursos públicos, como las cárceles concesionadas.

10 Para una explicación más extensa sobre por qué no puede considerarse a la justicia civil y comercial como uno de aquellos bienes públicos que deben ser financiados a través de rentas generales, ver al respecto Vargas, Peña y Correa, 2001.

general del sistema, si existen o no sistemas de evaluación y control, etc., de forma de darle a los recursos el uso más eficiente posible.

4. Objetivos vinculados a la seguridad jurídica y al correcto funcionamiento del sistema económico

Todos los objetivos anteriormente mencionados son en principio comunes a todas las áreas de la justicia, lo que no obsta a que se presenten algunas diferencias entre ellas (por ejemplo, según el grado de bien público que ellas entrañan). Sin embargo, aparte de esos objetivos hay otros que son específicos para cada una y que son esenciales para entender el sentido y la orientación que debe tener la intervención del Estado en ellas.

Comparemos la situación por ejemplo con la de la justicia criminal. Sin dudas las garantías procesales juegan allí un rol absolutamente esencial, en este caso indisolublemente ligado con los derechos a la vida y a la libertad individual. Sin embargo, cualquier política en el área de la justicia penal hoy en día también debe necesariamente plantearse otros objetivos de bien público ligados a la persecución penal de los delitos. Cualquier persona que quiera evaluar la efectividad del sistema de justicia criminal de un país deberá considerar en qué medida éste consagra y respeta de manera efectiva las garantías judiciales, pero también deberá considerar en qué medida ese sistema es capaz de esclarecer los delitos y de sancionar a los culpables.

Otro tanto sucede en la justicia de familia, donde además del respecto del debido proceso buscamos un instrumento adecuado para proteger las relaciones que se crean al interior de una pareja y particularmente a la niñez. También en materia del trabajo, donde la organización y el funcionamiento de la justicia laboral están relacionadas a las políticas de relaciones laborales, protección de los trabajadores y lucha contra el desempleo.

Esta pluralidad de objetivos de política lleva a la necesidad de incorporar a diversos actores en los procesos de diseño y ejecución de estas políticas. A la necesaria contribución de los juristas en las reformas a la justicia criminal deben considerarse las opiniones de las agrupaciones de víctimas y de las asociaciones o entidades que asumen la defensa de los imputados y condenados. En los asuntos de familia, agrupaciones religiosas y entidades vinculadas al trabajo con parejas y con niños. En las reformas laborales, agrupaciones sindicales y empresariales.

Se trata entonces de una complejidad de objetivos y de actores que deben conjugarse para generar una política pública exitosa.

En la justicia civil y comercial el valor que está en juego -lo que se busca a través de su establecimiento-, es lo que en el derecho se conoce como "seguri-

dad jurídica" y que en términos económicos se traduce en la reducción de los llamados costos de transacción.

Seguridad jurídica es el atributo del sistema legal que otorga confianza a los ciudadanos respecto del contenido de los derechos que le asisten, así como de que es posible exigir el respeto de los mismos a través de alguna vía institucional proveída al efecto.

Por su parte, en economía los costos de transacción son aquellos que envuelve negociar un acuerdo y lograr su cumplimiento, los que se ven reducidos en la medida que el sistema de justicia es previsible y eficiente en su funcionamiento, evitándose así que las partes deban desarrollar complejas transacciones para ponerse de acuerdo sobre estos puntos.

En tal sentido, el sistema de justicia no actúa solamente resolviendo los conflictos actuales que se les presentan a los ciudadanos, sino dando informaciónsobreelcontenido específico que tienen los derechos (en forma más precisa a la general y abstracta que ofrece el legislador) y, sobre todo, indicando los criterios y la forma como van a resolverse los conflictos que lleguen a su conocimiento. De tal forma que la justicia cuando es previsible actúa ya no sólo en forma represiva, sino también preventiva, desalentando la litigación oportunista, pues los sujetos tenderán a litigar en aquellos casos en que es altamente probable que la justicia les de la razón y abstenerse de ello en la situación contraria. Si los fallos no entregan ese tipodeinformación(sino simplemente una decisión de ganador o perdedor) y si se trata de decisiones que no generan jurisprudencia (certeza de que se van a repetir en el futuro), el efecto preventivo se reduce o desaparece por completo, alentándose así la litigación oportunista.

Pero no sólo la incertidumbre en el contenido de los fallos alienta la litigación oportunista, sino también cuando en el contenido de ellos se hace una asignación de los recursos poco eficiente o, en otros términos, distinta a la que hubiera llegado normalmente el mercado de haber operado. Así, por ejemplo, si los perjuicios que avalúan los jueces al fijar las indemnizaciones en sus fallos son inferiores a los reales o condenan al pago de intereses por deudas menores a los vigentes en el mercado, lo que se produce, además de un pérdida general de bienestar para el país, es un fuerte incentivo hacia la litigación en ese tipo de asuntos.[11] De allí que se diga que los tribunales, en sus fallos, debieran resolver los conflictos de naturaleza económica de la forma más ajustada posible a como lo hubiera hecho el mercado –es decir, la libre negociación entre las partes- de no haber ésta fracasado.[12]

11 Ver al respecto Posner, 1996; Becker, 1998 y Polinsky, 1985.

12 Detrás de esto está la idea de que es posible conciliar los fines de la justicia con los de la eficiencia económica, sin desconocer por ello que pueden haber situaciones en que eventualmente ellos en-

También pueden perseguirse objetivos económicos más específicos con la justicia civil. Es lo que sucede, por ejemplo, en temas vinculados al consumo, donde determinadas acciones judiciales, como las llamadas "class actions", son usadas para tratar de igualar la posición de partes que se encuentran en una situación de desventaja frente a un contrato. Se persigue así generar desincentivos "ex antes", para que los vendedores realicen conductas abusivas frente a sus clientes y facilita la vía para reclamar contra ellos "ex post", en el caso de efectivamente producirse.[13]

5. Otros objetivos posibles

Adicionalmente pueden perseguirse una serie de otros objetivos con la justicia civil y, más concretamente, con la reforma a la justicia civil.

Por lo pronto, al estar hoy en día los mercados altamente globalizados, hoy se genera una situación completamente nueva para los Estados: la jurisdicción ha pasado a ser un bien en competencia, desde el momento en que las partes pueden escoger ya no sólo entre arbitraje o tribunales, sino entre los tribunales de distintos países.[14] Esto ya no es un tema circunscrito a grandes contratos internacionales, sino uno cotidiano para cualquier persona que realiza incluso pequeñas transacciones por Internet. De hecho, hoy se dice que más importante en la contratación internacional es la selección de la jurisdicción que la ley aplicable. De allí que los Estados estén interesados en construir sistemas de justicia eficientes para no verse expuestos a una migración de sus conflictos a otras jurisdicciones, con el consiguiente debilitamiento de su soberanía y a la pérdida de importancia y degradación de sus sistemas de justicia, al quedar fuera de ellos los conflictos en las áreas más innovadoras.

Incluso en el ámbito interno una justicia civil que opera mal genera una serie de distorsiones en el sistema, la más natural es el mal uso de la justicia criminal con el fin de resolver problemas de naturaleza civil, lo que sin dudas le acarrea una serie de costos al Estado y perjuicios de índole social.

tre en pugna. Ver sobre esta discusión Roemer, 1994, p. 39.

13 Hoy en día, en empresas dedicadas al consumo masivo, puede resultarles más costosas las pérdidas en términos de reputación asociadas a la publicidad de una demanda, que la condena económica que reciba por esos mismos hechos. Este factor en alguna medida puede compensar el inmenso poder negociador que adquieren estas empresas y que suelen jurídicamente ejercer a través de los contratos de adhesión que deben suscribir sus clientes. En las transacciones a través de internet esto último ha llegado al extremo de que en algunos de esos contratos el comprador adquiere la obligación de defender al vendedor en el caso de surgir una disputa.

14 Esta competencia ya es fuerte tratándose del arbitraje internacional, el que de suyo se ha convertido en una fuente de negocios para los árbitros y las instituciones que los cobijan. Distintos Centros o países luchan por tratar de captar un número significativo de los mismos. El desarrollo de arbitraje a través de Internet muy probablemente va aumentar esta competencia.

Otra motivación importante para los cambios reside en darle mayor transparencia al sistema de justicia civil, mejorar los controles y configurar en forma positiva los incentivos, todo ello con el fin de eliminar o al menos aplacar los focos de corrupción que existen en los sistemas de justicia. Este es un problema nada desdeñable en la región, tal como lo comprueba la percepción de nuestros ciudadanos, como puede apreciarse en la siguiente tabla:

Tabla N° 1
Posibilidad alta de sobornar a un juez para obtener una sentencia favorable Fuente: Latinobarómetro 2004

País	Porcentaje
Chile	20%
Colombia	23%
Bolivia	34%
Perú	36%
Venezuela	40%
Ecuador	47%

III. ¿ESTAMOS CUMPLIENDO ESOS OBJETIVOS DE POLÍTICA PÚBLICA EN LA REGIÓN?

1. En cuanto al debido proceso

La pregunta que aquí debemos formularnos es a qué proporción de los asuntos de que debe hacerse cargo un sistema de justicia civil deben aplicárseles los criterios del debido proceso, para luego ver si ese segmento de asuntos éste efectivamente siendo resuelto en base a esos principios. O visto el tema desde otro punto de vista, que tan complejo y adecuado a las particularidades de cada caso es el conjunto de arreglos institucionales que están proveyendo las políticas estatales destinadas a hacerse cargo de esos asuntos.

Es imposible saber cuántos conflictos de naturaleza civil y relevancia jurídica se generan en una determinada sociedad, pues no existe obligación para las partes de buscar su solución a través de una instancia formal. Las diferencias que se presentan en las tasas de litigiosidad entre los distintos países bien pueden deberse a que se generen un diferente número de conflictos o a que haya una tendencia desigual para llevarlos a instancias formales de resolución. No es posible entonces afirmar que un país es más conflictivo que otro con la sola observación de su tasa de litigiosidad.

Tabla N° 2
Tasa de Litigiosidad en Asuntos Civiles Procesos ingresados a los tribunales cada 100.000 habitantes

PAÍS	AÑO	TASA
Chile	2004	6.486
Ciudad de Buenos Aires, Argentina	2003	2.788
Distrito Federal de México	2004	2.841
Perú	2002	53815

Fuente: Elaboración propia[15]

En cualquier caso, bien es posible afirmar que la mayor proporción de los conflictos civiles no llegan al sistema de justicia y son resueltos por vías directas de autocomposición entre las partes.

De los conflictos que sí llegan, en algunos países ellos son derivados en forma forzosa a instancias de mediación o de conciliación. La **mediación** tiene tal carácter en todos los asuntos civiles en Argentina,[16] en los laborales en México y Chile y en los de familia en este último país. Existe una instancia de **conciliación** forzosa extrajudicial en Uruguay y en determinados casos en el Perú.[17] Ya en el plano judicial, la conciliación es un trámite obligatorio dentro de los procedimientos en Brasil y Chile. En el caso de ese último país, es forzoso resolver a través de **arbitraje** los conflictos entre socios, la disolución de sociedades comerciales, comunidades hereditarias y sociedad conyugal, los de repartición de aguas y los de leasing habitacional.[18]

Como vamos viendo, sólo una porción menor de los conflictos formalizados llegan a manos de un juez. Pero incluso en estos casos no siempre es aplicable el paradigma del debido proceso, estructurado, como decíamos en un comienzo, en torno a la lógica de la adjudicación. Esa tarea, que es con la que comúnmente se define el rol de un juez, sólo en una proporción -y en algunos casos menor-, es la que asumen en la realidad nuestros tribunales. Buena parte del trabajo de ellos está dedicado a la tramitación de asuntos no contenciosos o voluntarios, donde por definición no hay un conflicto que resolver. En Chile, un 13% de los asuntos ingresados a los tribunales civiles corres-

15 Cifras oficiales en el caso de Chile (Corporación Administrativa del Poder Judicial), Argentina (Poder Judicial de la Nación), Distrito Federal (Tribunal Superior), Perú (Gerencia General del Poder Judicial). Obviamente también incide en estas cifras la definición de qué se entiende por asunto civil, que no es lo mismo en todos los países.

16 Esta cifra corresponde al factor de gestión considerado las causas ingresadas al 30 de septiembre de 2002.

17 Se presentaron entre los años 1996 y 2004 un total de 135.631 casos, de los cuales 100.757 fueron mediados, llegando a 37.430 acuerdos (CEJA, 2005).

18 Todos los asuntos en los que las pretensiones son determinadas o determinables y versan sobre derechos disponibles de las partes.

ponde a casos no contenciosos.[19] En el Distrito Federal de México ese tipo de casos representan un 8,8% del total de los procesos civiles.[20] En la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires en Argentina, esos asuntos alcanzan un 4% del total de los ingresos civiles.[21]

A ese tipo de asuntos, que requieren de una tramitación administrativa, deben sumarse una buena parte de las cobranzas de deudas monetarias que ingresan a los sistemas de justicia. En el caso de Chile, un 67% de los ingresos civiles y comerciales corresponden a este tipo de asuntos,[22] generándose oposición solamente en un 7% de esos casos.[23] Es decir, sólo en una ínfima cantidad de esos asuntos hay un tema de relevancia jurídica que deba ser resuelto por un juez mediante una sentencia, pues, si al total de casos ingresados le restamos los voluntarios y las cobranzas sin oposición, llegamos a que tan sólo en un 25% de ellos hay realmente un conflicto entre partes.

En el caso de Argentina, un 76% de los ingresos a los juzgados comerciales corresponde a cobranzas,[24] produciéndose en el 32% de ellos oposición.[25]

La discusión sobre el tipo de procedimiento que debe aplicarse para la resolución de los casos judiciales debe darse teniendo presente esta realidad. Insistimos, el paradigma del debido proceso sólo tiene sentido para una porción bastante menor de los asuntos a los que debe dar respuesta un sistema de justicia civil. Dentro de esa porción es posible encontrar asuntos de importancia y cuantías muy dispares. Lamentablemente, no es posible en la región encontrar información comparable sobre la cuantía de las causas que ingresan a los tribunales, pero parece razonable levantar como hipótesis que un sistema de justicia debiera considerar que un parte relevante de su carga de trabajo consiste en asuntos simples, que involucran montos de dinero bajos. Este tipo de casos por lo general reviste escasa complejidad en términos de prueba y para la construcción de la decisión jurisdiccional (rara

19 Estos son: manifestaciones mineras; cambios de nombre; rectificaciones de partidas de nacimiento; tutelas y curadurías; autorizaciones para comparecer en juicio; ventas en pública subasta, y expropiaciones (artículos 817 a 925 del Código de Procedimiento Civil)

20 De acuerdo con el Código de Procedimiento Civil del Distrito Federal, son de naturaleza voluntaria los asuntos de apeo y deslinde, informaciones ad perpetua, adopción, enajenación de bienes a menores, incapacitados y transacción sobre sus derechos, autorización para enajenar, permisos para celebrar contratos con ciertas personas, aclaración de actas de estado civil y la calificación de excusa de la patria potestad CPC, artículos 893 a 939) Ver el informe anual 2004 del Tribunal Superior Distrito Federal. http://www.tsjdf.gob.mx/informe/index.html, tercera parte, gráficos estadísticos.

21 Son de jurisdicción voluntaria el reconocimiento, adquisición y venta de mercancías; tutelas y curatelas; autorizaciones para contraer matrimonio y para comparecer en juicio; copia y renovación de títulos (CPCC de la Nación, Artículos 774 al 784) Ver Garavano, 2000.

22 García y Leturia, 2005, p. 14. Las cifras corresponden al año 2003.

23 Vargas, Peña y Correa, 2001, p. 88.

24 Proyecto Índice de la Justicia, Unidos por la Justicia. Las cifras corresponden al año 2003.

25 Chayer y Ricci, 2001. Las cifras son del año 2001.

vez hay puntos de derecho en debate). Por lo mismo, paraellosdebieranofrecerse procedimientos en extremo sencillos y rápidos, a los que fuera posible acceder sin asistencia letrada, de forma tal que el esfuerzo y el coste de llevar a estos asuntos a juicio no excedan – ni desde el punto de vista social, ni del personal deldemandante-elbeneficio probable esperado con la sentencia. Sin embargo, son pocos los países de la región que cuentan con sistemas formales de resolución de conflictos para las pequeñas causas, suficientemente ágiles y flexibles para obtener resoluciones rápidas a un costo razonable. Dono ello sí se ha hecho es en Brasil, con la creación de los Juzgados Especiales, los que crecientemente hanidoaumentandosu importancia.[26]

Tabla Nº 3
Juzgados Especiales (de Pequeñas Causas)
Fuente: estadísticas Poderes Judiciales Estaduales y Supremo Tribunal Federal

	Cuantía	Año	ingresos
Brasil (Estado de Río Grande)	máximo 40 salarios mínimos	2004	216.102
Brasil (Estado de Río de Janeiro)		2003	307.173
Brasil (Total nacional)		2003	943.477

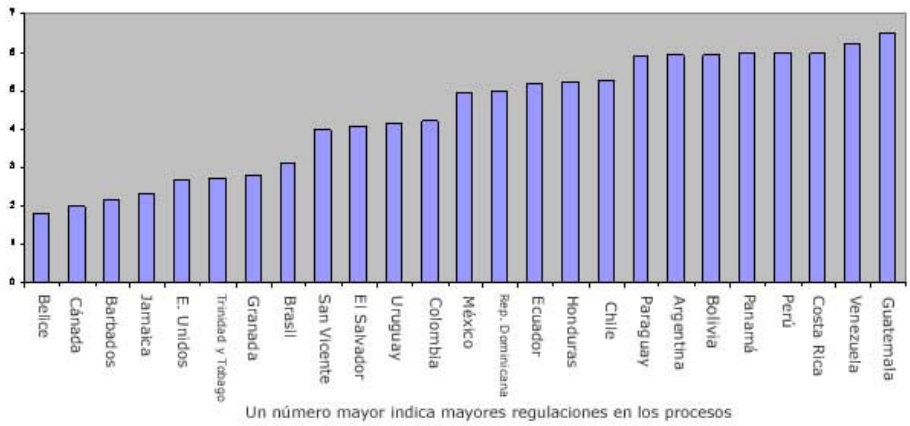
Por lo general en nuestros países todos los procedimientos son bastante parecidos, por más que exista un amplio catálogo de ellos que suma tanto ordinarios como especiales, sin que muchas veces sea posible justificar la existencia de ellos. Tienen como principal característica común su carácter "exasperantemente escrito", habiéndose sustituido la noción de juicio –esencial dentro del debido proceso- por un largo conjunto de trámites burocráticos la mayoría de los cuales sin mucho sentido o que al menos no provienen de una decisión razonada sobre su pertinencia para la resolución del litigio en cuestión. La única excepción es la experiencia uruguaya que con su Código General del Proceso en 1989 avanzó tanto en la simplificación y disminución de los procedimientos, como en la incorporación de la oralidad, pero sin con ello lograr realmente superar completamente el paradigma del expediente como mecanismo de formación de la decisión judicial.

Un índice elaborado para medir la complejidad de los procedimientos (Gráfico N° 1), muestra marcadas diferencias entre los países de tradicional

26 Fuera de Brasil, las iniciativas emprendidas por los demás países de la región se han focalizado en los juzgados de paz con competencia común para conocer de todo tipo de causas, a saber, civiles, penales, familia, menores, etc., instaurando juzgados de paz letrados y no letrados. Ejemplo de ello se advierte en Perú, Ecuador, Venezuela y Colombia. Para mayor información ver Guerra, 2005.

legal del common law, en donde los procedimientos son sistemáticamente considerados como más simples, y los países con tradición de civil law, cuyos procedimientos son generalmente considerados como más complejos. Como se sabe la principal diferencia entre unos y otros reside precisamente en el carácter oral de los primeros y escrito en los segundos.

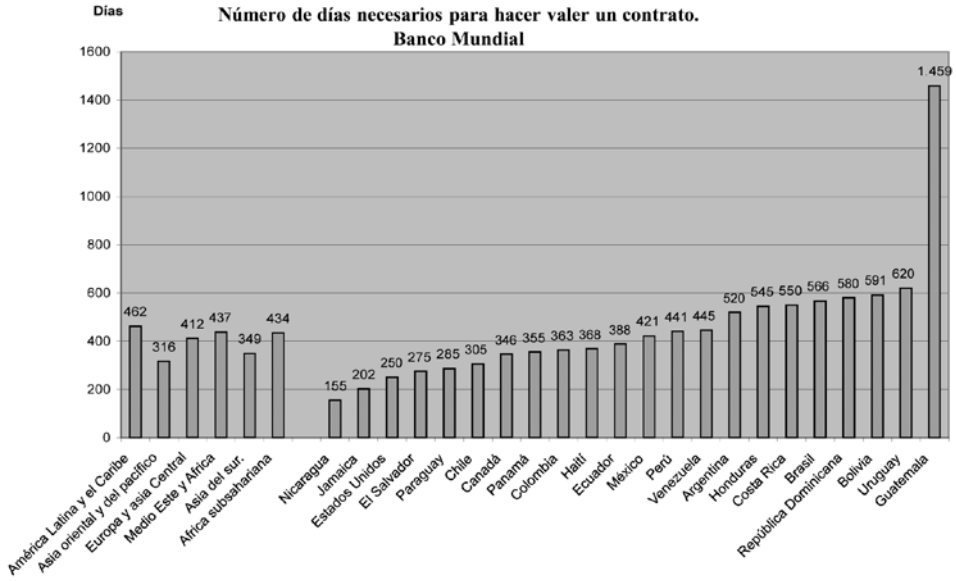
Gráfico N° 1
Índice de complejidad de los procedimientos
Fuente: Djankov y otros, Lex Mundi Project 2001



La consecuencia más evidente del sistema escrito imperante es la larga duración de los procedimientos en nuestros países. El informe del Banco Mundial sobre el Desarrollo de los Negocios comparó el tiempo que demora en diversas regiones y países del planeta lograr judicialmente el cumplimiento de un contrato. América Latina y el Caribe, con un promedio de 462 días resultó ser la región más lenta, siendo la más rápida Asia Oriental y el Pacífico con un promedio de 316 días. Dentro de nuestra región las diferencias son muy significativas, variando desde los 155 días de Nicaragua, el país más rápido, a los 1.459 de Guatemala, el más lento, tal como se puede apreciar en el Gráfico N° 2.

Gráfico N° 2[27]
Número de días necesarios para hacer valer un contrato
Fuente: Banco Mundial
Días

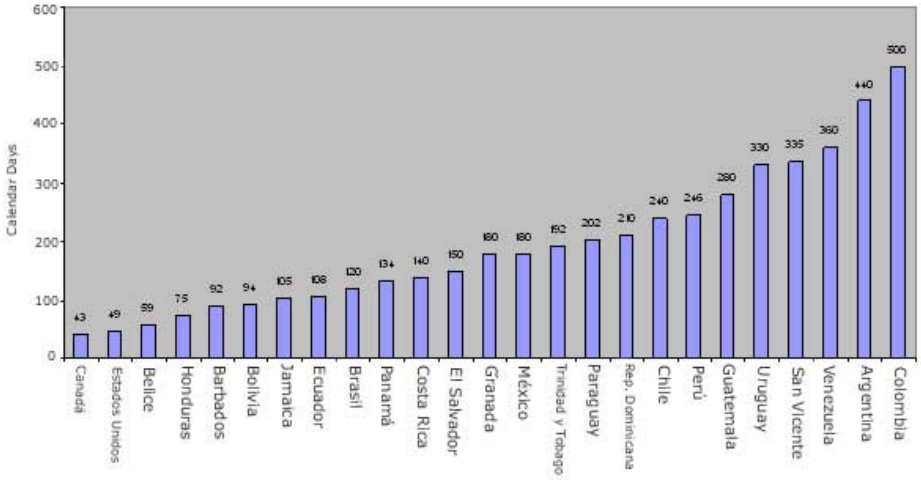
1600
Número de días necesarios para hacer valer un contrato.
Banco Mundial



Otro estudio analizó el plazo requerido para desalojar judicialmente a un arrendatario que no paga, marcando una diferencia de más de 10 veces entre el país más rápido, Canadá con 43 días, y el más lento, Colombia con 500 días, tal como se observa en el siguiente gráfico:

27 Tomado de CEJA, 2005.

Gráfico N° 3
Duración total de un proceso por desalojo de un arrendatario que no paga
Fuente: Djankov y otros, Lex Mundi Project 2001



Existen otros estudios que muestran la duración de los distintos procedimientos en países de la región, dando cuenta de lo prolongado que ellos son. En Chile, la primera instancia de un juicio ordinario tarda en promedio 300 días[28] y 450 días en Argentina.[29]

En cuanto a las cobranzas de deudas, en Chile tardan 200 días en promedio cuando el título ejecutivo es un cheque,[30] y en Argentina todas ellas 496 días en promedio.[31] Esas mismas cobranzas demoran entre 600 y 1.110 días en Brasil.[32] En Perú se indica que la duración promedio de los procedimientos civiles es de

572 días.[33] En todo caso, llama la atención la fragilidad de la información que existe sobre el la duración de los procedimientos en la región, en circunstancia que debiera constituir el indicador por excelencia para medir la efectividad del sistema, pues es aquello en que primero repara la opinión pública a la hora de evaluar la justicia. Carecemos, por ejemplo, de información comparada sobre la duración de la segunda instancia en estos procedimientos, pese a que existe una extendida impresión de que allí se encuentra uno de los más importantes cuellos de botella que debiera ser objeto de una atención especial al momento de diseñar las políticas sobre el sector.[34]

28 García y Leturia, 2005. p. 12. Las cifras son del año 2003.
29 Garavano, 2000. Las cifras son de ese mismo año.
30 Instituto de Defensa Legal, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica, Asociación de Jueces por la Justicia y Democracia, Proyecto Justicia Viva, Manual del Sistema Peruano de Justicia, Lima, 2003. Las cifras son del año 2000.
31 Chayer y del Carril, 2003. Las cifras son del año 2000.
32 Fachado, Figueiredo y Lundeberg, 2003, p.15. Las cifras son del 2001.
33 Elena y otros, 2004, p. 42. Cifras del año 2004.
34 El acceso y el uso de la segunda instancia y a los recursos procesales debe ser un aspecto central a ser analizado en cualquier iniciativa de reforma a la justicia civil, pues allí se encuentra uno de los

Hemos querido llamar la atención sobre la variedad del tipo de asuntos de que debe hacerse cargo un sistema de justicia civil, así como de la pluralidad de arreglos institucionales diferentes al procedimiento judicial tradicional que deben considerarse para estos efectos, pues existe una tendencia natural en este sector a confundir o reducir la reforma a la justicia civil con la modificación de los procedimientos civiles. Con ello se corre el riesgo de idear soluciones complejas y caras, para situaciones que no lo justifican, las que incluso pueden ser contraproducentes para los fines perseguidos. Por ejemplo, las soluciones tradicionales pueden no ser las más adecuadas para los asuntos en que se requiere de un respuesta muy rápida o para aquellos en que debieran privilegiarse acuerdos cooperativos por sobre las decisiones jurisdiccionales que, como se sabe, constituyen juegos de suma cero en que todo lo que gana una parte lo pierde la contraria.

Todo indica que si nos tomamos el debido proceso en serio es imprescindible sustituir los procedimientos civiles escritos destinados a la resolución de conflictos por verdaderos juicios orales. Pero ese cambio entraña importantes exigencias, por ejemplo en términos de dotación de personal y de infraestructura, que encarecen los servicios judiciales. Es eso lo que ha sucedido en materia penal donde se ha avanzado confuerzahacialaoralidad, cambiando la composicióndelpersonal judicial, la infraestructura destinada al efecto y los modelos de gestión, todo ello con un importante impacto en el presupuesto del sector, tal como lo comprueban las siguientes cifras extraídas de la experiencia chilena.

Tabla N° 4
Relación empleados / jueces sistema criminal escrito y oral en Chile
Fuente: Ministerio de Justicia de Chile

	# de Jueces	# de Empleados	Empleados x Juez
Sistema antiguo (Tribunales especializados en los penal involucrados en la reforma)	84	924	11
Juzgados de Garantías	355	1.370	3,86
Tribunales Orales en lo Penal	396	873	2,2

principales cuellos de botella del sistema.

Tabla N° 5
Costos del sistema de justicia criminal escrito y oral en Chile
Fuente: Ministerio de Justicia de Chile

Sistema	Costo Total (sólo tribunales)
Escrito (1996)	US$ 39.151.544
Oral (anual, estimado año 2000)	US$ 111.912.948

Tabla N° 6
Variación del Presupuesto Judicial
Elaboración Propia[35]

País	2003-2002	2005-2004	% Variación
Argentina	25,3	26,4	4,3%
Bolivia	6,6	5,5	-16,7%
Brasil (federal)	19,9	27,8	39,7%
Chile	9,8	14,0	42,9%
Costa Rica	41,9	44,1	5,3%
Guatemala	4,2	4,2	0,0%
Paraguay	5,9	6,4	8,5%
Perú	5,9	6,2	5,1%
Puerto Rico	54,8	68,3	24,6%
República Dominicana	2,9	3,9	34,5%
Promedio	17,7	20,7	16,7%

Para que una reforma a la justicia que establezca la oralidad sea viable es imprescindible que ella se concentre en el segmento de asuntos para los cuales tiene real sentido y que se trabaje adecuadamente las modalidades para su financiamiento. Al respecto debe considerarse que no es sencillo hoy en día, en la mayoría de los países, obtener aumentos significativos de los presupuestos judiciales con cargo a los recursos públicos. Ello se debe tanto a las restricciones económicas vigentes en los países de la región, como porque los presupuestos judiciales ya han experimentado aumentos notables los últimos años, sin que ello se haya traducido en un mejor servicio judicial a juicio de sus usuarios. Datos sobre los aumentos presupuestarios en los últimos años

35 CEJA, Reporte sobre la Justicia en las Américas 2004-

se contienen en la Tabla N° 6, aún cuando el período de mayores alzas se produjo en muchos países con alguna anterioridad. Ese mayor esfuerzo presupuestario es conveniente contrastarlo con las percepciones de los ciudadanos sobre confianza en la justicia (Gráfico N° 4) y calidad del servicio que reciben (Gráfico N° 5)

Gráfico N° 4
Confianza en la Justicia
Elaboración propia[36]

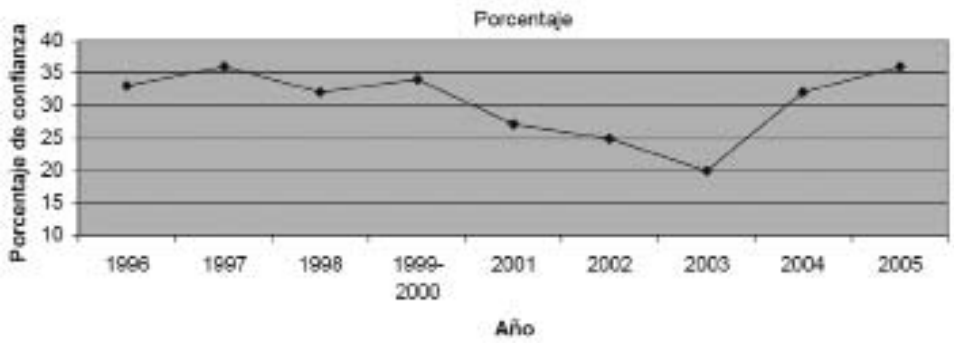
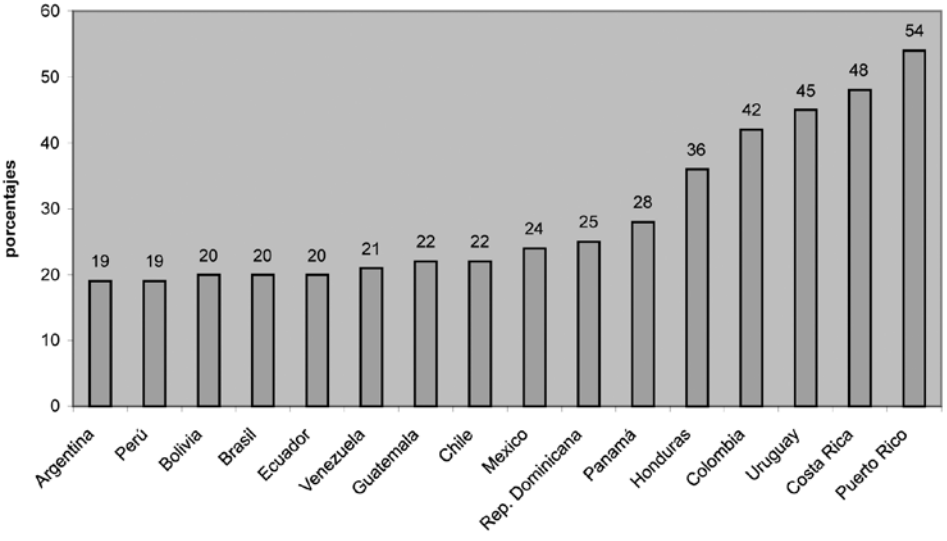


Gráfico N° 5
¿Cómo evalúa la calidad del servicio que presta la justicia en su país?
Fuente: Barómetro de Gobernabilidad 2003, CIMA



36 Los datos han sido extraídos del Latinobarómetro 2005, relativa a la pregunta acerca de la confianza en las instituciones, América Latina, 1996-2004. El grado refleja las respuestas entregadas por los encuestados en el rango de mucha y más algo.

2. En cuanto al acceso

Las posibilidades igualitarias de acceso a la justicia en la región han ido aumentando en los últimos años de la mano de la ampliación de la oferta de tutela jurídica que el Estado pone a disposición de sus ciudadanos, principalmente a través de la creación de centros o instancias que brindan mediación y de nuevos tribunales. Pese a que nuevamente en este tema la información cuantitativa es escasa, todo indica que el grueso de los presupuestos públicos destinados al sector siguen siendo consumidos por los tribunales de justicia, siendo en términos comparativos marginales las cifras que se destinan a otras vías de soluciones de conflictos.[37]

Y si se analiza la situación en los tribunales no debe causar sorpresa, por el tipo de asuntos que copan la justicia civil y comercial, que como ya hemos visto se encuentran fuertemente ligados al mercado del crédito, que la mayoría de las personas que allí concurren en calidad de demandantes sean sociedades. 64% del total de los actores en la Ciudad de Buenos Aires en Argentina[38] y un 83% según un estudio en los juicios de cobranza en Chile.[39] De esas sociedades, en Buenos Aires un 24% son empresas de servicios financieros. En Chile, esas empresas más las Casas Comerciales representan el 56% de las sociedades demandantes en los asuntos de cobranzas de deudas. Mirado entonces desde el punto de vista de quienes son mayoritariamente los actores en el sistema formal, nos damos cuenta que existe una fuerte concentración en sociedades, especialmente las del tipo financiero, quedando las personas naturales relegadas a un espacio bastante menor. De allí se puede inferir que las los pobres acceden escasamente a la justicia en nuestros países, pues como se ha repetido los juicios se concentran fuertemente en las cobranzas, mercado al cual difícilmente acceden las personas con mayores niveles de pobreza.

En ningún caso lo anterior debiera llevar a suponer que los pobres no tienen conflictos de naturaleza civil de relevancia jurídica.

Uno de los mayores obstáculos para que las personas pobres puedan acceder a la justicia se encuentra en las limitaciones que tiene en nuestros países el mercado de los servicios legales. Se trata de un mercado poco desarrollado, donde no se han ideado políticas públicas que permitan un eficaz control del mismo[40], ni menos fomentar alternativas que les permitan a las personas de ingresos medios acceder a abogados a costos razonables. Para las personas pobres los servicios de asistencia jurídica financiados directamente por el Estado tienen, por lo general, escasa cobertura en los países latinoamericanos cuando

37 Si bien el número de arbitrajes también ha crecido, ello no pareciera tener un impacto en los temas de acceso que ahora nos preocupan.

38 Garavano, 2000. Las cifras son de ese mismo año.

39 Vargas, Corres y Peña, 2001, p.91. Cifras del año 1996.

40 Los sistemas de control ético por lo general no funcionan en nuestros países.

se trata de asuntos civiles y comerciales. Un estudio en Argentina[41] indica que tan sólo un 2% de las partes en los juicios recibía asistencia jurídica gratuita (ya fuera ésta de origen público o privado). La excepción la constituye Brasil, donde un 76% de las causas son llevadas por un defensor público.[42]

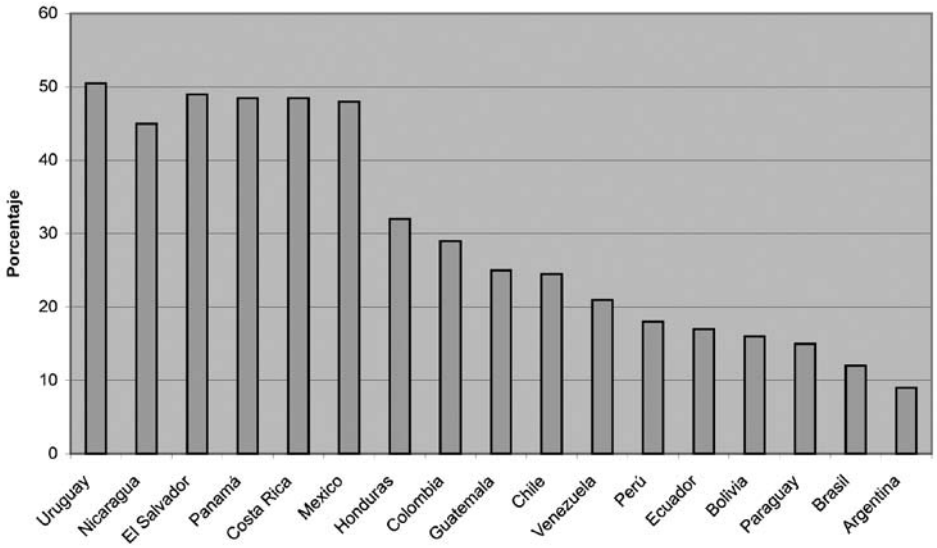
Las ventajas de contar con asistencia letrada no se relaciona solamente con un mejor conocimiento de sus derechos por parte de la ciudadanía y con un tema de igualdad dentro de los procedimientos, sino con la posibilidad material de poder acceder a los tribunales, ya que mayoritariamente en ellos se exige que la comparecencia en juicio sea con la asistencia personas pobres muy raramente utilizan como demandantes los servicios judiciales, los que parecieran estar reservados para otro tipo de clientes. Incluso en calidad de demandados, de un letrado, aceptándose solamente de forma muy excepcional la comparecencia personal. Es lo que sucede, por ejemplo en Ciudad de Buenos Aires en Argentina, en Chile, en Brasil y en Perú, donde en los procedimientos civiles y comerciales debe obligatoriamente comparecerse representado a través de abogado. En Chile se acepta la comparecencia personal en los asuntos vinculados a la protección al consumidor y en los de familia, aunque en estos últimos el juez puede disponer la necesariedad del patrocinio jurídico, por ejemplo en los casos en que una parte cuente con abogado. En Brasil, en los juzgados especiales de pequeñas causas se admite la comparecencia personal. Claramente tratándose de asuntos sencillos no se visualiza una razón suficientemente poderosa para exigir la comparecencia con asistencia letrada, lo que sólo puede explicarse por los intereses de ese gremio.

La falta de preocupación por el acceso a la justicia, especialmente de las personas pobres, es una de las principales razones por la cual, en general, los sistemas de justicia son considerados fuertemente discriminatorios en nuestros países, donde comúnmente se aprecia una mala percepción sobre los niveles de igualdad ante la ley, tal como puede verse en el siguiente gráfico:

41 Garavano, 2000. Cifras de ese año.

42 Ministerio de Justicia, Reforma do Judiciario, Diagnóstico de la Defensoría Pública, estadísticas nacionales. Las cifras son del año 2003. Cada defensor lleva en ese país, en promedio, 308 acciones civiles contra 113 criminales, a diferencia de lo que sucede en el resto de los países de la región donde el trabajo de la asistencia jurídica se concentra fuertemente en el área penal.

Gráfico N° 6
Percepciones sobre Igualdad ante la Ley
Fuente: Latinobarómetro, 1997[43]



En Chile, el único estudio que conocemos sobre la percepción de los sectores pobres urbanos respecto a la justicia lo realizó CPU en el año 1993, el cual arrojó que la opinión era negativa en un 83% de ellos. Lo relevante para estos efectos es que un 19% de las opiniones negativas iban acompañadas de frases como estas:

- "(La justicia) protege solamente a los que tienen plata".
- "Para el rico hay justicia para el pobre no".
- "Pienso que la justicia es para aquellos que tienen plata solamente, porque si uno es pobre no tiene acceso a la justicia en ningún caso".
- "Mala (la justicia) porque siempre hay preferencia para los que tienen plata".
- Los pobres no tienen derecho a la justicia.[44]

3. En cuanto al uso eficiente de los recursos públicos

Si bien en los últimos años muchos de los países de la región que han reconocido que la justicia civil y comercial no constituye un bien público puro y que, por lo tanto, no se justifica su financiamiento íntegro con cargo a rentas

43 La pregunta fue la siguiente: "La Constitución establece que todos los (nacionalidad) son iguales ante la ley ¿Ud. Piensa que todos los (nacionalidad) son iguales ante la ley o no hay igualdad ante la ley en (País)?" Cuestionario Latinobarómetro 1997, pregunta SP 38.

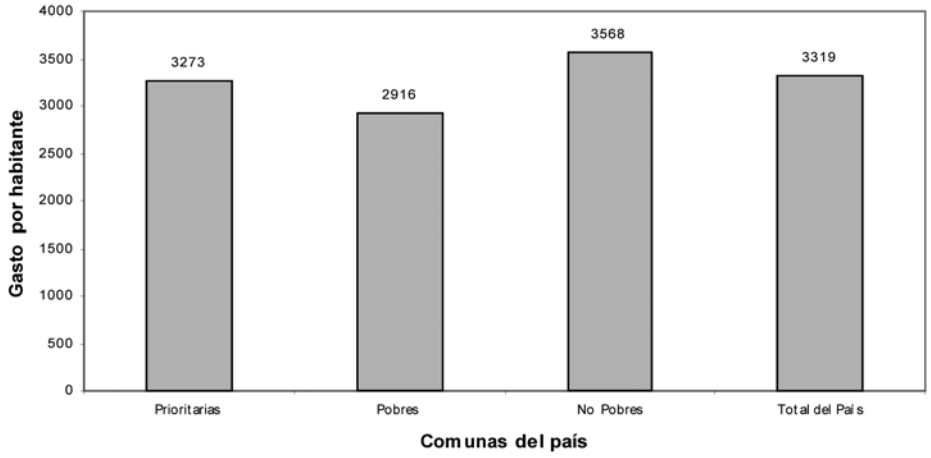
44 Vargas, Corres y Peña, 2001, p. 92. Encuesta CPU año 1992.

generales,[45]son varios los países que continúan considerando lo contrario y manteniéndola como un servicio gratuito, al menos en cuanto a los costes directamente vinculados al funcionamiento de los tribunales. En esta última situación se encuentran países como Chile, Costa Rica, Nicaragua y México.

La ausencia de cobros tiene diversas consecuencias negativas para el sistema, como la imposibilidad de equilibrar adecuada y racionalmente la oferta con la demanda de justicia o la falta de incentivos para ajustar las pretensiones a la realidad. Pero lo más relevantes es que impide una correcta focalización del gasto en justicia, que es hoy uno de los indicadores más relevante para evaluar las políticas públicas pues ellas deben favorecer preferentemente a las personas que carecen de recursos y no a las que sí los tienen, adquiriendo así un efecto redistributivo y de equidad social. Dado que son las personas con recursos las que, en los hechos, utilizan los tribunales, el financiamiento gratuito de los mismos los beneficia preferentemente a ellos y, por lo tanto, tiene un efecto regresivo.

Prueba de ello es lo que sucede en Chile donde se mantiene la gratuidad de la justicia. Un estudio sobre la distribución del gasto público en justicia en las distintas comunes del país, demostró que se gasta más en aquellas "no pobres" que en las pobres e incluso que en las consideradas "prioritarias", tal como se observa en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 7
Gasto por habitante en justicia según tipo de comuna
Fuente: Vargas y otros, 2001



45 En Sudamérica han establecido el cobro de tasas judiciales para estos asuntos los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay

Por otra parte, aquellos países que han establecido tasas judiciales y que, por lo tanto, pueden focalizar de mejor manera los recursos públicos destinados a financiarlas, presentan realidades muy distintas respecto a los actos o trámites que gravan, al monto a que ascienden tales tasas, a quien debe soportarlas y al porcentaje del presupuesto judicial que se recauda por esa vía. No siempre queda claro entonces que el establecimiento de las tasas responda a estudios precisos respecto a los costos de los servicios judiciales y al porcentaje del mismo que corresponde sea financiado por lo usuarios. No siempre tampoco operan sistemas adecuados de subsidios que garanticen que el cobro de las tasas no implique dificultar aún más las posibilidades de acceso de los más pobres a la justicia.[46] En definitiva en muchas partes no existe una vinculación clara entre el cobro de tasas y el financiamiento del servicio que recibe el usuario.[47]

Lo dicho respecto a los recursos destinados al financiamiento de los tribunales es igualmente válido para aquellos que se destina a otros fines relacionados con el funcionamiento del sistema de justicia civil. Así, por ejemplo, los criterios de focalización deben estar igualmente presentes en los programas de mediación que se desarrollen con apoyo estatal.[48]

Focalizar el destino de los recursos públicos es un primer y esencial paso para darle a esos fondos un uso eficiente, sin embargo, ello no es suficiente. También es fundamental que sean empleados de la mejor forma posible, en el sentido de obtener con ellos la mayor cantidad de respuestas posibles de calidad. Estas respuestas de calidad dependen del arreglo institucional de que se trate. En el caso de las mediaciones será en función de las sesiones que se realicen con las partes y los acuerdos a que se arriben; en el caso de un tribunal, de respuestas jurisdiccionales que pongan término al procedimiento con algún tipo de decisión. En cualquier caso, aquí la eficiencia en el uso de los recursos pasa a ser sinónimo de la capacidad de gestión que tenga el sistema de justicia. Esta es un área en que la mayoría de los sistemas de justicia y particularmente los tribunales muestran grandes deficiencias y tienen mucho espacio donde mejorar.

46 Para un análisis más extenso sobre este tema, consultar nuestro artículo sobre "Financiamiento Privado de la Justicia: Las Tasas Judiciales", que también forma parte de los materiales de este seminario.

47 Otro problema relevante que debiera ser objeto de algún tipo de intervención es el relativo a las costas judiciales. La condena en costas debiera operar como un fuerte desincentivo a la litigación oportunista, sin embargo, en muchos países rara vez se condena al perdedor a pagar una cantidad de dinero que guarde real relación con los costos que a la contraria y al sistema en general le significó el litigio.

48 Es curiosa en esta materia la situación chilena, donde se mantiene la gratuidad en los procedimientos ante los tribunales de familia, pero en ellos se contempla una instancia de mediación que sí debe ser pagada por los usuarios.

Por regla general los tribunales se mantienen organizados en la región como un conjunto de unidades aisladas y autosuficientes, donde cada uno de ellos cuenta con un juez, un secretario, su propio espacio físico y ejerce sus funciones en un territorio jurisdiccional exclusivo. Al interior de ellos las labores de administración son asumidas por el juez, con alguna ayuda del secretario y éstas consisten básicamente en supervisar el trabajo que realiza un conjunto amplio de funcionarios encargados de "tramitar" los expedientes y atender al público. Esa labor de tramitación consiste en ir completando paso a paso y siguiendo un esquema bastante estandarizado el "expediente", hasta el momento en el cual puede serle entregado al juez para que dicte la sentencia. Por lo general ese juez rara vez tiene un conocimiento directo de lo que ha sucedido durante la tramitación, limitándose a guiar o simplemente firmar las resoluciones de trámite que elaboran esos funcionarios, bajo un esquema de delegación de funciones y sin tener tampoco contacto directo con la prueba al momento de su generación, sino en forma excepcional.

Como puede apreciarse se trata de sistemas de trabajo estructuralmente poco eficientes en cuanto a la definición de roles, al aprovechamiento de economías de escala y al logro de una administración profesional y eficaz.

Las iniciativas que se han sucedido en los últimos años para mejorar este esquema de gestión, que básicamente se han centrado en apoyar los procesos de trabajo al interior de los tribunales con la introducción de tecnología (sistemas de seguimientos de casos), la reingeniería de algunos procesos y el establecimiento de servicios comunes que atienden a un conjunto de tribunales, han tenido efectos limitados pues no han alterado las definiciones de fondo de cómo se entiende y se realiza el trabajo judicial. En lo más elemental esos cambios no han sido capaces de romper la lógica del expediente, que es lo que en definitiva convierte el trabajo de los tribunales en algo burocrático y poco eficiente. Incluso los países que han hecho cambios más de fondo, caminando hacia sistemas orales que en principio debieran cuestionar la metodología de trabajo a través del expediente, es poco lo que realmente han logrado en ese sentido, muy probablemente por no haber acompañado esos cambios con sistemas de gestión radicalmente distintos, por ejemplo, eliminando el carácter pseudo jurídico que tiene el personal de los tribunales, única forma de que ese personal realice labores propia y exclusivamente administrativas y se elimine de raíz cualquier forma de delegación de funciones.

Tabla Nº 7
Recursos Humanos e Infraestructura de los Juzgados de Primera Instancia
Fuente: Elaboración propia[49]

País	Tribunales	Jueces	Auxiliares	Secretarios	Oficiales	Agentes	Jueces por Trib.
Costa Rica	227	601	1830	n/a	n/a	n/a	2,6
Honduras	414	601	272	388	n/a	396	1,5
Rep. Dominicana	211	210	1461	543	855	n/a	1
Guatemala	182	261	741	566	1818	170	1,4

n/a = esta categoría no aplica, es decir, no es considerada en las estadísticas del sector.

En ese contexto no es de extrañar que los tribunales civiles y comerciales de nuestros países tengan agudos problemas para hacerse cargo y resolver la carga de trabajo que anualmente les ingresa, generándose en ellos una congestión creciente que es la principal explicación de los niveles de retraso que muestran. En general, nuestros tribunales en la materia no son capaces de resolver en un año la misma cantidad de asuntos que le ingresan, tal como lo comprueba el análisis de su factor de gestión.[50]

Tabla Nº 8
Factor de Gestión Causas Civiles
Elaboración propia[51]

País	Año	1ra. Instancia	2da. instancia
Argentina, Ciudad Buenos Aires	2003	0,54	0,98
Brasil, Sao Pablo (jurisdicción común)	2002	0,9	0,7
Perú	2003	0,32	0,68
Chile	2001	1,06 (ambas instancias combinadas)	

49 La tabla fue construida a partir de los datos contenidos en las matrices de estadísticas que los países mencionados enviaron para la elaboración del Reporte sobre el Estado de la Justicia de las Américas. Las cifras corresponden al año 2003.

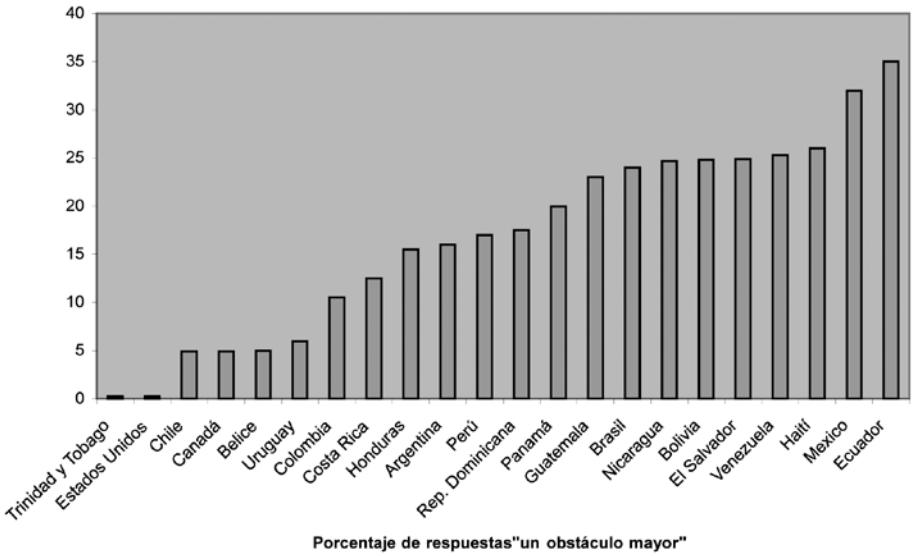
50 El factor de gestión se calcula dividiendo el total de las causas terminadas en un año por las ingresadas en ese mismo período. Si el factor es mayor a uno, significa que el sistema está sacando casos que los que inicia. A la inversa significa que el sistema se está congestionando.

51 Los datos de Argentina fueron tomados de las estadísticas del Poder Judicial de la Nación, los de Sao Pablo provienen de las estadísticas del Supremo Tribunal Federal y respecto de Perú, las cifras fueron extraídas de un CERIAJUS, 2004.

4. En cuanto a la seguridad jurídica y el correcto funcionamientodel sistema económico

Son pocos los estudios que han explorado en forma sistemática el efecto que tiene el buen funcionamiento de la justicia sobre el sistema económico general de un país.[52]En ese contexto resultan interesantes los resultados que entrega la encuesta que realiza el Banco Mundial sobre la percepción global de gerentes y directores de empresas respecto al modo en que los tribunales resuelven las controversias sobre asuntos de negocios. En países como Ecuador y México, al menos tres de cada diez directores y propietarios de empresas consideran a la justicia como un obstáculo mayor a la realización de los negocios (Gráfico N° 8). Lo mismo, aunque en menor medida, en Haití, Venezuela, El Salvador, Bolivia, Nicaragua y Brasil, donde más del 20% de los encuestados afirma que el funcionamiento del poder judicial es uno de los obstáculos principales.

Gráfico N° 8
El Funcionamiento del poder judicial ¿Es un obstáculo para el ambiente de negocios?
Fuente: World Business Environment Survey 1999-2000

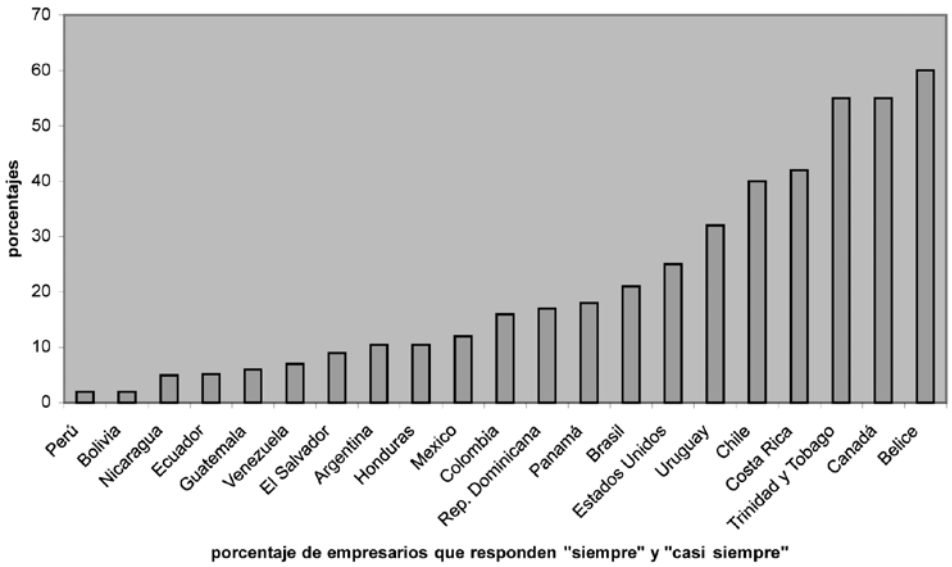


En promedio, dos de cada diez empresarios de las Américas (incluidos el Caribe, América Latina, Canadá y Estados Unidos), consideran que el sistema de tribunales es siempre y mayoritariamente claro e imparcial en sus decisiones. Un 47,3% estima que esa cualidad se da frecuentemente y algunas veces, en tanto, el 32,1% estima que sólo raras veces y nunca es claro e imparcial. En Belice, Canadá y Trinidad y Tobago, más del cincuenta por ciento de los empresarios encuestados considera que los tribunales son siempre y casi

52 Los antecedentes que siguen han sido tomados de CEJA, 2003.

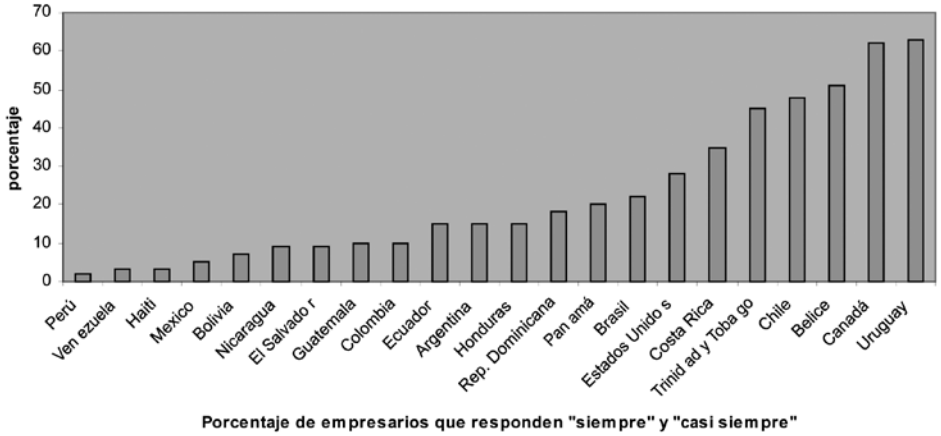
siempre claros e imparciales en sus decisiones. En cambio en países como Perú, Bolivia, Nicaragua, Haití Ecuador, Guatemala, Venezuela y El Salvador un porcentaje muy bajo de los empresarios (menos del 10%) mantiene esa percepción (Gráfico N° 9)

Gráfico N° 9
¿Actúan los tribunales limpia e imparcialmente? Fuente: World Business Environment Survey 1999-2000



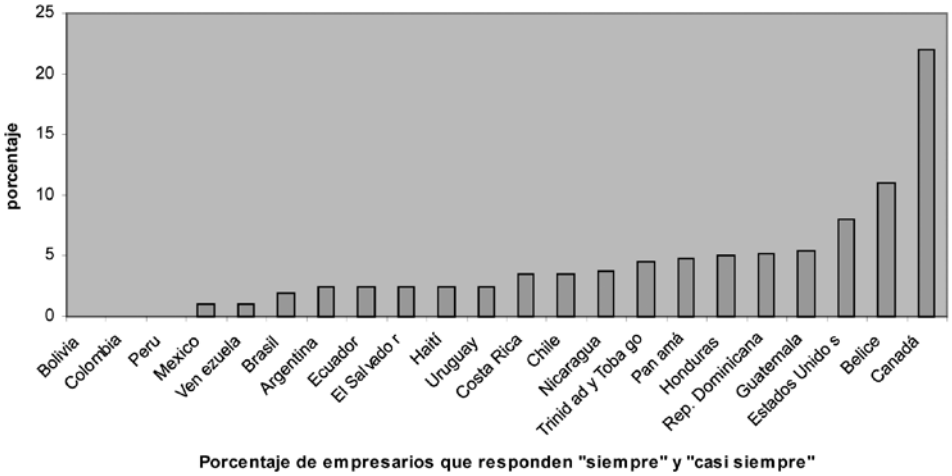
Consultados sobre si los tribunales son honestos e incorruptos para resolver las disputas sobre negocios, sólo el 18,1% de los empresarios de América Latina y el Caribe estima que esta característica se da siempre y casi siempre. El 36,2% opina que tal cualidad ocurre raras veces o nunca. En los casos de Uruguay y Canadá más del 60% de los encuestados tiene una alta opinión positiva sobre sus tribunales en este aspecto; seguidos, aunque en menor porcentaje, por Belice y Chile. En catorce de los 22 países de las Américas abordados en el estudio, la gran mayoría de los empresarios manifiesta una impresión negativa en este ámbito.

Gráfico N° 10
¿Es el sistema de tribunales honesto e incorrupto? Fuente: World Business Environment Survey 1999-2000



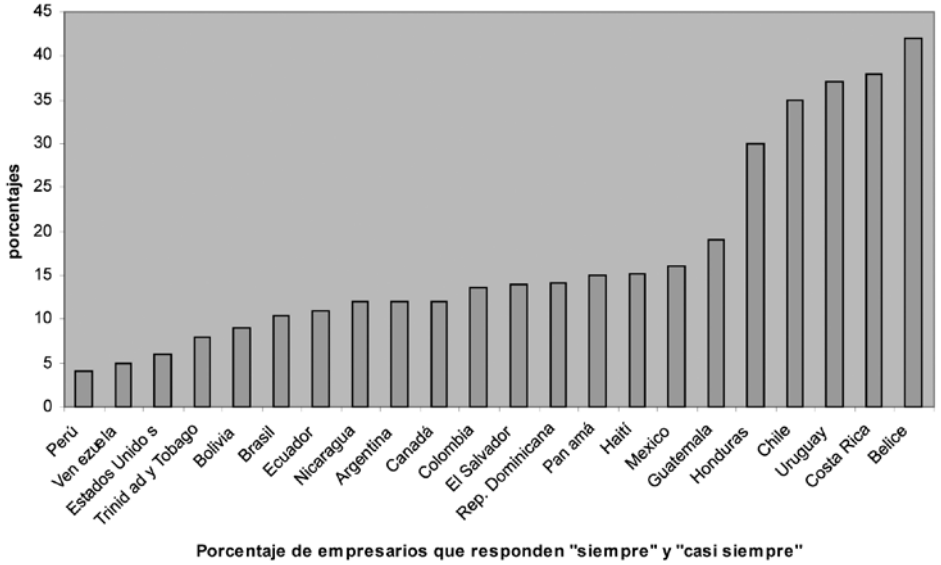
Como ya antes hemos visto, la lentitud de los procesos es sin duda uno de los aspectos críticos del funcionamiento de los tribunales en una buena parte de los países del continente. Este hecho se ve corroborado por la impresión de los empresarios. Apenas el 3,9% de los encuestados en los 22 países de las Américas opina que sus tribunales son siempre y casi siempre rápidos para resolver las controversias, en tanto el 73,6% opina que raras veces o nunca los tribunales actúan con rapidez (Gráfico N° 11). En este aspecto, Canadá aparece como el único país, en términos comparados, donde al menos dos de cada diez empresarios opina que sus tribunales resuelven siempre y casi siempre con rapidez las controversias, mientras un 40,2% estima que, en ese país, las controversias se resuelven frecuentemente o algunas veces con rapidez. Le siguen Belice y Estados Unidos, donde, sin embargo, aproximadamente sólo uno de cada diez propietarios y gerentes de empresas dicen que las disputas se resuelven siempre y casi siempre en forma rápida.

Gráfico N° 11
¿Las controversias se resuelven con rapidez? Fuente: World Business Environment Survey 1999-2000



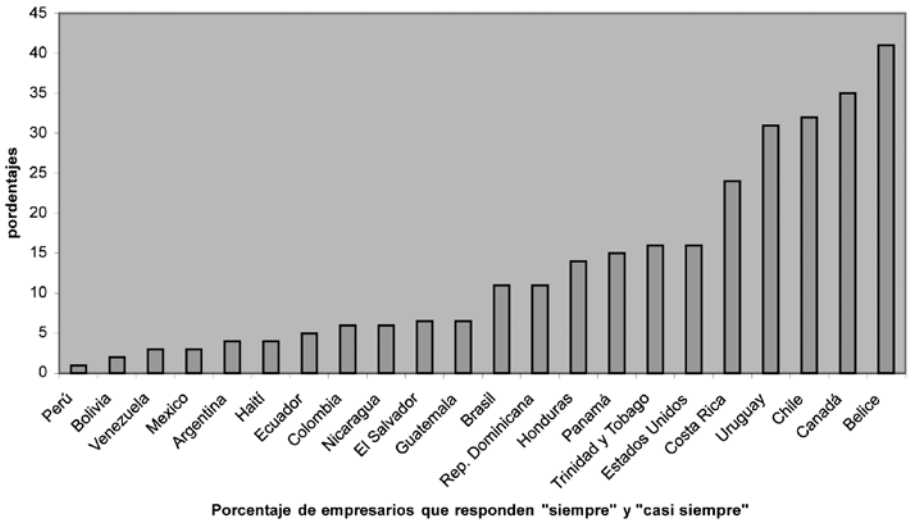
Si bien la justicia es planteada como un derecho gratuito en varios países, necesariamente implica costos (directos o indirectos) para los litigantes. En Belice, Costa Rica, Uruguay, Chile y Honduras, más del 30% de los empresarios (en Belice el porcentaje es de 42,5) considera que la resolución de las disputas de negocios es poco costosa (affordable) para las partes. En Perú, Venezuela, Estados Unidos, Trinidad y Tobago, Bolivia y Brasil, muy pocos empresarios (menos del 10%) mantienen esa opinión Gráfico N° 12.

Gráfico N° 12
¿Es económica (poco costosa, affordable) la resolución de dispuestas sobre negocios en el sistema de tribunales? Fuente: World Business Environment Survey 1999-2000



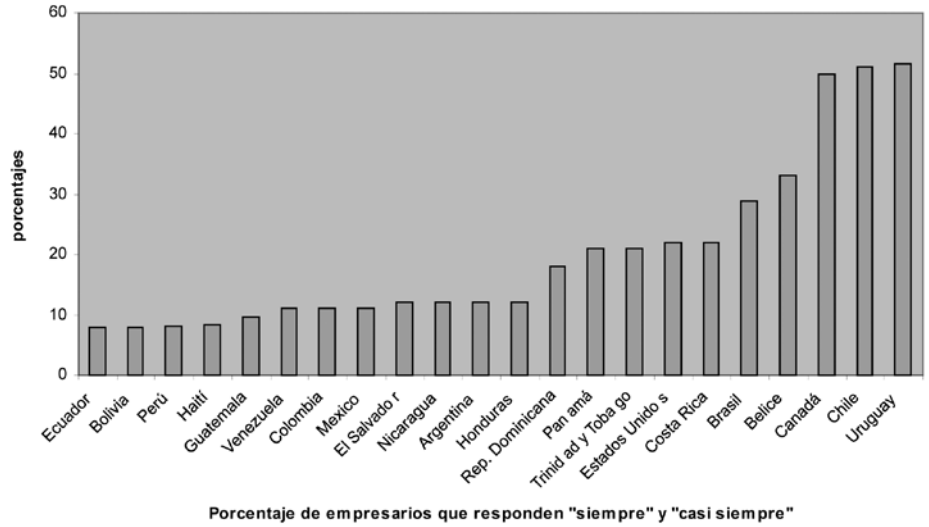
En todo el continente, incluidos Canadá y Estados Unidos, en promedio, el 44,9% de los empresarios estima que el sistema de tribunales raras veces o nunca es coherente y confiable en su funcionamiento. Sólo el 13% ve esa cualidad como algo permanente (Gráfico N° 13). En Belice cuatro de cada diez empresarios confía en sus tribunales y países como Canadá, Chile y Uruguay más del 30% de los empresarios comparte esa opinión.

Gráfico N° 13
¿Es el sistema de tribunales coherente y confiable? Fuente: World Business Environment Survey, 1999-2000



La capacidad del sistema judicial de hacer cumplir las sentencias, especialmente en el ámbito de las controversias relativas a contratos, es un tópico clave para determinar la calidad del ambiente de negocios. En Uruguay, Chile y Canadá, más de la mitad de los empresarios opina que sus tribunales siempre y casi siempre son capaces de hacer cumplir sus decisiones, mientras a nivel de todo el continente sólo el 20,4% comparte esa opinión, en tanto el 33,2% estima que sus tribunales raras veces o nunca disponen de esta capacidad (Gráfico N° 14) .

Gráfico N° 14
¿Son capaces los tribunales de hacer cumplir sus decisiones? Fuente: World Business Environment Survey, 1999-2000



Este conjunto de percepciones aparentemente tiene correlato con la realidad. Señalábamos en un comienzo que la contribución que la justicia civil puede hacer al correcto funcionamiento del sistema económico pasa por el grado de previsibilidad de sus fallos y por la capacidad de los jueces para en ellos plasmar soluciones que generen bienestar y no lo restrinjan o, en otros términos, para emular soluciones de mercado allí donde éste falla.

Sobre lo primero, en general los sistemas judiciales de a región, inspirados en el efecto relativo de las sentencias, tienen una limitada capacidad para generar información hacia los ciudadanos a través de sus fallos. El efecto uniformador de la jurisprudencia que debiera producirse a través de los recursos de casación rara vez ocurre por el grado de formalismo y de superficialidad con que éstos son resueltos. Nuestras Cortes Supremas son por lo general grandes tribunales, que conocen de una enormidad de casos, muchos más de aquellos que pueden resolver con real dedicación, tal como puede observarse en la siguiente tabla ilustrativa:

Tabla Nº 9
Sistema de Recursos en Máximos Tribunales, fuero civil.
Fuente: Elaboración Propia[53]

CHILE

Recursos	Casación fondo	Casación Forma	Apel. Protección	Otras Apel.	Apel. Amparo Econo.	Total Gral. Recursos
Ingreso	2.359	691	26	17	35	6720
Terminadas	2.854	548	17	20	38	5837

ARGENTINA[54]

Recursos	Originarios	Ordinarios	Extraordinarios	Queja por Extrao. Rechazado	Presentaciones varias	Total Gral. Recursos
Cantidad de Fallos concedidos	169	11	188	229	69	4.398

Por tal razón esas Cortes por lo general se dividen en salas, con lo cual se genera una nueva fuente de fallos eventualmente contradictorios, contradicciones que raramente se salvan con los mecanismos de uniformación de jurisprudencia que últimamente se han estado incorporando a las legislaciones.[55] Incluso en algunos países es dificultoso acceder a las sentencias de los tribunales, las que o no se publican o se lo hace en forma distanciada.[56]

Más allá de la variedad que presentan los contenidos de los fallos, existe también una crítica generalizada sobre el contenido de los mismos que precisamente proviene del desconocimiento que la mayoría de los jueces tienen de nociones básicas de economía que son indispensables a la hora de resolver

53 Las cifras corresponden a estadísticas oficiales disponibles en los sitios web de los poderes judiciales respectivos.

54 Sólo la Corte Suprema Argentina tiene la posibilidad de ejercitar un certiorari que le permite desechar en función de su relevancia los asuntos de que va a conocer, e incluso en ese caso es rara la vez que lo emplea. La facultad que posee la Corte Suprema se desprende del artículo 280 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación.

55 En México se estableció un mecanismo a cargo del pleno de la Corte Suprema de Justicia para dirimir las controversias que se susciten entre las Salas o las contradicciones nacidas en la jurisprudencia establecida (Art. 10 Ley Orgánica del Poder Judicial). Sesionará el Pleno de la Corte con presencia de los 11 ministros que lo componen (podría eventualmente hacerlo con 8 ministros). Asimismo en Perú, se autoriza al pleno de la Corte Suprema cuando las Salas así lo soliciten, para reunirse a decidir un caso concreto donde sea necesario fijar criterios de jurisprudencia. Esta decisión se tomará por mayoría y requiere de otro pleno casatorio para modificarla (Art. 400 CPC Perú). Finalmente en Chile, de acuerdo con el artículo 280 CPC, habiéndose deducido casación en el fondo, la Corte Suprema existiendo fallos contradictorios y a solicitud de parte, podrá sesionar en Pleno y dirimir la controversia.

56 Esto está cambiando en Poderes Judiciales que han comenzado a publicar sus fallos, al menos los de los más altos tribunales, en sus sitios web. En efecto, tanto en Chile (www.poderjudicial.cl), Argentina, Ciudad de Buenos Aires (www.pjn.gov.ar), Perú (poder judicial- Corte Suprema).

conflictos en que esos temas están estrechamente involucrados. En los últimos años ha existido un intenso y fructífero desarrollo del llamado "análisis económico del derecho", destinado precisamente a entender la vinculación entre el derecho y la economía y a entregar herramientas muy concretas a los jueces para resolver los asuntos que llegan a su conocimiento de forma tal de maximizar el bienestar social.[57] Sin embargo esos conocimientos no han llegado hasta nuestros jueces, pues si por lo pronto uno examina los currícula de las escuelas judiciales se da cuenta de su total desconocimiento de estas disciplinas.[58]

IV. CRITERIOS PARA UNA REFORMA A LA JUSTICIA CIVIL

En el escenario que hemos descrito para indispensable enfrentar el desafío de reformar y mejorar nuestros sistemas de justicia civil y comercial. Pero también parece como indispensable asumir esa tarea echando mano a un conjunto amplio de estrategias y alternativas de acción, combinado aquellas que nos proporciona el derecho, en sus versiones más modernas, con las que nos pueden colaborar otras disciplinas, especialmente la economía por la materia que estamos enfrentando.

No pretendemos ahora ahondar en las múltiples soluciones posibles, tan sólo queremos entregar un catastro que sintetice los objetivos de política que según hemos señalado deben perseguirse, los problemas que en cada uno de ellos deben enfrentarse y un listado de alternativas de solución posibles. Creemos que esta información puede ser útil para entender muchas de las propuestas que se presenten durante este seminario interamericano, así como principalmente alentar el debate, que es lo que buscamos con encuentros de este tipo.

57 Uno de los máximos exponentes de esa corriente de pensamiento es precisamente Richard Posner, Senior Lecturer de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago y juez de la Corte de Apelaciones del séptimo circuito.

58 En Chile no existe acceso a las currícula, la respuesta fue obtenida por medio de una entrevista directa con el encargado del área de formación. Respecto de la formación de los magistrados en Argentina, esto dependerá de los mismos interesados quienes elegirán el curso que más les convengan para su carrera judicial. Así la Escuela Judicial ofrece distintos cursos disponibles entre los que se cuenta para el segundo cuatrimestre de 2005 algunas sesiones de derecho y economía (www.pjn.gov.ar). En Perú en tanto, las estadísticas elaboradas por la Biblioteca de la Academia de la Magistratura en cuanto al servicio en sala dejan entrever que las materias de economía no son consultadas por los magistrados (www.amag.edu.pe/Html/biblioteca.htm).

OBJETIVO DE POLÍTICA PÚBLICA	PROBLEMA ACTUAL	ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN
Vigencia del debido proceso	1. Tendencia a judicializar situaciones que no lo justifican (no entrañan conflictos o bien hay otros medios de solución más adecuados) 2. Procedimientos escritos, complejos y largos	1. Políticas de desjudicialización (dejar en los tribunales sólo lo que se justifica) o Mediación y arbitraje forzosos o Llevar a otras agencias públicas temas meramente administrativo o Llevar a otras agencias públicas temas altamente especializados y complejos 2. Ajuste de los procedimientos a las características de los asuntos: o Asuntos no contenciosos y cobranzas de deudas (si no se desjudicializan): trámites rápidos y estandarizados. Intervención del juez sólo supervisando y cuando surja un conflicto. Procedimientos monitorios y litigación a través de internet. o Asuntos contenciosos: Sencillos, tribunales y procedimientos de única instancia para pequeñas causas. Complejos, oralización de los procedimientos. Facultad de las partes para renunciar (ex antes) a trámites, plazos y recursos o Sistemas sencillos para la ejecución de las sentencias.
Acceso a la justicia	1. Los grupos vulnerables y, especialmente, las personas pobres tienen serias dificultades para llegar con sus asuntos al sistema de justicia 2. Problemas de funcionamiento del mercado de abogados. Dificultades para las personas de ingresos medios y bajos para contar con asistencia letrada.	1. Políticas para mejorar la oferta de tutela jurídica: • Aumentar la oferta de mediación, apoyando la creación de centros e incentivando su uso. Regular su funcionamiento (sin formalizarlo en exceso), asegurar mecanismos eficaces de cumplimiento de los acuerdos. • Fomentar el arbitraje, fundamentalmente el institucional, como vía para descomprimir el uso de los otros arreglos institucionales financiados por el Estado. • Simplificar los procedimientos judiciales y hacer más amigable el sistema • Mejorar la operatividad de los subsidios contemplados a favor de las personas pobres. 2. Políticas para mejorar el acceso a la asistencia legal: • Regular el mercado legal, particularmente el control ético de la profesión. • Fomentar sistemas de seguros legales destinados a la clase media. • Admitir la comparecencia personal de las partes en instancias de mediación y en los procedimientos judiciales. • Fortalecer los sistemas de asistencia jurídica, mejorando su cobertura y gestión

Uso eficiente de los recursos públicos	1. Regresividad del gasto en justicia	1. Políticas para focalizar el gasto: • Tasas judiciales de acuerdo a costes reales (financiamiento de la reforma) • Subsidios efectivos para las personas más pobres • Operación eficiente de las costas judiciales
	2. No siempre se elige la alternativa menos costosa para proveer tutela jurídica	2. Políticas para analizar, según la pertinencia al tipo de conflicto o asunto de que se trate, las siguientes alternativas: • Desjudicialización • Mediación • Arbitraje • Litigación a través de Internet (mediación y arbitraje a través de internet, lo que tiene sentido en la medida en que crecientemente los contratos se celebran a través de de ese mismo medio.
	3. Gestión ineficiente del sistema	3. Reforma a la gestión: • Tribunales pluripersonales • Administración profesional • Redefinir perfil y rol de los empleados judiciales • Apoyo tecnológico adecuado • Reingeniería de procesos en función del producto que se quiere entregar
Seguridad jurídica y correcto funcionamiento del sistema económico	1. Ausencia de jurisprudencia	1. Generación de jurisprudencia: • Reducir el tamaño de las Cortes Supremas y acentuar su función unificadora de las sentencias • Consagrar el certiorari • Hacer operativos mecanismos de uniformación de fallos contradictorios • Dotarle amplio valor obligatorio a ciertas resoluciones judiciales (en determinaos asuntos o la repetición de fallos equivalente) • Difundir ampliamente las resoluciones judiciales
	2. Fallos económicamente incorrectos	2. Mejorar el grado de conocimiento en temas económicos, particularmente los complejos: • Mejorar la formación en economía de los jueces • Generar instancias especializadas y profesionales para determinados tipos de conflictos (por ejemplo, litigación en asuntos de libre competencia) • Incorporación de paneles de expertos en la resolución de ciertos litigios

BIBLIOGRAFÍA

BID *Justicia y Desarrollo en América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo. Washington DC, 1993

CEJA *Reporte Sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002 – 2003*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Santiago, 2003.

CEJA *Reporte Sobre la Justicia en las Américas 2004 - 2005*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Santiago, 2005

CERIAJUS Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia, *Los problemas de la Justicia en Perú: Hacia un enfoque sistémico*, Comisión Andina de Juristas, 2004.

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL, FACULTAD DE DERECHO PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA, ASOCIACIÓN DE JUECES POR LA JUSTICIA Y DEMOCRACIA, *Proyecto Justicia Viva, Manual del Sistema Peruano de Justicia*, Lima, 2003

MINISTERIO DE JUSTICIA, *Reforma do Judiciario, Perspectivas, Diagnosticos e Pesquisas*, Brasil, Março 2005.

UNIDOS POR LA JUSTICIA, *Índice de la Justicia*, Abril 2003, http://www.unidosjusticia.org.ar/proyectos.htm

Becker, Gary *El Enfoque Económico de la Conducta Humana*, Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 1998 (Traducción de Peña, Carlos, De la Maza, Iñigo, Úrzua, Sonia).

Chayer, Héctor; Del Carril, Santiago *Las Etapas del Proceso Ejecutivo*, FORES, 2003, inédito. Chayer, Héctor Mario y Ricci, Milena *EL Trámite del Proceso Ejecutivo y las Nuevas Secretarías del Fuero Comercial*, FORES, 2001, inédito

Elena, Sandra y otros *Barreras para la Ejecución de Sentencias Judiciales en el Perú: Triunfar en las Cortes solo la mitad de la batalla, Una perspectiva desde la pequeña empresa y otros usuarios*, IFES Rule of Law ocasional paper series Abril 2004, inédito.

Fachado, Pedro; Figueiredo, Luiz Fernando y Lundberg, Eduardo *Notas Técnicas del Banco Central de Brasil*, Nº 35, 2003.

Garavano, Germán *Los Usuarios del Sistema de Justicia en Argentina*, FORES, inédito, 2000. García, José Francisco y Leturia, Francisco Javier *Justicia Civil: Una Reforma Pendiente*, Serie Informe Político, Nº 88, Febrero 2005.

Guerra, María Elena *Hacia una Justicia de Paz, un Asunto de Interés Nacional*, Editora Jurídica Grijley, Perú, 2005.

PNUD *Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia. América Latina y el Caribe.* Materiales de Trabajo. Buenos Aires, 2005.

Polinsky, A. Mitchel*Introducción al análisis económico del derecho*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1985.

Posner, Richard*The Economics of Justice,* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, sixth printing, 1996

Roemer, Andrés*Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México, 1994.

Vargas, Juan Enrique *Eficiencia en la Justicia*. En *En Busca de una Justicia Distinta. Experiencias de Reforma en América Latina.* Luis Pásara, compilador. Consorcio Justicia Viva. Lima, 2004

Vargas, Juan Enrique *Financiamiento Privado de la Justicia: Las Tasas Judiciales*. Revista Sistemas Judiciales N° 9. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales. Buenos Aires, 2005.

Vargas, Juan Enrique; Peña, Carlos y Correa, Jorge, *El Rol del Estado y el Mercado en la Justicia.* Cuadernos de Análisis Jurídico N° 42. Universidad Diego Portales. Santiago, 2001

REFORMA A LOS PROCESOS CIVILES ORALES:

CONSIDERACIONES DESDE EL DEBIDO PROCESO Y CALIDAD DE LA INFORMACIÓN

Mauricio Duce
Felipe Marín
Cristián Riego[1]

INTRODUCCIÓN

El proceso de reforma a los códigos de procedimiento civil no es nuevo en nuestra región. La mayoría de nuestros países fue colonia española y recibimos el ordenamiento procesal civil de dicha tradición. Así, el Código de Procedimiento Civil uruguayo de 1877 estaba inspirado en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 o el código chileno de 1902, que también tiene sus bases en las Siete Partidas y la Novísima Recopilación[2]. Esta regulación hoy anticuada, diseñada para una realidad social y económica muy diferente a la actual, ha sido y sigue siendo criticada por diversos frentes, surgiendo desde hace algunas décadas distintos esfuerzos para proponer nuevas alternativas.

En este proceso de búsqueda de nuevas opciones, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal realizó un notable esfuerzo al diseñar el Código Modelo o Código Tipo del Proceso Civil para Iberoamérica con el objeto de ofrecer un nuevo proceso aplicable a toda nuestra región (esfuerzo que se inició a finales de la década de los ´60 y que concluyó el año 1988). Este modelo

1 Los autores son profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales en Santiago de Chile.

2 Véase Santiago Pereira C., *Una Experiencia Exitosa: Reforma Procesal Civil en Uruguay*, en Justicia Civil y Comercial: Una Reforma Pendiente, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago 2006, p. 750. Véase también Arturo Onfray Vivanco, Comentario a la Conferencia del Profesor Dr. Luis María Simón, en Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Ediciones Especiales Nº 17, Universidad Diego Portales, Santiago 2004, p. 76.

fue tomado en gran parte por Uruguay en el Código General del Proceso que ha sido hasta el momento la experiencia de proceso "por audiencias" en materia civil hacia donde más se ha mirado como referencia en nuestro contexto regional. Normativas posteriores de reforma han sido, entre otras, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000 y los nuevos tribunales de familia chilenos del año 2005, al que debe agregarse el nuevo proceso laboral. En lo esencial, todos estos nuevos ordenamientos civiles (no penales) han tenido como factor común el intento de modernizar nuestros procedimientos para que respondan de mejor manera a los diversos valores que hoy consideramos importantes proteger – como el debido proceso – y a los problemas que aquejan a nuestros sistemas judiciales, como la congestión, lentitud y poca transparencia, los que han sido resueltos con distintos grados de éxito. Estas reformas también han tenido como denominador común el cambio hacia sistemas en que se privilegia la oralidad para obtener la mejor concreción de la inmediación, asegurando la participación directa del juez en el proceso.

Actualmente este proceso evolutivo hacia mejores procedimientos sigue en marcha. Así, sólo a modo ejemplar, en Chile nos encontramos discutiendo un conjunto de otras reformas que pretenden modernizar el proceso para conocer las infracciones tributarias y aduaneras, como también una reforma del proceso civil general, entre otras que de seguro vendrán en un futuro cercano. Por lo mismo, estamos frente a un escenario propicio para continuar pensando cuáles debieran ser las bases fundamentales sobre las que estas nuevas legislaciones procesales debieran operar.

A partir del estudio que hemos realizado para este trabajo y de nuestra propia experiencia acumulada, estimamos que este proceso de reforma hacia nuevos procesos civiles adolece de diversos problemas, entre los cuales destacaremos aquí dos que consideramos están en su base: En primer lugar, consideramos que el debido proceso no ha sido considerado suficientemente como el criterio orientador al momento de diseñar los nuevos procedimientos y, en segundo lugar, que el juicio oral no está diseñado de una manera que permita depurar eficientemente la información que el tribunal usará como materia prima para dictar la sentencia.

El primero de estos problemas es de la máxima importancia ya que se relaciona con la forma misma de concebir al proceso judicial y sus objetivos. Se trata de la determinación del punto de partida, del criterio orientador desde el cuál se diseñará todo el proceso judicial. Dependiendo de cuál sea el punto de partida elegido, se definirán las instituciones que lo compondrán y la relación que existirá entre cada una de ellas. Como se puede apreciar, el impacto que tendrá la elección del punto de partida es trascendental: Dos puntos de partida diferentes concluirán con dos procesos judiciales diversos, con distintas instituciones y distintas relaciones entre ellas.

Desde este punto de vista, estimamos que uno de los problemas que tradicionalmente hemos tenido en nuestros países ha sido el de analizar el proceso judicial desde un paradigma en el que se ha privilegiado un conjunto de lineamientos que poco a poco fueron alejando al proceso civil de los valores básicos que deben inspirar la creación de cualquier proceso judicial en un Estado democrático moderno y que entendemos debe ser el "punto de partida" antes mencionado: las garantías procesales o debido proceso. Así, ha sido común el estudio del proceso civil desde la idea de los llamados "principios formativos del procedimiento" en los cuales se establecen diversas orientaciones de carácter descriptivo, desprovistas de valor normativo, cuya función central sería la de guiar al legislador o al doctrinario en el estudio y análisis del proceso civil. De esta forma, el debido proceso – como paradigma a partir del cual se deben estructurar los procesos en todo tipo de materias – no ha sido considerado como un factor relevante.

En relación al segundo problema planteado, creemos que en los procedimientos civiles (reformados y no reformados) falta evolucionar hacia un diseño de las reglas sobre la prueba que refuercen uno de los objetivos del juicio que estimamos primordial y que también debe constituir un punto de partida de su diseño: La información con la que cuenta el juez para tomar la decisión final del asunto debe ser de muy buena calidad. El juicio, por lo mismo, debe constituirse en un mecanismo muy eficaz para depurar la información sobre la cual se han de tomar decisiones de gran relevancia, tales como las que dicen relación con los derechos y obligaciones civiles de una persona (tuición, divorcio, cumplimiento de contratos, etc.) y, para ello, la clave está en la forma en que se ingresa y se valora la prueba en el juicio: Las reglas de la prueba.

En los sistemas procesales civiles reformados la regulación de la prueba aparece sujeta a una serie de criterios que pretenden superar las fórmulas inquisitivas tradicionales con miras a lograr una mejor calidad en el proceso de su producción y valoración. Esos criterios o principios son los de oralidad, inmediación, contradicción y, con mayor o menor énfasis en cada caso, de publicidad. Por otra parte, en cuanto a la valoración de la prueba rendida en juicio, existe en los procesos de reforma un esfuerzo por abandonar algunos aspectos del sistema de prueba tasada y enfatizar un sistema de valoración más libre como el de la sana crítica. Sin duda que la proclamación de todos estos principios constituye un paso importantísimo en el contexto de países que se encontraban apegados a una práctica de prueba escrita muy rígida y en donde la lógica de la prueba legal o tasada ha mantenido una influencia enorme. Además, es claro que la evolución de los sistemas legales pasa muchas veces por avances parciales y cambios incrementales, por lo que no cabe si no valorar la contribución que reformas como las planteadas han hecho en favor de un sistema de justicia civil con un sistema probatorio más moderno. No obstante, también estimamos importante examinar cuáles son algunas de

las limitaciones de esos avances en el camino hacia un sistema probatorio más depurado, para lo cual analizaremos varias de las normativas reformistas relevando los puntos en los que nos parece existen áreas de la prueba que deben ser mejorados para convertir al juicio en una herramienta que permita lograr de mejor manera el objetivo de depurar la información que ha ingresado a él.

En lo que sigue de este trabajo intentaremos entonces explicar cómo debiera diseñarse un proceso civil tomando como punto de partida al debido proceso y al juicio oral como mecanismo eficaz de depuración de la información, mostrando con ello por qué estimamos que sin un cumplimiento efectivo de éstos cualquier reforma a los procesos judiciales no estará a la altura del desafío y pondrá en riesgo la oportunidad histórica de lograr procesos judiciales modernos, eficaces y respetuosos de los derechos de las personas.

Como explicaremos con más detalle en el capítulo sobre debido proceso, queremos señalar desde ya que esta forma de aproximarse a la construcción del proceso civil – desde la noción del debido proceso y del juicio como un instrumento eficaz para la depuración de la información – no se contradice con otras aproximaciones que van modelando también la forma del proceso judicial, como aquellas que provienen de las políticas públicas. De esta manera, formas de litigación más rápidas y menos costosas a través de procedimientos simplificados o monitorios, por ejemplo, no son contradictorias con el concepto de debido proceso ya que éste admite grados distintos de aplicación dependiendo de diversos factores, como la voluntad de las partes en conflicto en orden a renunciar a ciertas garantías o de la gravedad de las consecuencias de la decisión que se somete a consideración del tribunal, por lo que un proceso judicial respetuoso del debido proceso, con un juicio oral eficiente en la depuración de la información, no constituye *a priori* una traba para la administración eficiente de los recursos públicos, siempre escasos, invertidos en la justicia. Esto es aun más claro en todos aquellos casos en los que no exista controversia entre las partes, como ocurre en la mayoría de los procedimientos de ejecución. Aquí el espacio para lograr soluciones rápidas y baratas es aun más amplio.

CAPÍTULO I

EL DEBIDO PROCESO EN MATERIA PROCESAL CIVIL: ALCANCES Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES

El objetivo de este primer capítulo será revisar los elementos centrales que constituyen uno de los dos puntos de partida sobre los cuales hemos señalado debiera organizarse la legislación procesal civil: El debido proceso. Para ello revisaremos en primer lugar los alcances y contenidos básicos que integran la

noción de debido proceso contenida en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Luego nos detendremos en la descripción del juicio oral, no visto aquí como herramienta de depuración eficaz de la información ingresada a él, sino como el aspecto medular, en nuestra opinión, del debido proceso y que constituye la garantía central que debe guiar la estructuración de todo el resto del procedimiento.

1.- DEBIDO PROCESO: NOCIONES GENERALES Y ALCANCES BÁSICOS

1.1.- Noción General.

Una idea central de un Estado Democrático de Derecho contemporáneo es que no es posible determinar derechos u obligaciones de las personas sin que exista un proceso previo en el que se cumplan unos ciertos mínimos. Estos mínimos se agrupan contemporáneamente bajo la noción de "debido proceso". La idea de debido proceso está constituida por un conjunto de parámetros o estándares básicos que deben ser cumplidos por todo proceso para asegurar que la discusión y la determinación de derechos que están en cuestión se haya realizado en un entorno de razonabilidad y justicia para las personas que intervienen en su desarrollo.[3]

Se trata, en todo caso, de una noción compleja y que ha sido objeto de estudio y debate intenso. Por lo mismo, un esfuerzo por conceptualizarla en una forma más precisa pareciera ser una tarea sin mucho sentido. Lo que sí es necesario dejar en claro es que su objetivo central es el establecimiento de condiciones que aseguren a todos quienes intervienen en un proceso, pero especialmente a aquellos cuyos derechos y obligaciones están bajo determinación judicial, que dicho proceso asegure razonablemente que puedan manifestar sus puntos de vista y controvertir los de su contraparte, todo ello en un entorno de juego limpio o con las garantías, como la ha dicho la Corte In-

3 Esta idea es expresada con claridad en el voto de minoría del juez García Ramírez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Sentencia de 7 de septiembre de 2004, en el caso Tibi contra Ecuador, al señalar en su considerando 27: "El debido proceso *--due process*, de raíz anglosajona, que en algún país se traduce como garantías esenciales del procedimiento--, es una de las más formidables herramientas para la protección de los derechos. Además constituye, él mismo, un derecho y una garantía para el justiciable. Permite o realiza la tutela judicial efectiva. Implica acceso a la justicia formal, como audiencia, prueba y argumento, y material, como cauce para la obtención de una sentencia justa. Es limpieza y equilibrio en el empleo de las armas que se permiten al acusador y se depositan, igualmente, en las manos del inculpado, así como objetividad, serenidad y voluntad de dar a cada quien lo suyo por parte del tribunal; en suma, *fair trial.* Todas estas nociones, cada una con su propia caracterización y su emplazamiento en los órdenes jurídicos nacionales, tienen un denominador común en su origen, desarrollo y objetivo, y pueden congregarse en el concepto de debido proceso."

teramericana de Derechos Humanos, que "*sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho*".[4]

Esta noción no ha sido recogida adecuadamente en muchas de nuestras legislaciones procesales ni incluso en nuestras constituciones. Por ejemplo, en el caso chileno, la primera manifestación de la noción de debido proceso se encuentra en la Constitución de 1980 que, en su artículo 19 nº 3, se refiere a la necesidad de un justo y racional procedimiento.[5] Hoy sabemos que esa cláusula fue introducida como producto de una inquietud de los miembros de la comisión constitucional que funcionó durante el gobierno militar (especialmente en la década de los ´70) y que obedeció a una información bastante general y vaga acerca del contenido de esta garantía en el ámbito internacional y comparado. A partir de esa cláusula constitucional diversos autores han intentado aproximarse a construir una noción mas clara del debido proceso con el fin de hacerla operativa. No obstante estos esfuerzos han tenido la limitación de intentar buscar los elementos del debido proceso en la práctica judicial chilena, en la que esta noción era hasta hace poco desconocida, y por lo tanto no se trató de un camino muy fructífero. Es por eso que la introducción de esta cláusula tuvo muy poco impacto en la configuración de los procesos chilenos. Así, tanto la doctrina constitucional como procesal tendieron a derivar de la cláusula constitucional algunas reglas formales como elementos constitutivos del debido proceso (por ejemplo, la notificación o emplazamiento) que lejos de poner en cuestión a los procesos vigentes, ayudaron a legitimarlos pese a ser muy cuestionables en las bases de su diseño.[6] Desafortunadamente esa doctrina ha tenido un impacto persistente en la jurisprudencia chilena.[7]

4 Véase Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987 (Garantías Judiciales en Estados de Emergencia).

5 Dicha cláusula presenta diversos problemas técnicos en su redacción, partiendo por entregarle al legislador la definición de qué es lo que constituye un procedimiento racional y justo, todo lo cual ha sido fuertemente criticado por la doctrina nacional. Entre otros véase Alex Carocca, ob. cit.

6 En este sentido véase por ejemplo Enrique Evans de la Cuadra, Los Derechos Constitucionales tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1986, págs. 28 a 32 y José Luis Cea, Constitución de 1980, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Cap. XIV, págs. 298 a 312, en donde incluso llega a concluir a propósito de un análisis comparativo entre el diseño del proceso civil en Chile a principios de los años ´80 con las exigencias del debido proceso que "Demostrado ha quedado, sin embargo, que la legislación civil chilena cumple con los once requisitos que, sin intención taxativa, la Comisión consignó en sus actas" (página 312).

7 Por ejemplo, véase la Sentencia del pleno de la Corte Suprema del 8 de agosto de 2000 referida al desafuero de Augusto Pinochet en su considerando 21 en el que cita explícitamente a esta doctrina. Más recientemente pueden verse un conjunto de decisiones del Tribunal Constitucional que siguen la misma lógica e invocan las mismas fuentes. Véase causas roles nº 478-2006 y 481-2006.

1.2.- Características básicas.

a) El debido proceso es complejo:

En este escenario nos parece importante detenernos en algunas de las características básicas de esta noción que no son objeto de debate en la actualidad y que resultan interesantes de ser brevemente explicadas para comprender mejor la lógica de esta institución. Una primera característica central de la noción contemporánea del debido proceso es que está constituida por múltiples manifestaciones específicas. Es decir, que el debido proceso es una noción compleja desde el punto de vista de sus componentes. En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al definir la idea de debido proceso, ha señalado que éste está constituido por: "*...el conjunto de condiciones que deben cumplirse para la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial*".[8] Es decir, la Corte también ha evitado una conceptualización o delimitación precisa de su contenido y lo ha entendido como un conjunto relativamente abierto de mínimos o condiciones que deben cumplirse y que son enumerados en el artículo 8 de la Convención. Algo similar ha dicho el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Comentario General nº 13, referido al artículo 14 de aquella convención, cuando señala que se trata de una norma de "*naturaleza compleja*" que se integra "*con diversas provisiones*" que requieren comentarios específicos.[9]

b) El debido proceso está integrado por estándares y no por reglas:

Una segunda característica es que este conjunto de exigencias mínimas que integran al debido proceso suelen presentarse en la legislación internacional más bien como estándares generales que como reglas precisas y que, por lo mismo, requieren de trabajo argumentativo para ser aplicables a situaciones fácticas concretas.[10] Nos parece que la expresión acuñada por la Corte Suprema de los EE.UU. hace más de 30 años resulta muy clara para ver los alcances de la noción de debido proceso complementando lo ya señalado. Así, esa corte ha planteado que una persona tiene derecho a ser juzgada en un "*fair trial*" (expresión que en el mundo anglosajón es utilizada en forma sinónima a debido proceso o *Due Process*) y no en un "*perfect trial*".[11] Con esto, se pretende

8 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 9/1987 ("Suspensión de las Garantías en Estados de Excepción").

9 Véase Comité de Derechos Humanos Comentario General nº 13, (Sesión 21, 1984).

10 Sólo a modo ejemplar para graficar el punto obsérvese, entre otras, la redacción del derecho a disponer del "tiempo y medios adecuados para preparar la defensa" regulada tanto en el artículo 14.3 b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en al artículo 8.2 c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este caso queda de manifiesto que los tratados internacionales sólo regulan un estándar general que debe ser precisado jurisprudencialmente en su aplicación caso a caso dependiendo de las circunstancias específicas del mismo.

11 Michigan v/s Tucker 417 U.s. 433 (1974)

expresar que una de las características centrales del debido proceso tiene que ver con la necesidad de aplicar en cada caso un criterio de razonabilidad, esto es, para considerar si es que en una circunstancia cualquiera se han cumplido o no las exigencias de las garantías es necesario considerar en concreto los valores que ellas proclaman en relación con los demás valores del sistema, al mismo tiempo que las limitaciones propias de la realidad, como son la natural tendencia de las personas a cometer errores y las limitaciones de tiempo y recursos, por ejemplo. De este modo podemos decir entonces que la exigencia de un "*fair trial*" debe ser aplicada en consideración a las circunstancias concretas, entendiendo que las imperfecciones que necesariamente existirán pueden o no cuestionar la legitimidad del juzgamiento según afecten o no su razonabilidad. Por lo mismo, el debido proceso jamás puede ser considerado como un conjunto de reglas rígidas vinculadas a las formas de los procedimientos, sino un conjunto de requerimientos sustantivos para lograr la razonabilidad buscada por el sistema. Es decir, el debido proceso no se traduce en mandatos binarios en los cuales sea posible hacer juicios absolutos, sino más bien entrega márgenes de discreción importante a los Estados para que puedan establecer reglas que cumplan con los mínimos, cuestión que normalmente se revisará caso a caso ponderando los valores que están en juego.

c) El debido proceso admite distintos grados de aplicación:

Una tercera característica del debido proceso es el de su proporcionalidad, muy vinculada a su característica de razonabilidad. De acuerdo a la proporcionalidad del debido proceso, cada uno de sus componentes no siempre será aplicado con la misma intensidad en todos los casos por igual, sino que admitirá distintos grados o fuerza de aplicación dependiendo de ciertas circunstancias concretas. Así, una de las circunstancias determinantes para establecer la intensidad de la aplicación de alguno de sus componentes es la magnitud de las consecuencias que tendrá la decisión judicial final en los derechos de los litigantes: Mientras más graves sean las consecuencias de la decisión que tomará el juez, aplicaremos más resguardos para evitar los resultados indeseados de un error en dicha decisión. Esta característica – la proporcionalidad – es bastante intuitiva y es consistente con la forma en que naturalmente razonamos en nuestra vida cotidiana. Si vamos a hacer nuestra compra semanal al supermercado no exigiríamos ver todos los papeles en regla del vendedor y tener copia de ellos antes de hacer nuestra compra, pero si estaríamos dispuestos a pasar por estas molestias si lo que vamos a comprar es una casa. Un error en el segundo caso nos puede hacer perder mucho más que en el primero y, por lo tanto, tomamos los resguardos proporcionales en cada caso para evitarlo. Es en este sentido que el debido proceso es proporcional: Tomamos protecciones proporcionales a la importancia de la decisión que enfrentamos.

Así entonces, tomando a modo de ejemplo el elemento del debido proceso que denominaremos "convicción del tribunal", podríamos afirmar que todo tribunal como mínimo, independientemente de las materias que deba conocer, debe fallar a favor del que más lo haya convencido respecto de la ocurrencia de los hechos que sustentan el derecho invocado. Si un tribunal resuelve a favor de la parte que no logró probar su caso, dudaríamos de la imparcialidad de los jueces y, en consecuencia, de lo justo o debido del procedimiento (esto sin considerar reglas de excepción que establezcan presunciones legales o cambios en la carga de la prueba que puedan beneficiar a la parte). Pero este elemento "convicción del tribunal", mínimo que siempre debe estar presente, no se aplicará siempre con la misma intensidad en todos los casos, sino que con proporcionalidad: El juez siempre deberá estar convencido, pero el grado de convicción (cuánto debe estar convencido) podrá variar dependiendo de las consecuencias de la decisión sometida a su conocimiento. De esta manera, y esto es una cuestión indiscutida, cuando se arriesga en un juicio perder la vida (pena de muerte) o la libertad por muchos años, estaremos dispuestos a exigirle al tribunal estar "muy convencido" de condenar o, en caso contrario, absolver. Esto se traduce en un estándar penal de convicción alto, como el de convicción "más allá de toda duda razonable". Siguiendo este estándar de convicción, si en el caso presentado por el acusador hay una, y sólo una duda razonable, no estaremos dispuestos a correr el riesgo de habernos equivocado pues el precio será muy alto e irreparable. En cambio, cuando lo que se arriesga es una afectación de derechos de menor envergadura, como en general se entienden las cuestiones civiles en relación a las penales, estaríamos dispuestos a acercarnos a un estándar de convicción más ordinario y cercano al que usamos habitualmente y que constituye por ello la regla general: el juez fallará a favor del que tiene la carga de la prueba cuando le crea más a éste que a la contraparte. Esto es lo que en el sistema legal de Estados Unidos es llamado "preponderancia de la prueba".[12] De acuerdo a este otro estándar de convicción, si la balanza se inclina hacia el demandante, a éste se le adjudicará la razón. Si, al contrario, la balanza se inclina hacia el demandado, no se le adjudicará la razón al demandante. En términos numéricos, y sólo a modo ilustrativo, esto sería equivalente a decir que el demandante ganará el juicio si es capaz de convencer al juez en un 51%.[13] En cambio, en un juicio penal, con un estándar más alto debido a las consecuencias de la decisión, el acusador obtendrá la pena solicitada sólo si logra convencer al tribunal en más de un 90%.[14] Por

12 En inglés *preponderance of the evidence*, definida como "El mayor peso probatorio; Peso probatorio superior que, aunque no suficiente para liberar completamente la mente de toda duda razonable, es aun suficiente para inclinar una mente justa e imparcial hacia un lado del asunto en lugar del otro" (traducción libre de los autores). Véase Black´s Law Dictionary, Second Pocket Edition, West Publishing, St. Paul, Minn., 2001, pág. 547.

13 Este es el estándar utilizado más ampliamente en materia civil en los Estados Unidos. Véase Black´s Law Dictionary, West Publishing, Sexta Edición, ST. Paul Minn., 1991, pág. 819 ó Black´s Law Dictionary, West Publishing, Second Pocket Edition, St. Paul, Minn., 2001, pág. 547.

14 Los porcentajes señalados no pretenden ser una afirmación matemática auténtica, sino que sólo ilustrar la idea de que la convicción "más allá de toda duda razonable" es más alta que el estándar de "preponderancia de la prueba", al mismo tiempo que ilustrar que no se requiere de una plena certeza o convicción más allá de toda duda (100% de convicción) para lograr una condena. Un análisis detallado sobre el estándar de convicción de más allá de duda razonable en la legislación

lo tanto, de acuerdo a la proporcionalidad, el estándar de convicción en materia penal y civil puede ser distinto y, a pesar de ello, ambos procesos pueden calificarse de debidos o justos si cumplen con los mínimos proporcionalmente.

Esta misma característica de la proporcionalidad puede ser encontrada no solo entre los distintos subsistemas de justicia (civil, penal, laboral, etc.), sino que también dentro de cada uno de estos subsistemas, como ocurre cuando entre diversas materias de carácter civil se determina cuál será el procedimiento a seguir dependiendo de la cuantía de lo demandado o entre diversas materias de carácter penal cuando se determina el procedimiento de acuerdo a la gravedad de la pena que arriesga el imputado en caso de condena. Así, no todos los procedimientos civiles tendrán el mismo debido proceso, ni lo tendrán tampoco todos los procedimientos penales entre sí. Cada subsistema determina cuáles de sus decisiones serán aquellas tratadas con el cuidado común y corriente y cuáles tendrán un cuidado mayor. De esta manera, de acuerdo a la gravedad de la decisión civil o penal, se aplicarán distintos procedimientos, unos que aplicarán más (y otros que aplicarán menos) intensamente las distintas garantías del debido proceso. De acuerdo a esta proporcionalidad, el procedimiento ordinario tendrá las garantías desarrolladas de una manera más intensa pues estará destinado a resolver los asuntos de mayor envergadura, pero habrá procedimientos más sencillos, reservados a los asuntos que el sistema defina como menos relevantes, en los que las garantías del debido proceso existen, pero exigibles en una intensidad menor. En un proceso penal, por ejemplo, en el que la sanción que arriesga el imputado es el pago de una multa en dinero, no se tendrán los mismos resguardos que si el imputado arriesgara una pena que lo prive de su libertad. En un proceso civil, por su parte, en el que el demandante solicita se le restituya la propiedad de un bien de poco valor no se tendrán los mismos resguardos que si lo que el demandante solicitara fuera una indemnización millonaria que podría hacer quebrar al demandado.

Es justamente esta característica de la proporcionalidad la que permite la entrada – y fija también los límites – de las propuestas que pretenden dar forma a los procesos judiciales desde la perspectiva de las políticas públicas, la economía y el análisis económico del derecho. Así, por ejemplo, un objetivo desde alguna de estas perspectivas será obtener una decisión jurisdiccional al conflicto siguiendo el procedimiento menos costoso en el menor tiempo posible. Para ello podría ser conveniente que el juez resolviera adjudicándole o no la razón a la parte demandante (sentencia) sólo con el mérito de la versión presentada por el actor por escrito en la demanda, sin audiencia y sin escuchar lo que tenga que decir el demandado. Sólo si la contraparte, una vez notificada la demanda junto con de la decisión judicial ya tomada, se opone a lo resuel-

procesal penal chilena puede verse en Mauricio Duce y Cristián Riego, Proceso Penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2007, págs. 483 a 502.

to, se tendría que realizar un juicio que cumpla con los mínimos del debido proceso. Esto, que en abstracto a muchos les podría parecer aberrante desde el punto de vista del derecho a la defensa, es lo que conocemos hoy como el procedimiento monitorio, presente en varias de las legislaciones reformadas tanto en materia civil como penal, y que nos permite ahorrar una cantidad importante de recursos públicos, aumentar la rapidez de los procedimientos y utilizar mejor el tiempo de nuestros jueces en los asuntos donde su presencia realmente hace la diferencia (todo esto, por supuesto, si los sistemas judiciales están además bien gestionados). Este tipo de procedimiento salva las críticas desde el punto de vista del debido proceso en la medida en que el demandado mantiene la posibilidad de exigir la realización de un verdadero juicio si no está conforme con lo resuelto, pero la gran diferencia radica en que el sistema hace recaer sobre él la carga de exigirlo. Si el demandado no exige su derecho a juicio, se entiende entonces que la decisión judicial es legítima pues el mismo demandado ha renunciado voluntariamente a mayores resguardos o garantías que están establecidas a su favor y de las cuales es titular.

El anterior es sólo un ejemplo dentro de los diversos mecanismos que pueden ser utilizados en un procedimiento para lograr ciertos objetivos de política pública que pueden traer importantes resultados para una correcta administración de la justicia. Sin embargo, aunque esta parece ser una vía muy atractiva que podría replicarse en todo tipo de asuntos, ha estado generalmente reservada para ciertos conflictos civiles o para sanciones penales menores debido a los límites que impone la proporcionalidad: Si tenemos que resolver un asunto de mayor impacto en los derechos de las personas, entonces cautelaremos con más intensidad la corrección de su resultado prefiriendo, de acuerdo a nuestro ejemplo, un proceso en el que, antes de decidir, se escuche al demandado o acusado en una audiencia oral, pública y contradictoria, aunque esto implique mayores gastos. La decisión acerca del límite de las materias susceptibles de este tipo de arreglos institucionales de políticas públicas es difuso y variará de lugar en lugar de acuerdo a los valores preponderantes, por lo que resulta imposible establecer un parámetro o criterio único y claro que sirva para definir con pretensiones universales en qué casos procede, por ejemplo, hacer aplicable un procedimiento monitorio y en qué casos será desproporcionado. Para graficar esto baste el siguiente ejemplo: En Chile el poder legislativo decidió que los fiscales del Ministerio Público estarían facultados para negociar con el imputado el monto de su pena ofreciéndoles rebajarlas, logrando así entregarles suficientes incentivos a estos últimos para que renunciaran a su derecho a un juicio oral, reduciendo por consiguiente la carga de trabajo del sistema al bajar cantidad de juicios realizados. Si el imputado renunciaba a su derecho a un juicio oral, entonces el juez podía condenarlo sólo sobre la base de los antecedentes en poder del fiscal. La decisión de permitir condenar sin juicio se justificaba en que el juicio oral es un derecho del imputado, una garantía a su favor, y por lo tanto si éste la quería

renunciar por alguna razón que lo beneficiara, estaba en todo su derecho ya que no podía usarse la garantía en contra sus propios intereses. Además, esta decisión la tomaría asesorado porque siempre contaría con la asistencia de un letrado profesional garantizado por el Estado y el juez debería velar porque su voluntad de renuncia fuese libre y con conocimiento de sus derechos. Sin embargo, el mismo poder legislativo le puso límites a este poder de negociar. Si la pena solicitada por el fiscal era superior a cinco años y un día, debía realizarse un juicio oral, público y contradictorio previo a la aplicación de una pena sin posibilidad de que el imputado pudiera renunciar a este derecho. Como este ejemplo nos muestra, en Chile se estimó que si la pena a aplicar era superior a cinco años de privación de libertad, ya no se estaba dispuesto a correr los riesgos de una renuncia equivocada del imputado de su derecho a juicio oral producto de presiones indebidas, de mala asesoría, en definitiva, de un error. En casos de pena superior a cinco años, aunque el imputado aceptara públicamente su culpabilidad, un tribunal debía verificar la información que tenía el ente acusador antes de someter al acusado a una condena de tal magnitud. Incluso más, se estipuló una norma que prohibía la condena en juicio de una persona sólo sobre la base de su confesión. El acusador debía siempre probar su caso más allá de una duda razonable. En definitiva, de acuerdo a lo que venimos explicando, para el poder legislativo chileno no pareció adecuado dar paso a una política pública de disminución de juicios orales en casos de penas superiores a cinco años de privación de libertad pues le pareció, en nuestra nomenclatura, desproporcionado. Es decir, no había resguardos suficientes en el acuerdo de penas en relación a la magnitud de un posible error. Pero así como en el caso chileno el límite se puso en penas superiores a cinco años, en otros sistemas no existe límite, aun en otros derechamente no existe la posibilidad de negociar y, en fin, habrá otros en que el límite sea superior o inferior a cinco años y un día. ¿Por qué el límite en cinco años y un día? ¿Por qué no tres años y un día? ¿Por qué no diez años y un día? Y así podríamos seguir con otras preguntas: ¿Por qué permitir litigar por Internet sólo causas de menos de mil dólares? ¿Por qué no en causas de menos de cinco mil? ¿Cómo fijar el límite? Como ya señalábamos resulta imposible establecer un parámetro o criterio único y claro que sirva para definir con pretensiones universales cuál es el espacio exacto para el desarrollo de políticas públicas en materia de justicia. El límite dependerá en muchos casos de las características propias de cada realidad, como el ingreso *per capita* de un país o de su determinado sistema jurídico: En Chile el límite de cinco años y un día para negociar penas tiene uno de sus fundamentos en que a partir de dicha pena no es posible para el condenado ser beneficiario de medidas alternativas a la privación de libertad, por lo que en caso de condena, aunque sea la primera en su vida, la cárcel efectiva es la única opción posible.

d) El debido proceso tiene un contenido que evoluciona:

Por último, una cuarta característica está constituida por el carácter progresivo o evolutivo que presentan los diversos componentes del debido proceso, es decir, que ellos no tienen un significado estático en el tiempo sino que van evolucionando de manera de ir incorporando nuevas dimensiones o ampliando los alcances que tradicionalmente se daban a algunos de sus componentes. Así, por ejemplo, la Opinión Consultiva OC-16/99 de la Corte Interamericana señala sobre este punto que "*el desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales… Es así como se ha establecido en forma progresiva, el aparato de garantías que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse otras garantías aportadas por diversos instrumentos de derecho internacional*".[15]

1.3.- Las Exigencias de Debido Proceso Contenidas en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

De esta última cita podemos también obtener la idea que un buen punto de partida en el trabajo de delimitación de las garantías individuales que forman parte del debido proceso es la revisión de las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos, las cuales intentan desagregar esta noción genérica en varios contenidos específicos. Los tratados internacionales y la jurisprudencia que éstos han generado, representan hoy día un cierto consenso internacional acerca de las garantías mínimas que debieran reconocerse por todos sus estados parte a las personas cuyos derechos y obligaciones están bajo determinación judicial. Así, los principales estándares que pertenecen a la noción de debido proceso han sido desarrollados por la Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 6 (en adelante "Convención Europea"), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 (en adelante "el Pacto") y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8 (en adelante "Convención Americana").[16] Todos estos instrumentos internacionales contienen regulaciones muy similares en materia de garantías del debido proceso para todo tipo de casos. A su vez, ellas han sido objeto de importantes desarrollos en el trabajo de los tribunales internacionales encargados de su aplicación. Por ejemplo, como lo destaca Shermers respecto de la Conven-

15 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999 (El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso legal), párrafo 117.

16 Es importante recordar que los dos últimos han sido ratificados por Chile e incorporados a nuestra legislación interna por medio de su publicación, como así también por la mayoría de los países de América Latina. Más allá del debate doctrinario acerca del rango con el que ambos se incorporan a la legislación interna en los diversos países, en lo que no hay dudas es que se trata de normas vigentes y de obligatoria aplicación por parte de los jueces y, en consecuencia, vinculantes para todos los actores del sistema.

ción Europea, "*El artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos es el artículo más invocado frente a la Comisión Europea y la Corte Europea de Derechos Humanos. Es también el artículo que en los procedimiento ante ambas ha sido más frecuentemente considerado violado*."[17] [18] Sin llegar a los mismos niveles de desarrollo aún, también es posible observar que en el ámbito del sistema interamericano la aplicación del artículo 8 de la Convención es cada vez más importante.

El análisis de los tres textos da cuenta de una estructura relativamente similar. Todos dividen la enumeración de los mínimos en dos tipos de cláusulas. Una primera de carácter genérico (Art. 8.1 de la Convención Americana, Art. 14.1 del Pacto y Art. 6.1 de la Convención Europea) que se aplica en forma directa como exigencia a los procesos que recaen en la sustanciación de procesos penales o para la determinación de "*derechos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*".[19] Una segunda cláusula (más bien grupo de ellas) contiene una enumeración más larga de garantías, las cuales en principio por su redacción parecieran aplicarse en forma exclusiva a los procesos penales.[20]

La cláusula genérica establece como requisito central del debido proceso básicamente cuatro cuestiones. En primer lugar, se establece una exigencia general de juicio justo o "*fair trial*" (en la versión en inglés de las mismas). En su versión castellana, por ejemplo en el caso de la Convención Americana y el Pacto, ella es manifestada en la idea de que el debido proceso involucra el contar con un proceso con "las debidas garantías". Vale la pena resaltar el hecho de que esta primera exigencia da cuenta de una característica muy importante de la idea de debido proceso que proviene de la tradición legal anglosajona que ya hemos mencionado. Nos referimos al hecho de que, a lo menos en esa tradición, estas normas de garantía no tienen la connotación de

17 Véase Henry G. Schermers en el prefacio de Stephanos Stavros, The Guarantess for the Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights, Martinus Nijhoff Publisher, 1993, pág. ix.

18 Si bien los países de América Latina no son parte del sistema europeo de protección de derechos humanos, los desarrollos del mismo son elementos muy significativos para la interpretación de las normas internacionales vigentes en la región, no sólo debido a la similitud de sus reglas, sino porque se trata del sistema regional de protección de derecho humanos más avanzado y con mayor nivel de influencia en el desarrollo de otros sistemas regionales, como el interamericano. Steiner y Alston señalan respecto a este sistema: *"It is of particular importance within the context of international human rights for several reasons: it was the first comprehensive treaty in the world in this field; it established the first international complaints procedure and the first international court for the determination of human rights matters; it remains the most developed of the three regional systems; and its generated a more extensive jurisprudence than any other part of the international system"*, Véase Henry Steiner y Philip Alston, International Human Rights in Context, Clarendon Press, Oxford, 1996, pág. 571.

19 Art. 8º Convención Americana. Cabe señalar que la redacción de la Convención Europea y el Pacto son mas escuetos en este punto al contraponer los casos penales con la determinación de "derechos u obligaciones de carácter civil", cláusula que en todo caso ha sido interpretada en forma extensiva entendiendo que el concepto "civil" esta contemplado en un sentido amplio como todo aquello no penal en dichos tratados.

20 Así, por ejemplo, el numeral 2 del Art. 8 de la Convención Americana señala "Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a...". Una formula similar se repite en los artículos 14.2 y 14.3 del Pacto y 6.2 y 6.3 de la Convención Europea.

conceptos completamente delimitados que se pueden aplicar de una manera inequívoca a las situaciones concretas, se trata en cambio de principios, esto es de valores que el sistema proclama y promueve pero que para su aplicación práctica requieren de una cierta ponderación. Habitualmente esta noción se expresa en la literatura por medio de la idea de que estas garantías son principios (estándares) y no reglas y que por lo tanto su aplicación supone su ponderación en relación con otros principios del sistema legal, al mismo tiempo que en relación con la complejidad de la situación de hecho a la que se aplican. En este contexto, la función principal de esta primera exigencia de carácter genérico será establecer el parámetro general de evaluación de razonabilidad del proceso que sea objeto de cuestionamiento concreto.

Una segunda exigencia contenida en la cláusula general de los tratados internacional está constituida por la necesidad de contar con una audiencia oral y pública como centro del proceso. Por su importancia e influencia directa en el diseño de cualquier modelo procesal, nos referiremos en detalle a ésta en la próxima sección de este trabajo. Una tercera exigencia está constituida por un conjunto de requerimientos que debe cumplir el tribunal que conoce de los asuntos que se someten a decisión. En lo central, estas apuntan a asegurar que quien resuelva sea un órgano independiente e imparcial. Esto trae múltiples consecuencias funcionales y orgánicas que son extensibles a todo tipo de materias. Finalmente, una última exigencia contenida en esta cláusula general es la idea que la determinación de derechos y obligaciones se realice dentro de márgenes temporales limitados o, como lo ha desarrollado la jurisprudencia internacional, dentro de un "plazo razonable".[21]

Como se puede apreciar, las anteriores exigencias fijan un marco compartido común que deben cumplir tanto procesos civiles, en un sentido amplio, como los penales, allí donde se suele esgrimir por parte de alguna doctrina civil más atrasada que los principales cambios que han orientado las reformas procesales penales no serían aplicables a ciertas materias (por ejemplo, en procedimientos de cuestiones de familia) debido a que estos conflictos presentarían una naturaleza distinta, como si cada área del derecho pudiera de-

21 Reiterando un punto que hemos sostenido la jurisprudencia de la Corte Europea ha establecido la imposibilidad de determinar la razonabilidad de los plazos en abstracto. En cambio, ha establecido que ella debe determinarse caso a caso por medio del análisis de tres criterios: la complejidad del caso, la conducta del acusado y el comportamiento de las autoridades estatales competentes. Esta doctrina fue desarrollada por la Comisión Europea en el caso Huber v. Austria del 8 de febrero de 1973 y adoptada por la Corte Europea en el caso Foti v. Italia de 10 de diciembre de 1982. Desde ese entonces ha sido aplicada en cientos de casos. La doctrina de los tres criterios ha sido adoptada también, pero en forma mucho más reciente, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Genie Lacayo (del 29 de enero de 1997) y en su jurisprudencia posterior. Para un análisis de la jurisprudencia del sistema Interamericano, recomendamos revisar Daniel Pastor, El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 2002, págs. 205 a 222. La aplicación de estos criterios a un caso civil puede verse en un caso clásico del sistema europeo como lo es Unión Alimentaria Sanders contra España, sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 7 de julio de 1989.

finir a partir de sus propias características sustantivas si un proceso es debido sin tomar en cuenta la imparcialidad del tribunal, las posibilidades de las partes de ser escuchadas, las posibilidades de presentar prueba en su beneficio o desacreditar la prueba que la perjudica de una manera efectiva, de hacerlo bajo el control de la comunidad a través de la publicidad o la posibilidad de que la decisión judicial pueda ser revisada por un tribunal superior. Un proceso debe ser debido o justo independientemente de si lo que se discute ha sido definido como penal, laboral, familiar o comercial. Por ello es que, como contrapartida a lo señalado por la doctrina en comento, los tratados internacionales asumen una idea opuesta, la idea que todo proceso debe satisfacer el piso básico descrito, el que en términos generales ha fundado también a la reforma en materia procesal penal en América Latina. El hecho de que el desarrollo del concepto sobre el debido proceso haya tenido lugar con mayor énfasis y más tempranamente en materia penal solo se explica históricamente por la extrema gravedad de las decisiones tomadas en dicha sede judicial, pero no debe llevar a conclusiones erradas: las cuestiones decididas en otras áreas del derecho son también importantes y afectan de manera relevante la vida de quienes se someten a ellas por lo que igualmente tienen derecho a un debido proceso en la determinación de sus derechos.

Todo lo anterior no significa que todo proceso, independientemente de la materia, deba ser igual, como ya se ha señalado al explicar la proporcionalidad del debido proceso. Hay particularidades de cierto tipo de conflictos que sí hacen diferencias, pero el punto que intentamos remarcar es que esas diferencias no justifican vulnerar los mínimos a los que cualquier persona, independientemente del tipo de asunto que se esté discutiendo, tiene derecho. Así, por ejemplo, que al empleador demandado por el trabajador se le imponga la carga de probar algún hecho, a pesar de ser el operario quien demanda (y que por lo tanto tendría según las reglas generales la carga de probar lo que alega), no es entendido como una vulneración del debido proceso, siempre y cuando este cambio sea justificado y de acuerdo a la razonabilidad, como en los casos en que es el empleador el único que está en condiciones de probar algún hecho pues es él quien tiene el control de ciertos documentos a los cuales el operario no tiene acceso. Estas modificaciones de la carga de la prueba son generalmente normadas como presunciones legales a favor de alguna de las partes y no se entiende que vulneran el debido proceso ya que básicamente pretenden, por el contrario, garantizar el debido proceso de la parte que fácticamente está en desventaja para probar algún hecho que puede ser fácilmente probado por la contraparte.[22]

22 Un ejemplo acerca de la compatibilidad de estas presunciones con el debido proceso y la descripción de las características que deben tener para ser legítimas en materia penal puede verse en la sentencia del caso Salabiaku contra Francia, sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 7 de octubre de 1988.

Junto con lo anterior, las exigencias contenidas en las cláusulas posteriores de los tratados internacionales que en principio solo parecen ser aplicables a las materias penales, también han sido comprendidas por la jurisprudencia internacional como garantías que deben existir en los procesos de determinación de derechos y obligaciones de carácter civil. Ello ha llevado a enriquecer fuertemente los componentes de la cláusula genérica al dotar de exigencias específicas la concreción de la misma. Así, normas que establecen el derecho de defensa en sus distintas manifestaciones, como por ejemplo la posibilidad de presentar y confrontar prueba (Art. 8.2.f de la Convención Americana y 14.3.e del Pacto), la de contar con el tiempo y medios adecuados para defenderse (Art. 8.2.c de la Convención Americana y 14.3.b del Pacto), entre otras, resultan plenamente aplicables en materia civil. Incluso garantías como la presunción de inocencia, cuya estructura se asocia fuertemente a la lógica penal, han sido extendidas a casos no penales (por ejemplo en materia laboral y administrativa).

La jurisprudencia internacional ha consolidado esta opinión de aplicación de estos mínimos a las demás materias por medio de dos vías distintas. En primer lugar, por vía de entender que la exigencia genérica de "*fair trial*" incluye la satisfacción de varios de los derecho expresados en las cláusulas posteriores de los tratados internacionales. Son múltiples los casos en que a partir del análisis de esta exigencia general la Corte sostiene que han existido infracciones del debido proceso por falta de cumplimiento de algunas de los requerimientos contenidos en las otras cláusulas en materia civil. Así, por ejemplo, en el caso Steel and Morris v. The United Kingdom[23] tratándose de un procedimiento civil por difamación, la Corte sostuvo que al habérsele denegado asesoría legal gratuita a los demandados por difamación – la cual existía para otras cuestiones civiles – se los privó de la posibilidad de presentar de manera efectiva su caso ante los tribunales y contribuyó a una inaceptable desigualdad de armas con el demandante, todo lo cual constituye una violación al artículo 6.1 de la Convención Europea.[24] Se puede apreciar que la resolución de fondo recae sobre la imposibilidad de defenderse adecuadamente en el caso (derecho de defensa), garantía no contenida en forma explícita en el numeral 6.1 de la Convención Europea, pero que si se reconoce por vía de la interpretación amplia de la idea de "*fair trial*". En el caso Tamminen v. Finland (caso civil de indemnización por no pago de rentas y otras prestaciones del

23 Véase caso Steel and Morris v. The United Kingdom, sentencia final de 15 de mayo de 2005. Especialmente véase párrafo 65.

24 Un caso similar, aún cuando con un razonamiento un tanto distinto en materia de divorcio fue resuelto por la Corte en el año 1979. Se trata del caso de Airey en contra de Irlanda, sentencia del 9 de octubre de 1979, por medio de la cual la Corte consideró que no obstante existir la posibilidad de comparecer personalmente ante la "High Court" para demandar su divorcio, las circunstancias del caso y la complejidad del procedimiento hicieron que la señora Airey no tuviera acceso efectivo ante la "High Court" lo cual infringió el art. 6.1 de la Convención.

contrato de trabajo)[25] la Corte Europea estimó que al haberse rechazado oír a un testigo debidamente identificado, presentado por el demandante, por razones no especificadas en instancias previas, aquello constituyó una injusticia no compatible con los requerimientos de la Convención, encontrándose violado el artículo 6.1 de la misma. Nuevamente, el artículo 6.1 no contiene de manera explícita el derecho de presentar testigos (cosa que si hace la cláusula del artículo 6.3 d), no obstante lo cual la Corte la considera incluida en una interpretación amplia del "*fair trial*".

Como se puede apreciar en estos casos ejemplares, la Corte Europea extiende algunas exigencias mínimas de las cláusulas posteriores, tales como la asistencia letrada o el derecho a presentar testigos, a nivel de requerimientos contenidos en la exigencia genérica de "*fair trial*". En definitiva, ambos casos dan cuenta de como la Corte recoge otras garantías contempladas en los tratados internacionales y las hace aplicables a materias civiles en términos amplios por vía de su inclusión en la cláusula general del artículo 6.1 de la Convención Europea.

Una segunda fórmula utilizada por los tribunales internacionales para extender las garantías en principio penales a otras materias ha sido por pronunciamiento explícito en tal sentido. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en el caso Baena v. Panamá[26], referido a un conflicto laboral-administrativo entre 270 trabajadores de una empresa estatal destituidos, que "*…el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden `civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter`. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes*".[27] Esta idea ha sido reiterada por el propio presidente de la Corte en el foro académico, sosteniéndolo como una tendencia general de la jurisprudencia del sistema interamericano.[28]

En el mismo sentido también se ha pronunciado la Corte Europea, añadiendo el matiz que esta expansión de las exigencias mínimas del debido proceso a materias civiles suponen una adaptación a las particularidades de dichos casos y entregan una mayor flexibilidad en su aplicación a los Estados que en materia penal, como lo señalábamos al hablar de la proporcionalidad.

25 Véase Caso Tamminen v. Finland, sentencia final del 5 de julio de 2004, especialmente párrafos 32 a 35.

26 Véase caso Baena contra Panamá, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 2 de febrero de 2001.

27 Ob. Cit. Párrafo 125.

28 Véase Sergio García Ramírez, El Debido Proceso en Materia Penal bajo la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (marco general), en Panorama Internacional sobre Justicia Penal, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México 2007, pág. 452.

Así, en el caso Pitkanen v. Finland[29] que trataba sobre una disputa civil entre vecinos derivada de infracciones a reglas de construcción, estableció en su párrafo 51 que "… *las exigencias inherentes al concepto de ´fair hearing` no son necesariamente las mismas en casos concernientes a la determinación de derechos civiles que penales… Así, no obstante esas provisiones tienen cierta relevancia más allá de los confines del derecho penal, los Estados contratantes disponen de mayor latitud cuando manejan casos civiles que penales*" (la traducción es nuestra).

De acuerdo a esta línea, el legislador de cada Estado tiene cierto espacio de libertad para determinar la forma que tendrán sus procesos judiciales, pero si se pretende respetar lo establecido en los Tratados Internacionales, el diseño de los procesos deberá igualmente respetar ciertos mínimos que están fuera de la discrecionalidad estatal y que vienen impuestas por los componentes del debido proceso. De esta manera, el legislador de cada Estado no está obligado por el debido proceso a que toda disputa llevada a un tribunal deba ser resuelta a través de un juicio oral, público y contradictorio, sino que puede establecer mecanismos más sencillos, como la litigación por medios electrónicos en los que no se tiene acceso al juez en forma directa y personal, siempre y cuando se les garantice a los litigantes el derecho a tener una audiencia judicial con todos los resguardos del debido proceso si éstas lo solicitan. Así se asegura a las partes un debido proceso con todas las garantías si éstos, en el caso concreto, no se sienten satisfechos con el procedimiento más sencillo o si necesitan de la presencia judicial para resolver algún asunto que lo amerite. De esta misma forma está diseñado, como lo dijimos en otro apartado de este trabajo, el procedimiento monitorio. Este procedimiento no atenta contra el debido proceso porque, a pesar de condenarse al demandado sin haberlo escuchado y sólo con el mérito de lo expuesto por el demandante, el demandado sigue teniendo la posibilidad de exigir la realización de un juicio si se opone a lo resuelto por el juez. La garantía de un juicio justo sigue siendo una posibilidad que depende de la voluntad de la persona a quien protege. Si esa persona, el demandado, decide renunciar a ese derecho y contentarse con lo resuelto sin que lo hayan escuchado, no habría vulneración de su debido proceso. Por supuesto, de acuerdo a lo que analizábamos a raíz de la característica de progresividad del debido proceso, cada Estado deberá decidir qué tipo de decisiones estará dispuesto a someter a este tipo de procedimientos y a cuáles, independientemente de la voluntad de las partes, les dará un tratamiento más protector.

Para concluir esta sección, podemos ver que para establecer las exigencias mínimas de debido proceso en materia civil es indispensable conocer con cierto detalle las normas internacionales de derechos humanos contenidas no sólo en la cláusula genérica inicial de los mismos, sino que también en aquellas posteriores que en principio sólo parecen ser aplicables a materias penales.

29 Véase Caso Pitkanen v. Finland, sentencia final de 9 de junio de 2004, especialmente párrafo 51.

Todo esto se traduce en que la matriz básica de los mínimos que debe contener una legislación procesal, cualquiera sea la materia sobre la que verse, se estructura sobre principios absolutamente similares. Predicar entonces la especialidad de las cuestiones civiles para, por ejemplo, negar la necesidad de contar con procesos orales, públicos y contradictorios para toda controversia, supone desconocer las exigencias de debido proceso. Hoy día el debido proceso, en cualquier ámbito, se construye a partir de estos mínimos que poco tienen que ver con la lógica de los "principios formativos del procedimiento" que han inspirado tradicionalmente la estructuración de los procesos civiles.

2.- EL JUICIO ORAL COMO ELEMENTO CENTRAL DEL DEBIDO PROCESO.

2.1.- Aspectos generales.

Las normas citadas y el desarrollo jurisprudencial del que han sido objeto han creado una doctrina internacional acerca de los alcances y componentes centrales de la noción de debido proceso. Dichos componentes, como analizamos, se refieren a una compleja y variada gama de garantías muy específicas. A su vez, cada uno de estos derechos ha sido objeto de complejas derivaciones y estándares específicos. Con todo, la revisión cuidadosa de estas normas permite sostener que el eje central sobre el cual se articulan todas las garantías para todo tipo de materias es la idea de juicio, entendido éste como una audiencia oral, pública y contradictoria. Esto significa que, a lo menos en el contexto cultural moderno – en el que esas garantías se han desarrollado – resulta imposible imaginar cada uno de estos derechos específicos consagrados en los instrumentos internacionales sin referirlos a la idea de una audiencia oral y pública,[30] desarrollada ante un tribunal imparcial por medio de un debate en el que participan las partes involucradas, se ejerce el derecho a defensa y se rinde la prueba, en base a todo lo cual el tribunal puede fundar su decisión.

Sobre este punto, refiriéndose a los diversos instrumentos internacionales, Stavros señala que "*El propósito sobreentendido del artículo 6 de la Convención Europea y de las cláusulas equivalentes en los otros instrumentos bajo examen, en su aplicación a procedimientos criminales, es asegurar un juicio justo al acusado. El derecho a una audiencia justa, establecida en el artículo 6 (1), debe ser visto, en consecuencia como la noción genérica de las garantías más específicas de las disposiciones*."[31]

30 Un ejemplo de esto se encuentra en la Observación General nº 13 del Comité de Derechos Humanos referida al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en donde en su numeral 6 señala "La publicidad de la audiencia constituye una importante salvaguardia de los intereses del individuo y de la sociedad en general".

31 Véase Stephanos Stavros, ob. cit. pág. 42.

La idea central detrás de la noción de "audiencia justa" es la del derecho, que tiene toda persona cuyos derechos y obligaciones están bajo determinación judicial, a un juicio. A su vez, la noción de juicio se encuentra asociada a elementos muy específicos e indispensables tales como la oralidad, la publicidad y el carácter contradictorio que debe tener. Veamos los alcances de estas tres características y del porqué ellas son componentes centrales de la noción de juicio de acuerdo a los estándares desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos.

La exigencia de publicidad del juicio se encuentra recogida explícitamente en normas internacionales tales como el artículo 8.1 de la Convención Americana y el 14.1 del Pacto. La publicidad significa que las actuaciones del juicio deben realizarse a "puertas abiertas", es decir, que cualquier persona debe poder ingresar a la sala de audiencias y observar qué es lo que ocurre en ella. En este sentido, la publicidad es un mecanismo de control ciudadano, pero también de las partes para fiscalizar el adecuado comportamiento de los jueces, el ejercicio idóneo del derecho de defensa y que los juicios se desarrollen de conformidad a lo que la ley señala.[32]

La contradicción, por su parte, se encuentra recogida en normas tales como los artículos 8.2 f) de la Convención Americana y 14.3 e) del Pacto que hacen referencia al derecho del acusado de interrogar a los testigos presentes en el juicio que, como ya hemos visto, resulta plenamente aplicable a los procesos civiles. Esta garantía importa la posibilidad de las partes de controvertir toda la información que presente la contraparte en el juicio (ya sea que emane de la prueba o de la argumentación). De esta forma, la contradicción busca que las partes tengan la posibilidad efectiva de manifestar su punto de vista e intervenir en la formación de convicción por parte del tribunal que tiene que resolver sobre los derechos y obligaciones debatidos.

Finalmente, la tercera característica de la audiencia es su oralidad. Ella básicamente consiste en una metodología de producción de información y su comunicación entre las partes, por un lado, y entre las partes y el tribunal, por otro. Esta metodología supone el uso de la palabra en contraposición al uso de la escritura. A diferencia de la publicidad y la contradicción, la oralidad no es una característica que aparezca explícitamente mencionada en los tratados

32 El párrafo 168 de la Sentencia de la Corte Interamericana en el caso Palamara (véase caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005) destaca estas mismas ideas acerca de la publicidad señalando "La publicidad del proceso tiene la función de proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen. Además, es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia. La publicidad hace referencia específica al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso los terceros". En palabras similares también se ha pronunciado la Corte Europea sobre la materia en variados casos. Entre otros véase Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 26 de septiembre del año 2000, case of Guisset v. France, párrafo 72

internacionales, pero si constituye una derivación directa de los mismos. Tanto los organismos encargados de la aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, como la doctrina procesal, han entendido que la oralidad constituye el único mecanismo idóneo para asegurar la inmediación y la publicidad en el proceso.[33] En la medida en que las pruebas y argumentos de las partes no se presenten en forma oral y directa frente a los jueces que van a decidir el asunto, se corre el riesgo de la delegación de funciones y que el proceso se transforme en el intercambio de papeles entre los abogados y el tribunal, al cuál ni las partes ni el público tienen acceso, a lo menos, expedito.

Vale la pena detenerse brevemente en una cuestión que suele ser objeto de confusiones en materia de oralidad, aún cuando vaya un poco más allá de este elemento como integrante de la idea de audiencia o juicio. Esta característica del debido proceso no impone que todas y cada una de las actuaciones de un procedimiento deban ser orales para ser compatibles con la lógica del debido proceso. Es posible y normal que en todo tipo de procesos existan actuaciones escritas, como por ejemplo la acusación del fiscal en el proceso penal o la demanda en el proceso civil, sin que ello afecte el aspecto esencial del significado de la oralidad como componente del debido proceso.[34] Para estos efectos, lo relevante es que el material escrito no sea la base sobre la cual se forma la convicción del tribunal y sobre la cual se fundamenten sus decisiones, sino que precisamente lo sea el producto de la audiencia, es decir, las argumentaciones y prueba presentadas en la audiencia con inmediación, contradictoriedad y publicidad. La función de la oralidad es asegurar eso, por lo que otras cuestiones del procedimiento, como por ejemplo actuaciones de mero trámite que permitan preparar dichas audiencias, pueden ser perfectamente realizadas en formatos escritos sin que ello afecte necesariamente al debido proceso.

Como se puede apreciar de todo lo anterior, estos elementos hacen que no cualquier forma de decidir un caso civil satisfaga las exigencias del debido proceso, aún cuando se le denomine formalmente como juicio. Así, el procedimiento ordinario contenido en el Código de Procedimiento Civil chileno – no obstante haber sido considerado como un "juicio" por parte de la doctrina nacional más tradicional – no contiene ninguna de las características descritas,

33 Esto ha sido reconocido desde antiguo por la doctrina procesal penal, por ejemplo véase Alberto Binder, Introducción al Derecho Procesal Penal, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 1993, págs. 96-97; Alfredo Vélez de Mariconde, Derecho Procesal Penal tomo I, Lerner Editores, Córdoba, 1986 419-420, Cristián Riego, El Proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos, en Proceso Penal y Derechos Humanos tomo I, Universidad Diego Portales, Santiago 1994, pág. 40; pero también más recientemente por la doctrina procesal civil más ilustrada. En este sentido véase Jorge López González, Teoría General sobre el Principio de Oralidad en el Proceso Civil, Editorial Juricentro, San José Costa Rica 2007, págs. 83 a 85.

34 En este sentido, variada doctrina procesal más tradicional tiende a conceptuar la oralidad en oposición a la escrituración lo que lleva a la idea que sistemas orales no admiten ninguna manifestación o acto escrito en el desarrollo del proceso. Sobre este punto véase Jorge López González ob. cit., pág. 40.

tal como han sido entendidas en el sistema internacional, por lo que no satisface este derecho básico de las personas cuyos derechos y obligaciones están bajo determinación judicial.[35] Lo que llama la atención es que no obstante lo sencillo de esta idea, ella no se haya instalado con fuerza en América Latina sino hasta hace muy poco y aún con muchos problemas. Por el contrario, ella ha convivido con las más variadas formas de juzgamiento sin que se haya establecido una audiencia oral, pública y contradictoria como forma de resolver los asuntos que se someten a consideración judicial.

Un factor que pudo haber contribuido al fenómeno descrito es que la regulación de la garantía del juicio no aparece mencionada de manera explícita en la versión en castellano tanto de la Convención Americana como del Pacto. Así, el artículo 8.1 y 14.1 señalan respectivamente las menciones de "el derecho a ser oída", lo que ha dado pie para que se haya sostenido que bastaba para cumplir con dicha garantía la posibilidad de que las partes pudieran manifestar su opinión ante el tribunal, aún cuando no fuera en una audiencia oral y pública sino que, por ejemplo, a través del envío de una solicitud por escrito a los tribunales. La confusión se origina en un problema de "traducción cultural" de la respectiva disposición. En efecto, la versión en inglés de la Convención utiliza ya en el título del artículo 8 un contenido mucho más preciso: "*the rigth to a fair trial*" (el derecho a un juicio justo), frente al mucho mas ambiguo "garantías judiciales" de la versión en español. Asimismo, el encabezado del Nº 1 en inglés es: "*hearing with due guarantees*", cuya traducción literal debiera ser "audiencia con las debidas garantías", en donde la idea de audiencia es la que preside la regla y orienta acerca de cuál es el contenido central de la misma. La norma del Pacto es aún más explícita. Su versión en inglés señala que "*everyone shall be entitled to a fair and public hearing"*, es decir "el derecho de toda persona a una audiencia justa y pública", realzando que la idea de audiencia no es posible desvincularla de la idea de publicidad y, en consecuencia, de la oralidad. Como se puede apreciar, existe una distancia importante entre la idea de "ser oído" contenida en las traducciones castellanas de ambos tratados y la de "audiencia" contenida en el lenguaje inglés de ambas.

No nos parece que esta diferencia en las expresiones en ambos idiomas haya sido sólo un problema lingüístico. Éste refleja más bien un problema muy profundo acerca de la escasa compresión que sobre las garantías del debido proceso ha habido en América Latina, como ya sugeríamos en párrafos previos. Mientras en el mundo anglosajón dicha regla se entendía con claridad, ya que la idea de audiencia es equivalente a la idea de juicio oral y público, en América Latina su traducción da cuenta de una reducción del contenido de

35 El procesalismo tradicional ha usado la expresión juicio como sinónimo de procedimiento o como sentencia. Ninguna de ambas nociones se adecua a la lógica del juicio como garantía del debido proceso en la medida en que no sean producto de una audiencia de las características descritas.

la misma a cuestiones puramente procedimentales, como por ejemplo, contar con la posibilidad de presentar peticiones al juez por escrito sin un juicio. En alguna medida esta falta de claridad se ha traspasado también a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual no ha tenido un pronunciamiento claro sobre los alcances del "derecho a ser oído" y la garantía de juicio oral y público.[36]

Esta idea de la existencia de un problema cultural de traducción (más bien de comprensión de la norma del derecho internacional) queda clara cuando se revisan las normas de otros instrumentos internacionales vinculantes, que son absolutamente explícitas en la materia, aún en su versión en castellano. Así, el artículo 11 párrafo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que la culpabilidad de un acusado debe ser demostrada en "juicio público". La Convención sobre Derechos del Niño establece en su artículo 40.2.b iii, referido a los procesos en contra de niños acusados de violar leyes penales, que su "causa será dirimida....en una audiencia equitativa". Debe llamarse la atención a que la versión en inglés de dicho instrumento tiene una redacción similar a la de la Convención Americana ("*fair hearing*"), no obstante lo cual la traducción respeta mas fielmente el sentido de la disposición al recoger con claridad la idea de audiencia como componente central de la misma . Ello es con seguridad una consecuencia del momento en que este tratado se discutió (al finalizar la década de los ´80), el que es muy posterior a la Convención Americana (durante la década de los ´60), por lo que es posible asumir que ya existía mayor claridad acerca de la lógica del debido proceso en ese momento y ello se plasmó en la versión castellana de dicho tratado internacional.

Nos parece entonces que a esta altura de desarrollo del sistema jurídico internacional, el sentido del artículo 8.1 de la Convención Americana y el 14.1 del Pacto es claro: establecer el juicio oral, público y contradictorio como centro de cualquier tipo de proceso. En todo caso, el problema derivado de la potencial ambigüedad de la redacción castellana de estas reglas está resuelto en forma contundente y hace bastante tiempo por una interpretación muy consistente que ha dado tanto la Corte Europea de Derechos Humanos[37] como

36 Una revisión de la jurisprudencia de la Corte sobre este punto es realizada por Cecilia Medina, La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago 2005, págs. 273 a 283. De ella se puede concluir que la Corte no ha tocado el tema de manera explícita. Lo mismo puede apreciarse si se revisa el Repertorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987 – 2005, publicado por el Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, Diciembre 2005, 279 páginas. Un fallo relativamente reciente en donde la Corte destaca la importancia de la publicidad de los procesos penales y del principio de contradicción puede verse en el caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005. Véase especialmente párrafos 165 a 168 referidos a la publicidad y 178 a la contradicción (en donde, en nuestra opinión, la Corte no saca las conclusiones correctas a partir del adecuado análisis de estas garantías del debido proceso).

37 Para una revisión general sobre el tema, véase Stephanos Stavros ob. cit., págs. 186 a 194.

el Comité de Derechos Humanos respecto del Pacto.[38] En efecto, en ambos sistemas de protección de derechos humanos se ha señalado con precisión que el sentido de dicha cláusula es establecer el derecho a un juicio oral, público y contradictorio. Nos interesa destacar aquí un par de sentencias que a modo ejemplar pueden dar cuenta de como esta interpretación también ha sido frecuente tratándose de casos en donde los derechos y obligaciones que se determinan son de orden civil en un sentido amplio. A modo ilustrativo puede revisarse la sentencia del caso Bakker v. Austria[39] de 2003 en el que la Corte Europea, tratándose de un asunto civil que involucraba la autorización para el ejercicio de la profesión en tribunales administrativos, señala que la falta de una audiencia oral para decidir el caso ante la Corte Administrativa, sin que existieran circunstancias excepcionales que justificaran prescindir de dicha audiencia, constituyó una violación al artículo 6.1. La Corte afirma el derecho que en principio tiene toda persona para que su caso sea resuelto en una audiencia oral. Otro caso ilustrativo puede revisarse en el caso de Miller v. Sweden[40] de 2005 en donde la Corte Europea considera que Suecia violó el artículo 6.1 al no conceder la posibilidad de debatir en audiencia oral y pública un caso en el que se reclaman ciertos derechos en el ámbito de la seguridad social ante diversos tribunales administrativos de dicho país (County Administrative Court, Administrative Appeal Court y Administrative Supreme Court). Así, la Corte señaló en su párrafo 29 que "*La Corte reitera que en procedimientos ante un tribunal de primera y única instancia el derecho a una `audiencia pública´ previsto por el artículo 6.1 incluye el derecho a una audiencia oral a menos que existan circunstancias excepcionales que justifiquen dispensar de tal audiencia*" (la traducción es nuestra). La Corte se apoyo en al menos 10 casos anteriores a modo ejemplar para sostener tal opinión. La Corte también enfatiza en el párrafo 32 de la misma decisión que una legislación que parte de la idea que los procesos son escritos y que sólo permite realizar audiencias orales a solicitud de las partes es – en principio – discrepante con la Convención Europea y su jurisprudencia, las que exigen que el procedimiento establezca audiencias orales a menos que existan circunstancias excepcionales.

Como se puede apreciar, la idea de audiencia oral y pública se encuentra recogida con fuerza en esta jurisprudencia en materias civiles en un sentido amplio. Sin embargo, no obstante la potencia de la idea de juicio como garantía central del debido proceso, el derecho internacional de los derechos humanos le entrega a cada Estado la posibilidad de delinear la estructura específica del juicio oral. En la medida en que el juicio satisfaga las exigencias básicas contempladas en los instrumentos internacionales, cada estado es libre para

38 Dominic McGoldrick, The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights, 416-419 (1991).

39 Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en Case of Bakker v. Austria del 10 de abril de 2003.

40 Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos Case of Miller v. Sweden de 8 de febrero de 2005.

regular sus propias particularidades. En este contexto, es posible encontrar en el derecho comparado diversas formas de organizar el juicio, algunas más adversariales que otras o con distinto arreglos institucionales. Así, por ejemplo, algunos sistemas cuentan con juicios por jurados, otros no, otros con sistemas mixtos, etc. Con todo, en nuestra opinión los estados no disponen de absoluta libertad ya que la lógica de las normas internacionales obliga a unos ciertos mínimos que crecientemente imponen un modelo de juicio más adversarial, por ejemplo por vía de la cláusula que establece el derecho de las partes a presentar y confrontar testigos.[41] En consecuencia, para ver el nivel de cumplimiento de las exigencias establecidas por los tratados internacionales en un proceso concreto, no bastará determinar si en ese proceso hubo una audiencia oral y pública, sino que determinar si en ella se dieron otro conjunto de condiciones que aseguraron de manera efectiva el ejercicio razonable de los derechos de las personas cuyos derechos y obligaciones se encuentran bajo determinación judicial. Un ejemplo de esto se vincula a la estructura de los recursos procesales existentes en contra de las decisiones adoptadas en juicios orales. En la medida que un recurso permita revisión completa de hechos sin que exista la misma calidad de información que la recibida en el juicio oral, podría presentarse una situación de incompatibilidad de ese sistema recursivo con la finalidad del juicio y el debido proceso. Como veremos en otro capítulo de este trabajo, esto también se vincula estrechamente con la forma en que se organiza el sistema de producción y valoración de la prueba. En este sentido, se puede tener un sistema formalmente oral y público, pero en el que por vía de una regulación de la prueba inadecuada, en la práctica lo decisivo del proceso no será la audiencia, sino que la incorporación previa o posterior de material escrito producido fuera de la misma. Es decir, en donde la audiencia y la oralidad sólo cumplan una función formal. De ser así, dicho proceso podría ser fuertemente cuestionado desde el punto de vista del debido proceso y la lógica que imponen los tratados internacionales de derechos humanos y su jurisprudencia. En consecuencia, existe un estrecho vínculo entre las ideas sustantivas detrás de la lógica de las audiencias orales, pública y contradictorias y los sistemas de prueba.

2.2.- El juicio oral y su débil consagración en las legislaciones procesales civiles.

Estando claro que el juicio oral o la audiencia oral, pública y contradictoria constituyen la base sobre la cual se construye el debido proceso, ello debiera reflejarse consecuencialmente con claridad en las legislaciones procesales. Así

41 En este sentido Pizzi sostiene que en los países occidentales existe un consenso emergente en la necesidad de contar con elementos adversariales en el diseño de los juicios orales como forma de asegurar el juicio justo. En consecuencia, no sólo la idea de juicio es la que se encuentra consensuada en los países occidentales, sino la que éste debe contener al menos mínimos componentes adversariales. Véase William Pizzi, Trials Without Thruth, New York University Press, 1999, págs. 93 y 94.

lo ha sido en la mayoría de las legislaciones procesales penales reformadas en América Latina. Por ejemplo, el nuevo Código Procesal Penal chileno introdujo en el Libro I un título I, denominado "Principios Básicos", en el que se desarrollan las principales garantías del debido proceso. En su primera norma, contenida en el artículo 1º, se reconoce precisamente el derecho a "un juicio previo, oral y público". Pensamos que esta norma es la que en la legislación chilena expresa más claramente la noción de debido proceso.

No ha ocurrido lo mismo en Chile con la dictación o en la discusión de nuevas leyes de carácter procesal civil en un sentido amplio. Así, con posterioridad a la vigencia del Código Procesal Penal, se han dictado en Chile varias leyes que han pretendido extender la noción de juicio oral a otras áreas como son la de familia (Ley 19.968) y la ley que estableció un nuevo proceso laboral. En ambos casos creemos que esta noción se ha debilitado tanto por problemas conceptuales como operativos. En cuanto a estos últimos, cabe citar las respectivas leyes en las cuales no se hacen definiciones claras respecto al derecho de las personas a un juicio oral como base del sistema. La misma crítica es posible hacerla respecto del anteproyecto de nuevo Código Procesal Civil chileno redactado por un foro promovido por el gobierno, el que en su artículo 3º se refiere al debido proceso,[42] pero no explicita su contenido ni indica la idea de que éste se expresa en un juicio oral. No obstante lo anterior, tanto en la ley de los nuevos tribunales de familia (Arts. 10, 11 y 12) como el mismo anteproyecto de Código Procesal Civil (Arts. 9 a 12) contemplan un conjunto de normas que si proclaman esta noción (principio de oralidad, inmediación, concentración y publicidad), pero ellas parecen estar mas bien orientadas a regular características del procedimiento y no a establecer una lógica de garantías que gire con claridad en torno a la idea de juicio oral como centro del proceso. Tampoco se encuentran en dichas reglas la especificación de las otras exigencias básicas del debido proceso que hemos revisado someramente.[43]

Algo similar ocurre cuando se revisan varias legislaciones de nuestra región en las que se han introducido reformas importantes a los procedimientos civiles. Es el caso, entre otros, del Código General del Proceso del Uruguay en donde en su Título I del Libro I referido a los "Principios Generales", tampoco es posible encontrar una cláusula general de debido proceso ni otra que

42 Dicho artículo 3º incluso repite el defecto apuntado de la cláusula constitucional al señalar que los procedimientos racionales y justos son aquellos definidos por el legislador en el propio Código u otras leyes especiales.

43 Un caso más extremo está constituido por el proyecto de ley que establece una jurisdicción tributaria y aduanera en Chile ya que vuelva a la lógica de procedimientos completamente escritos. En efecto, en octubre de 2006 el gobierno de Chile presentó al Congreso Nacional una indicación sustitutiva (Boletín nº 3139-05 de 30 de octubre de 2006) con el objeto de reemplazar y fortalecer un proyecto de ley existente en la materia desde el año 2.002. Cuando se analizan los procedimientos propuestos tanto en materia tributaria como aduanera se puede apreciar que ellos se basan exclusivamente en la tramitación de expedientes sin ningún tipo de audiencia que permita resolver el caso.

establezca con claridad la idea de audiencia oral y pública como núcleo central del mismo. En este código también se contienen normas sobre publicidad (Art. 7º) e inmediación (Art. 8º) que dan cuenta de esta garantía fundamental de manera implícita, pero que por lo mismo son una consagración débil de ella. Otro ejemplo está constituido por el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica desarrollado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal como guía para la reforma procesal civil en la región. Este texto básicamente se estructura en la misma lógica del código uruguayo, es decir, sin una consagración clara de una cláusula general de debido proceso ni sobre la idea de audiencia oral, pero con un conjunto de disposiciones que se refieren a principios tales como la publicidad (Art. 7º), la inmediación (Art. 8º) y la concentración (Art. 10), que indirectamente la asumen.

Este tratamiento normativo de los diversos componentes del debido proceso parece revelar que el papel que se pretende que ellos tengan dentro del diseño del proceso sea más bien uno de carácter institucional, es decir, parecen normas pensadas en guiar a las instituciones judiciales para actuar de una manera determinada, como si se tratara de un conjunto de principios organizacionales que, teniendo esa jerarquía, conviven al mismo nivel con otros cuya importancia relativa no es posible definir con claridad y que no tienen relación alguna con el debido proceso. Así ocurre por ejemplo en la nueva ley de tribunales laborales chilenos[44] cuando, por ejemplo, en el primer artículo del párrafo denominado "*De los principios formativos del proceso*", dispone que "*Los procedimientos del trabajo serán orales, públicos y concentrados. Primarán en ellos los principios de la inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad*". Los elementos de esta norma que podrían relacionarse con el debido proceso parecen estar pensados desde esta lógica institucional. Así lo recalcan las normas que a continuación explican el contenido específico de cada uno de dichos principios. El artículo 428 de esta misma ley señala, respecto de la celeridad, que los actos procesales "*deberán realizarse con la celeridad necesaria, procurando concentrar en un solo acto aquellas diligencias en que esto sea posible*". ¿Qué significa celeridad para este proceso laboral? ¿Significa el derecho de las partes a un juicio realizado en un plazo razonable (debido proceso) o una orden del legislador al tribunal para realizar su trabajo de determinada manera para así, por ejemplo, ahorrar recursos (institucional)? En su artículo 430 señala respecto de la buena fe que ella consiste básicamente en una habilitación al tribunal "*para adoptar las medidas necesarias para impedir el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias*". ¿Es entonces la buena fe un derecho de las partes que les habilite, por ejemplo, a exigir a la contraparte descubrir sus cartas antes del juicio con mayor detalle (debido proceso) o una facultad del tribunal para mantener el orden y la celeridad (institucional)? En el artículo 431 se describe con más detalle en que consiste la gratuidad y señala que "*El encargado de la*

44 Ley 20.087, cuya entrada en vigencia se encuentra diferida para el 1º de marzo de 2008.

gestión administrativa del tribunal será responsable disciplinariamente de la estricta observancia tanto de esta gratuidad como del oportuno cumplimiento de las diligencias". ¿Es la gratuidad un derecho de las partes que les asegure el acceso a la justicia (debido proceso) o una herramienta usada para proteger al sistema de la corrupción (institucional)? Algo similar ocurre en otros cuerpos legales de reforma, como en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y el Código General del Proceso uruguayo, cuando en sus respectivos artículos 8º señalan con similares palabras sobre la inmediación que "*Tanto las audiencias como las diligencias de prueba que así lo permitan, se realizarán por el tribunal no pudiendo éste delegarlas so pena de nulidad absoluta…*".[45]

Nada de lo anteriormente expuesto quiere poner en duda que establecer estas normas sea relevante para hacer efectivo los principios enunciados, siempre y cuando se trate de mecanismos que estén diseñados al servicio de derechos de las partes y no, como más bien parece ser, al servicio de intereses institucionales del sistema. El debido proceso no parece ser, por lo tanto, entendido como una garantía individual, un derecho que tienen los ciudadanos frente a los tribunales de justicia para que funcionen de determinada manera y, al no ser concebido como un derecho subjetivo, no se contemplan acciones legales para exigir su cumplimiento. Otro de los ejemplos de la regulación de los componentes del debido proceso como elementos institucionales es el de la asistencia en juicio por un abogado. Si la asistencia del abogado se entiende como un principio de organización institucional, entonces se transforma en un requisito para el litigante sin el cual éste no podrá actuar ante un tribunal y será su propia carga obtenerla. Por el contrario, si la representación de abogado se entiende como un componente del derecho a la defensa que pretende hacerla efectiva – y por ello parte del debido proceso – no será un requisito de actuación sino que un derecho. Por consiguiente, el litigante podrá renunciar a esta garantía actuando por sí mismo si lo estima conveniente, por una parte, y será una carga para el Estado proveer de asistencia letrada gratuita a todos los particulares que no puedan hacerlo por sí mismos, por otra. Otro ejemplo está constituido por las reglas que limitan la publicidad. Como hemos visto, la publicidad constituye un pilar fundamental del debido proceso en tanto es una herramienta central para asegurar el control de la sociedad y de las partes sobre los actos del sistema jurisdiccional. Cuando esta noción no está instalada es fácil restringirla a una simple regla de acceso de información a los litigantes, perdiendo así todo su contenido político, como ocurre, por ejemplo, en la Ley de Procedimiento Laboral Española (Real Decreto Legislativo 2/1995) que establece en su artículo 47.1 "*Los autos permanecerán en los Juzgados y Salas de lo Social bajo custodia del Secretario, donde podrán ser examinados por los*

45 El Código General del proceso lo dice de la siguiente manera "Tanto las audiencias como las diligencias de prueba que así lo permitan, se realizarán por el Tribunal no pudiendo éste delegarlas so pena de nulidad absoluta, salvo cuando la diligencia deba celebrarse en territorio distinto al de su competencia".

interesados que acrediten interés legítimo, a quienes deberán entregársele testimonios, certificaciones o copias simples cuando lo soliciten".[46]

CAPÍTULO II

EL JUICIO ORAL COMO SISTEMA DE DEPURACIÓN DE LA CALIDAD DE LA INFORMACIÓN: LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA Y DE LAS AUDIENCIAS.

1.- DEFINICIONES PREVIAS.

Como señalamos al inicio de este trabajo, entendemos que el debido proceso, por una parte, y el juicio oral como una herramienta eficaz para depurar la información ingresada a él, por otra, son los dos elementos centrales que deben tomarse en consideración al momento de diseñar un proceso judicial moderno. En este capítulo nos referiremos a este segundo elemento, pero antes de entrar al análisis particular de los componentes que ayudan a hacer del juicio oral una herramienta efectiva para controlar la calidad de la información ingresada a él, creemos necesario reiterar brevemente la noción que tenemos de "juicio" debido a que en nuestra cultura legal latinoamericana, como ya hemos manifestado, se ha usado esta acepción para identificar cuestiones que estimamos muy diferentes entre sí. Usaremos el término "juicio" para referirnos exclusivamente a la audiencia oral, pública y contradictoria que tiene por objeto que las partes presenten su versión de los hechos, mediante sus argumentos y medios de prueba, ante un tribunal imparcial que percibe concentrada y directamente la actividad de las partes litigantes y que, de acuerdo a lo percibido, y sólo de acuerdo a ello, debe formar su juicio o convicción, resolviendo inmediatamente el asunto controvertido.

Por otra parte, entendemos que para hacer del juicio antes definido una herramienta eficaz de depuración de la información se requiere como condición necesaria que sus reglas de la prueba tengan un diseño adecuado. En este punto estimamos relevante ser lo más explícitos posibles y, por ende, señalaremos qué entenderemos como "reglas de la prueba". Estas reglas estarán compuestas por aquellas que regulan (1) el momento en que los medios de prueba deben ser presentados en un juicio, (2) la forma en que los medios de prueba deben ser presentados en un juicio, (3) la metodología que las partes y el tribunal usarán para extraer y controlar la información que éstos contienen y (4) la forma en que el tribunal debe valorar su contenido probatorio. Todos

46 Esta referencia al la legislación procesal laboral española la hemos tomado de Jorge López Gonzáles, ob. cit. pág. 84.

estos elementos conforman lo que denominamos las reglas de la prueba. En consecuencia, entendemos que al disponer de reglas de la prueba avanzadas en cada uno de estos componentes tendremos el supuesto básico necesario para obtener un juicio oral eficiente en el control de la calidad de la información ingresada a él y, por lo tanto, para obtener decisiones judiciales fundadas en información de mayor confianza que hagan a esas mismas decisiones más confiables. Por supuesto, entendemos que la existencia de estas reglas avanzadas de la prueba no es suficiente por sí misma para lograr tal objetivo, ya que también será necesaria la concurrencia de otros requerimientos, como la capacitación de los operadores del sistema que las aplicarán. Por eso decimos que reglas de la prueba avanzadas son un supuesto básico necesario, pero no decimos que sea suficiente. Sin embargo, reglas de la prueba atrasadas dificultarán el proceso de toma de buenas decisiones jurisdiccionales ya que éstas estarán construidas sobre información cuya calidad ha sido deficientemente comprobada y, por consiguiente, información de poca confianza, que tendrá esta característica independientemente de la capacitación y buena voluntad de los operadores del sistema.

Por último, estimamos importante aclarar que para efectos de este trabajo vamos a entender que un sistema probatorio es más avanzado en la medida en que establece mecanismos más claros o más perfeccionados para permitir que las partes puedan mostrar, analizar y valorar con mayor especificidad la información ingresada al juicio. Esto es, entendemos que el diseño de las normas sobre la prueba es más avanzado cuando entrega herramientas eficaces para que el tribunal sea capaz de discriminar de manera efectiva entre la información de buena y de mala calidad presentada en el juicio.[47]

2.- FUNDAMENTO DE LA NECESIDAD DE TENER REGLAS DE LA PRUEBA EFICIENTES PARA CONTROLAR LA CALIDAD DE LA INFORMACIÓN QUE INGRESA AL JUICIO.

Como es notorio, diseñar un sistema efectivo para depurar la información usada en el juicio es un objetivo de suma relevancia debido al papel que juega la prueba dentro del proceso. La información que ésta entrega es la "materia prima" con la que el tribunal "manufactura" su decisión final. Así, durante el juicio, cada medio de prueba irá aportando información; con toda la información ya aportada por los medios de prueba el tribunal determinará qué hechos dará por ciertos (valoración) y, por último, los hechos dados por ciertos configurarán la "versión de los hechos" acreditada sobre la cual se aplicará el

47 Entendemos también que un objetivo relevante al momento de diseñar un sistema de prueba es el de garantizar a las partes un juicio justo o debido, como ya se señaló en la primera parte de este trabajo. Como se verá en el desarrollo de este trabajo, ambos objetivos no son contradictorios, sino que, por el contrario, son complementarios y se potencian mutuamente.

derecho en la sentencia (calificación jurídica de los hechos). Este es un proceso en el que la correcta ejecución de cada parte determinará la calidad del resultado final. No basta, entonces, para dar garantías de un resultado correcto y legítimo del juicio que quien aplica la ley la conozca (un juez profesional), ya que esto sólo garantiza – y sólo hasta cierto punto – la correcta aplicación del derecho, pero no garantiza la correcta determinación de los hechos. Para esto es también necesario que el proceso (reglas de la prueba) por el cual se produce la materia prima sobre la cual se aplicará el derecho, permita de manera efectiva la identificación de su calidad.

A su turno, el problema de determinar la calidad de la información deriva, en primer lugar, del hecho obvio de que en un juicio se trata de reconstruir hechos que han ocurrido en el pasado y en los cuales el juez no estuvo presente. En segundo lugar, que la información con la que contamos para intentar averiguar lo que ocurrió en ese momento del pasado, en el que se supone pudo existir un incumplimiento o una situación problemática para el ejercicio de derechos y obligaciones civiles, suele ser incompleta y no plenamente confiable. Esto es, necesitamos esclarecer las circunstancias concretas de un cierto hecho ya ocurrido pero respecto del cual solo tenemos informaciones que están constituidas por versiones: cada persona tendrá para aportar solo fragmentos de la totalidad de los hechos ocurridos, los documentos recogerán otros fragmentos, los expertos ilustrarán sobre alguna conexión entre diversos elementos, entre otros medios de información posibles, pero todos ellos, o a lo menos su gran mayoría, formarán parte de relatos o explicaciones parciales que se nos entregan por personas vinculadas a los hechos de muy diversas maneras. El problema es que estas versiones necesariamente mezclarán información importante y útil con las propias limitaciones de la condición humana, es decir que junto con la información útil estas versiones incorporarán también el interés del que entrega la versión, su subjetividad, sus prejuicios, sus incompetencias, su deseo de ocultar las propias limitaciones y de exaltar las propias capacidades, las limitaciones de sus órganos de percepción y de su memoria, y así por delante. Sería sin duda posible enumerar muchas más características de las personas, incluyendo a las más veraces y bien intencionadas, que hacen que sus versiones tengan problemas de calidad y confiabilidad, ya sea que se traduzcan en testimonios, en opiniones expertas, en el otorgamiento de documentos o de cualquier otra forma.

El problema de la prueba en el proceso es entonces el de cómo es posible tomar decisiones tan relevantes para el futuro de las personas (pensemos por ejemplo en la pensión alimenticia de un niño que de otra forma no accederá a una educación de calidad) con la mínima confianza de haber establecido los hechos correctamente. Por lo tanto, el juicio debe estar diseñado para ser un escenario que responda eficazmente a este problema. El juicio nos debe permitir separar la información de calidad contenida en las versiones, por un

lado, de los elementos de distorsión que provienen de las personas que las sustentan o que de algún modo las han producido, por el otro.

3.- CARACTERÍSTICAS DEL JUICIO ORAL PARA CONVERTIRLO EN UN MEDIO EFICAZ DE CONTROL DE CALIDAD DE LA INFORMACIÓN.

Este proceso de depuración de la información es el criterio que debe gobernar todas las normas de producción de la prueba y debe basarse en una primera idea central: La mejor forma de depurar la información consiste en permitir que todas las versiones que contengan la información, cualquiera sea el formato en que se expresen, puedan ser objeto de un cuestionamiento severo (control de calidad) y que ese cuestionamiento severo este principalmente a cargo de la parte a quien esa información perjudica. Esto último se justifica en que es la contraparte quien está en las mejores condiciones de conocer y preparar su caso con detalle, además de tener el mayor interés en demostrarle al tribunal las deficiencias de la versión de la otra parte. Es decir, el juez recibirá en el juicio información cuya calidad no tiene como corroborar (el juez no investiga) y entonces lo que hará es permitir que la parte a quien esa información perjudica desarrolle sus mejores esfuerzos con el fin de mostrarle las falencias, distorsiones o errores que esas versiones contienen. Este esfuerzo de la contraparte no sólo servirá para revelar los puntos débiles de cada versión, sino que también resultará clave para afianzar aquella información o versiones que efectivamente son confiables y que debieran tener un peso importante en la formación de convicción del tribunal. Si una versión ha pasado de manera impecable todos los filtros y mecanismos de depuración y lejos de desmoronarse se mantiene firme y consistente, podemos sin mucho riesgo considerarla una información muy confiable y valiosa, como ocurre, por ejemplo, cuando alguien acepta como válida una versión que lo perjudica.

A su vez, la lógica de depuración de la información determina otras características del juicio en el que las partes realizarán este control. No pretendemos que estas características que describiremos a continuación constituyan un catálogo cerrado, ni tampoco pretendemos describirlas de manera exhaustiva, sino que sólo describir aquellas que consideramos relevantes para efecto de revisar posteriormente las nuevas normativas reformadas teniendo en cuenta su contenido central.

3.1.- Oralidad del juicio.

De acuerdo al principio de inmediación, la prueba que servirá de base al tribunal para determinar qué hechos realmente ocurrieron debe ser percibida directamente por los jueces, sin intermediarios, de primera mano. Para ase-

gurar que esto ocurra es que los sistemas que estiman valioso este objetivo determinan que el juicio debe ser, en primer lugar, oral. La oralidad, entonces, es una herramienta al servicio de la inmediación pues pretende hacerla operativa. Esta es la única manera conocida de lograr que el tribunal tenga un conocimiento directo de los medios de prueba, sin intermediarios, por lo que el juicio que se forme a su respecto será más fiel a la realidad. Mientras menos intermediarios, habrá menos distorsión y pérdida de información. Mientras más inmediata la percepción, mayor calidad de la misma. En el mismo sentido, la audiencia debe ser oral para que la parte a quien la información perjudica pueda tener contacto directo con ella, frente al juez, con el fin de poder demostrar detalladamente todos los elementos de distorsión, de manipulación o error contenidos en ella. Esto no puede hacerse sino en presencia de la fuente directa de la información, a lo menos en la mayor medida posible. Además, el juicio debe ser oral para que la percepción de la prueba por el juez y por la parte sea simultánea porque lo que se quiere controlar es el modo y el contenido específico de la prueba cuando se presenta frente al juez dado que las distorsiones, la información de mala calidad, puede estar contenida en cualquier elemento expresivo que se transmita.

3.2.- Concentración y continuidad del juicio.

Los sistemas que establecen la inmediación también deben proteger la concentración y continuidad del juicio. Éstas son también herramientas al servicio de la inmediación. Esto significa que la audiencia de juicio debe desarrollarse de principio a fin en una sola unidad continua. Los jueces deben ver la prueba de una sola vez, toda en su conjunto y fallar con la mente fresca de lo percibido directamente en la audiencia.[48] Su juicio respecto de los hechos debe formarse al momento de conocer los medios de prueba. Habrá juicios que duren una mañana, otros un día completo y otros, en fin, varios días. Lo relevante para la inmediación es que una vez que el tribunal comience a conocer del juicio, no haga otra cosa dentro de su jornada laboral que no sea conocer de dicho juicio desde que comienza hasta que termina, con las interrupciones estrictamente necesarias para comer, dormir y descansar el fin de semana. La realización de la audiencia de juicio en distintas sesiones separadas unas de otras por largos periodos hace que el juez no pueda formar su juicio final respecto de los hechos con la imagen de lo que percibió directamente, sino que sólo con un recuerdo vago e impreciso de lo que percibió directamente o, peor aun, con la información contenida en las actas de dichas audiencias pasadas. Lo mismo ocurre si la sentencia es dictada tiempo después de la audiencia de juicio, aunque esta última se haya realizado en una sola sesión o en varias sesiones diferentes pero continuas. Estas situaciones son problemáticas porque hacen perder toda la inmediación lograda en la audiencia, volviendo

48 Para mayor información sobre éstos y otros principios del juicio oral véase Andrés Baytelman, "El Juicio Oral", en Nuevo Proceso Penal, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago 2000, págs. 227 a 281.

en la práctica a resolver los conflictos a través de sistemas mediatos, como el escrito, donde la calidad de la información es de menor calidad.

3.3.- Medios suficientes para la contradictoriedad efectiva.

Se les debe entregar a las partes las herramientas necesarias para poder controlar eficientemente la calidad de la información que transmite el medio de prueba en la audiencia oral. Así, por ejemplo, durante la audiencia se le debe permitir a la contraparte realizar preguntas sugestivas (contraexamen) a los testigos que presente la contraparte y que se las pueda formular directamente (no a través del juez ni de un pliego escrito que impide toda fluidez y rectificación sobre la marcha), como también, antes del juicio, se le debe permitir que conozca el contenido específico de la prueba que se rendirá en la audiencia con el objeto de preparar su contraexamen investigando al medio de prueba previo a su presentación en la audiencia, como se profundizará a continuación.

3.4.- Descubrimiento.

Una condición necesaria para hacer efectiva la contradictoriedad en el juicio consiste en que cada una de las partes, en algún momento anterior al juicio, debe mostrar a la otra qué es lo que tiene para sustentar su caso, avisando a la contraparte cuáles son los medios de prueba específicos o la información con la que intentará hacer prevalecer su pretensión. Se dice incluso, para graficarlo con una imagen común, que las partes deben mostrar sus cartas, como en el póquer. Esta actividad es la que se denomina descubrimiento o *discovery* en el derecho anglosajón. Con el descubrimiento se intentan lograr varios objetivos distintos a la vez. Uno de ellos consiste en facilitar la negociación entre las partes, evitando el costo que tiene el juicio para el sistema de justicia. La idea es que las partes, luego de saber cuáles son las cartas de la contraria, pueden ahora ponderar comparativamente la verdadera fuerza de sus posturas y decidir si siguen adelante con el juicio o terminan su disputa a través de un acuerdo. Con ello se evita ir a juicio en contra una parte que "gritaba fuerte", pero que sólo estaba simulando tener un caso más firme del que realmente tenía. Por otra parte, a través del descubrimiento se le permite al juez evaluar si hay mérito para seguir adelante hasta el juicio, desestimando las demandas que le parezcan frívolas.[49] Pero el descubrimiento tiene también otras finalida-

49 Para mayor detalle sobre algunos de los objetivos del "Discovery" véase Jorge Vial, *Reforma Procesal Civil: Una mirada desde el derecho Norteamericano*, en Justicia Civil y Comercial: Una Reforma Pendiente, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago 2006, págs. 711 y 712. Literatura de los Estados Unidos sobre la materia puede verse en Gene Shreve y Peter Raven-Hansen, Understanding Civil Procedure, Mathew Bender, New York 1999, págs. 285 a 288 y Mary Kay Kane, Civil Procedure, Thomson/West, St. Paul 2003, págs. 129 a 131.

des. Una de ellas está relacionada con el debido proceso.[50] Desde este punto de vista, como ya señalamos, cada parte tendrá en el juicio el derecho a confrontar la prueba de la contraparte (defensa), pero como no se debe tratar del derecho a una confrontación formal que consista en la mera facultad abstracta de dirigirle preguntas a una persona desconocida respecto de la cual no se tiene mayores antecedentes, sino que, por el contrario, se debe tratar de la verdadera posibilidad de hacer un contraexamen efectivo, será necesario que cada parte tenga la información suficiente para preparar dicha confrontación y el aviso anterior de qué es lo que la contraparte llevará al juicio es uno de los medios para hacerla efectiva. Por supuesto, para que esto sirva de algo, se debe agregar que la prueba que se descubre será la única que podrá ser utilizada en el juicio. De no establecerse esta limitación, toda la prueba presentada en el juicio sería sorpresiva pues las partes no tendrían ningún incentivo para descubrirse antes del juicio y el derecho a confrontar la prueba de manera efectiva se vería seriamente afectado.[51]

Pero el descubrimiento no sólo cumple una función respecto del debido proceso sino que también, y estrechamente ligado a lo anterior, cumple una función respecto del control de la calidad de la información que cada parte presentará en el juicio para que el tribunal resuelva el conflicto teniendo información de buena calidad, cuestión que nos ocupa en este capítulo. Así, la posibilidad de que la contraparte pueda conocer los medios de prueba antes del juicio le permitirá preparar la confrontación de la información entregada por ese medio de prueba (control de la calidad). Entonces, entre el momento del descubrimiento y el juicio, las partes podrán investigar independientemente la calidad de cada medio de prueba de la contraparte, podrán verificarla, podrán relacionarla con el resto de la prueba de esa misma parte y de la contraria, podrán encontrar nuevas pruebas que la pongan en entredicho, entre muchas otras posibilidades. Todo esto sólo es posible si, antes del juicio, se sabe qué prueba será usada en él.

De esta forma, la confrontación de los medios de prueba en la audiencia de juicio y el descubrimiento de la información que aportarán los medios de prueba que se usarán en él están íntimamente ligados: Para estar en capacidad de ejercer una confrontación efectiva, es necesario tener los elementos suficientes para preparar dicha confrontación y, a su vez, para poder hacer

50 El impacto de las reglas de "Discovery" en asegurar un juicio justo en materia civil es lo que ha llevado en los Estados Unidos a que tanto en el sistema federal como en la mayoría de los sistemas estaduales existan reglas bastante liberales en la materia, es decir, en donde básicamente toda información deba ser descubierta y en donde los mecanismos para ello son múltiples.

51 Esto es sin perjuicio de la hipótesis de prueba nueva que aparece con posterioridad al momento del "discovery" o que era desconocida por las partes, la que en forma excepcional se admite a juicio según es bastante común en el derecho comparado. En todo caso, uno de los desafíos de un tribunal al permitir prueba nueva en el juicio será el de autorizarlo en condiciones que faciliten a la contraparte prepararse adecuadamente para permitir el ejercicio de su derecho a confrontar dicha prueba nueva.

esa preparación es necesario saber con anticipación cuáles serán los medios probatorios que se pretende emplear y su contenido sustancial. Así, el descubrimiento de la prueba que se usará en el juicio es un medio para facilitar la confrontación efectiva y, a su vez, la confrontación efectiva es la base para un ejercicio profundo de valoración de la prueba, ya que ésta reposa en la posibilidad de que las partes, especialmente aquella a quien la prueba perjudica, ilustren al juez acerca de sus fortalezas y debilidades, llamando su atención acerca de todas las distorsiones, errores, inconsistencia y demás defectos que esa información pueda contener.

Para que esta función de descubrimiento pueda ser cumplida debe existir un estándar legal de descubrimiento que fije cuánta información debe proporcionar la parte que presenta la prueba, para que la otra pueda razonablemente preparar su confrontación. Este estándar debe fijarse considerando su objetivo (preparación de la confrontación) y debe obligar entonces a entregar la información suficiente y necesaria para ello. De esta manera, anunciar el medio de prueba a través de su identificación meramente formal ayuda muy poco al abogado que debe preparar su confrontación, más aun si se trata de un medio de prueba desconocido para su representado, quien generalmente será su principal fuente de información. Así ocurriría, por ejemplo, si se anunciara a un testigo indicando sólo su nombre, estado civil, profesión y domicilio o si se anunciara un documento señalando sólo que se trata de una escritura de compra venta. Esta fórmula de anunciar la prueba, que podríamos denominar del tipo "lista de testigos", no constituye descubrimiento alguno porque no entrega la información suficiente y necesaria para preparar la confrontación, convirtiéndose en una mera formalidad o en un medio para lograr objetivos institucionales del sistema, como el de tener un domicilio para saber donde enviar la citación a los testigos para que comparezcan.

Para que el descubrimiento cumpla este objetivo, es necesario entonces que la cantidad de información aportada respecto de cada medio de prueba sea mayor que la recién descrita. De esta forma, respecto de los documentos y cualquier otro medio de prueba que no consista en la declaración de una persona (testigo o perito), podrá lograrse un descubrimiento de mejor calidad exigiendo que se entregue una copia de los mismos a la contraparte antes del juicio (ya sea acompañándose en la misma demanda/contestación o en la audiencia preliminar). Esta es una exigencia que no debiera presentar problemas ya que es fácil de cumplir atendiendo el acceso que hoy existe a la tecnología necesaria para hacerlo.

Respecto de la declaración de testigos, una descripción previa detallada de todo lo que irá a declarar cada uno de ellos al juicio, análoga a la copia del documento, puede ser en muchos casos una carga excesiva, onerosa y poco práctica de hacer descubrimiento, aunque constituye, por otra parte, una

herramienta sumamente útil y eficaz para detectar la información de mala calidad que éstos ingresen durante su declaración en el juicio pues la contraparte podrá haber hecho anticipadamente una preparación específica de lo que se les preguntará y, además, podrá demostrarle al tribunal todas las contradicciones, omisiones e información nueva que el testigo ha entregado en su actual declaración en juicio y que es inconsistente con su versión anterior, convirtiéndose en una vía muy potente para desincentivar la mentira en juicio (información de mala calidad). En todos aquellos casos en que previo al juicio ha existido una investigación administrativa, como en Chile realiza en materia penal el Ministerio Público o en materia laboral la Inspección del Trabajo, no habrá mayores problemas en exigir que la contraparte tenga acceso a las declaraciones que ya realizaron los testigos en dicha instancia administrativa previa. En los casos en que esta instancia administrativa anterior no exista (que será en la mayoría de los casos civiles) cada sistema tendrá que decidir si otorga o no el derecho a las partes de exigir que los testigos que presenta la contraparte declaren ante ellos previo al juicio. En caso de estimar que no resulta conveniente exigir este estándar de descubrimiento, el estándar debe fijar entonces un punto medio de requerimiento de información mayor al de la "lista de testigos" en el que, por ejemplo, se exija señalar las líneas o temas generales respecto de los cuales irá a declarar un testigo y su contenido sustancial.

Nada fuera de las líneas de declaración anunciadas en el descubrimiento podrá ser preguntada al testigo en el juicio por la parte que lo presenta, ya que si esto se permitiera, aunque el que declara sea físicamente la misma persona que fue anunciada, será prueba sorpresiva no descubierta antes del juicio. Así ocurre, por ejemplo, si se anunció a un testigo diciendo que iría al juicio a declarar respecto del estado climático del día del accidente en la carretera, pero en el juicio además de lo anterior se le pregunta y contesta sobre las modificaciones mecánicas competitivas del automóvil que manejaba el conductor del vehículo demandado. Esta es una prueba nueva y sorpresiva debido a que la preparación de la contraparte para contradecir dicho testimonio fue respecto del clima. El abogado se preocupó de revisar los archivos del día del accidente que hablaban sobre el clima en esa fecha y habló con meteorólogos. Si el testigo mentía o relativizaba a su conveniencia la descripción sobre el clima existente al momento del accidente, lo iba a poder confrontar con la información que recopiló previamente. En cambio, en la parte relacionada a los cambios que el demandado realizó a su automóvil para hacerlo más veloz, no tuvo la posibilidad investigar nada. No tuvo la posibilidad de investigar si era cierto que el demandado hizo estos cambios a su automóvil. No tuvo la posibilidad de investigar si era cierto que el testigo sabía de estos cambios porque trabajaba en la estación de servicios en la que el demandado se detuvo a llenar combustible. No tuvo la posibilidad de preguntarle a su representado si recuerda haberse detenido y hablado con alguien en esa estación de

servicio. En fin, no pudo preparar su contraexamen trayendo una factura que probaba que el demandado, el día del accidente, se detuvo en otra estación de servicios donde llenó su estanque de combustible, por lo que no era creíble que lo hubiese hecho de nuevo sólo tres kilómetros más adelante. Entonces, respecto de esa parte de la declaración no anunciada del testigo, se trata de una prueba nueva no ofrecida oportunamente que ingresaría en el juicio sin poder haber sido confrontada (controlada).

Respecto de la declaración de los peritos el estándar de descubrimiento debe ser más exigente. Los peritos o testigos expertos se caracterizan por entregar opiniones en materias sobre las cuales un lego no tiene conocimiento suficiente (a diferencia de los testigos que, por regla general, no opinan sino que sólo relatan hechos percibidos por sus sentidos). Esta característica de los peritos hace que su confrontación espontánea en juicio sea aun más difícil. Incluso hacen difícil su confrontación si sólo se conocen las líneas básicas de lo que declararán. El riesgo de que ingrese al juicio información de mala calidad entregada por alguien que goza de antemano de confianza por el hecho de ser catalogado como perito, es muy alto. Por lo tanto, para evitar este riesgo es necesario dar aun más herramientas de preparación al que pretende controlar dicha información. Así, por ejemplo, se logra al exigir a la parte que presenta un perito, como requisito para ser admitido como prueba, que descubra el informe escrito que el perito ha confeccionado previamente en el cual están contenidas sus conclusiones y la descripción del método utilizado para llegar a ellas. De esta forma, la contraparte, entre el descubrimiento y el juicio, podrá estudiar por sí mismo el peritaje (su método y conclusiones) como también a la persona del perito (carrera académica, publicaciones, experiencia, etc.), podrá también solicitar la opinión de otros expertos en la materia que lo ayuden a detectar las falencias del peritaje y podrá, por último, llevar a juicio a sus propios peritos para presentar conclusiones distintas. Además, durante el juicio el perito podrá ser confrontado con su informe, que para efectos del juicio será su declaración previa.

Para proteger la oralidad y la inmediación es necesario que las reglas de la prueba declaren explícitamente cuál es el uso que las partes pueden dar a las declaraciones previas de testigos y peritos, es decir, a lo que han dicho antes del juicio, como es el caso del informe del perito o la declaración jurada de un testigo. En un sistema oral, en el que se respete la inmediación tanto como elemento del debido proceso como un medio para depurar información, las declaraciones previas sólo deben poder ser usadas para manifestar contradicciones entre lo que dice hoy el testigo en juicio y lo que dijo antes.[52] Es decir,

52 Además de lo anterior, una declaración previa podrá ser usada para ayudar al testigo a recordar algo que haya olvidado, pero no trataremos esta función en esta parte del trabajo porque ella no se relaciona con la contradicción pues generalmente es usada por la misma parte que intenta ayudar al testigo que esa misma parte ha traído al juicio.

la declaración previa es un medio que está limitado a valorar la credibilidad de la persona que declara en el juicio. En caso contrario, en el contexto de una cultura legal que viene recién saliendo de los sistemas escritos, las declaraciones previas fácilmente podrían ser usadas como documentos sustituyendo las declaraciones personales de los testigos y peritos que deben comparecer al juicio. Si esto ocurre, se afecta la posibilidad de realizar un control de la calidad de la información entregada por esa persona (no es posible realizar un contraexamen a un documento), aumentando las posibilidades de ingreso de información de mala calidad y disminuyendo, a su vez, el derecho de contradecir la prueba presentada por la contraparte.

Volviendo al descubrimiento, estimamos que a partir de las características que éste debe tener para cumplir sus objetivos, se potencia en varios sentidos la confrontación y, por consiguiente, el control de calidad de la información. Por una parte, la que ya hemos señalado, la contraparte podrá preparar, por ejemplo, las líneas de preguntas que hará a un determinado testigo o perito. Sin el descubrimiento, la confrontación en juicio de este testigo o perito habría sido un mero ejercicio de olfato investigativo, de pura suerte. Por otra parte, luego del descubrimiento también podrá preparar la confrontación de cada medio de prueba con otros que esa misma contraparte disponga o con los de la misma parte que la presenta, manifestando sus inconsistencias. Por último, entre el descubrimiento y la audiencia de juicio podrá recopilar antecedentes sobre las personas que declararán, pudiendo contrastar sus declaraciones en juicio con la información que haya podido reunir.

Todo lo anterior hace más efectivo el ejercicio de confrontación de la prueba y pone de manifiesto otra de las características del juicio que nuestra tradición procesal suele olvidar, quizás por la misma confusión respecto de lo que es un juicio: El momento en que se rinde la prueba (el juicio) no es un momento destinado a investigar, sino que por el contrario, es el momento en que las partes le presentan al tribunal, de la manera más persuasiva que puedan, la investigación que ya realizaron.

3.5.- Prueba presentada en el juicio.

Toda la prueba que pretendan usar las partes para convencer al tribunal acerca de la veracidad de su versión debe haber sido presentada en el juicio. Es decir, solo debe ser valorada en la sentencia la prueba que haya sido presentada en la audiencia. De lo contrario, la parte a quien esa prueba perjudica no habrá tenido la oportunidad de confrontarla relevando sus falencias y, además, tampoco podrá haberlo realizado inmediatamente frente al juez que determinará los hechos en definitiva. La incorporación de prueba por fuera de esta exigencia supone el riesgo de la valoración de información de mala calidad ya que nadie ha podido controlarla y el juez no la ha percibido direc-

tamente. Esta exigencia también significa que la prueba misma debe ser realmente presentada en el juicio y no una mera representación de ella. En otras palabras, en el juicio debe presentarse el testigo en persona y no una declaración anterior de esa persona contenida en algún medio escrito o audiovisual, por ejemplo. En caso contrario, no podría realizarse un control de la calidad de la información contenida en dicha declaración porque no habría forma de interactuar con ella. Así, en un juicio oral los testigos declararán personalmente, frente al tribunal, de manera que los jueces puedan escuchar y ver directamente lo que esa persona tenga que decir y mostrar. Sus declaraciones personales no pueden ser sustituidas por declaraciones escritas, ya que si esto se permitiera se acabaría la oralidad y, por consiguiente, la inmediación (además de los problemas que presentaría para la contradictoriedad). La oralidad al servicio de la inmediación, entonces, no se satisface por la lectura "oral" de lo que alguien dijo en algún momento remoto anterior al juicio, sino que sólo con la declaración personal del testigo directamente ante el tribunal. Esto es lo que constituye la regla general en los sistemas que privilegian la inmediación y sólo admite excepciones calificadas.[53]

3.6.- Sistema de convicción del tribunal

Al haber percibido directamente toda la actividad probatoria, el juez debe tener libertad para formarse su propia convicción sobre los hechos y valorar la prueba de acuerdo a lo percibido. Es decir, debe tener libertad para valorar los medios de prueba concretos y específicos rendidos en la audiencia, como en el sistema de la sana crítica, abandonando el sistema de la prueba legal o tazada en abstracto por el legislador. Todo el ejercicio de las partes durante el juicio estuvo encaminado a demostrarle al tribunal los matices de la prueba que hacían más creíble una versión que otra. Este ejercicio fue percibido por el juez, quien vio como un testigo entró en contradicción con lo que había dicho hace unos momentos o que, más allá de sus palabras, se mostró dubitativo e inseguro, tomándose largo tiempo para pensar en una respuesta antes de contestarla. Frente a una pregunta difícil de la contraparte, vio como un perito buscaba la mirada del abogado que lo presentó esperando una guía. Lo vio confrontado con un artículo escrito por él mismo en una revista especializada en el que sostenía una tesis distinta a la que sostiene ahora en el juicio y lo vio balbucear una explicación desarticulada. La calidad y especificidad

53 Así, por ejemplo, algunas excepciones pueden estar constituidas por la declaración prestada con anterioridad al juicio por un testigo que está en riesgo de morir antes de su comparecencia o que estará ausente al momento del juicio, entre otras análogas en gravedad. En estos casos, balanceando los intereses en juego, se puede permitir la lectura en juicio de la declaración anterior del testigo, limitando con ello la inmediación y la contradictoriedad. Algunos sistemas, sin embargo, permiten este uso de declaraciones en el juicio siempre y cuando estas ofrezcan ciertas garantías, como ocurre cuando se autoriza su uso en juicio sólo si dicha declaración fue prestada ante un juez y el abogado de la contraparte pudo realizar preguntas al testigo. Así ocurre, por ejemplo, en el artículo 280 y 331 del Código Procesal Penal chileno.

de esta percepción del juez sería borrada de un plumazo con una norma de prueba legal que dispusiera que dos testigos contestes valen más que uno, por ejemplo. Es imposible que un criterio de valoración general y abstracto, como es por definición la ley (general y abstracta), pueda igualar la riqueza de los detalles de la apreciación directa aplicada a los hechos específicos observados con inmediación. En su origen, la razón justificatoria del sistema de prueba legal fue la desconfianza en los jueces. Se intentaba evitar al máximo posible su subjetividad y arbitrariedad. Para ello, mientras más lejos estuviera del proceso, mejor. Mientras más mediato fuera su contacto con las partes y con la prueba, mejor. Mientras más escrito y menos oral, mejor. Y eso mismo, a la hora de valorar la prueba, implicaba que mientras más en abstracto (lejos de los medios de prueba) valorara la prueba, mejor.[54] De acuerdo a lo señalado por Cappelletti, este paradigma es consistente con las ideas de la época del pensamiento "escolástico" y de la filosofía aristotélico-tomística en el que se valoraban sobremanera las abstracciones apriorísticas o la deducción de verdades absolutas *a priori*. Así, en una época fue una verdad absoluta en España que el noble era más veraz que el no noble porque el primero "parece que guardará más de caer en vergüenza por sí y por su linaje", o que el rico era más veraz que el pobre porque "el pobre puede mentir por codicia o por promesa", o que el hombre era más creíble que la mujer porque "tiene el seso más cierto y más firme".[55] Hoy, en cambio, estimamos valioso lo opuesto. Creemos que el juez resolverá de mejor manera mientras esté más cerca, mientras perciba de manera más directa, para que logre "pesar" las pruebas (en concreto) en lugar de "contarlas" (en abstracto).

3.7.- Admisibilidad de la prueba.

Directamente relacionado con lo anterior, también se debe abandonar la inadmisibilidad de la prueba por razones de credibilidad, cuestión común y coherente en los sistemas de prueba legal, pero inconsistente con los sistemas de libre convicción o sana crítica. De acuerdo al sistema de prueba legal, ciertas personas no debían ser escuchadas si reunían ciertas características apriorísticamente establecidas por la ley. Estas características, fijadas previamente y en abstracto por el legislador, manifestaban su juicio respecto de la credibilidad de ciertas personas debido a la relación que éstas mantenían con las partes en conflicto o porque reunían ciertas particularidades innatas. Así, en ejemplos históricos más extremos, las mujeres eran testigos inadmisibles.

54 Para más detalle sobre este tema véase Mauro Cappelletti, El Proceso Civil en el Derecho Comparado, Ediciones Jurídicas América-Europa, Buenos Aires, 1973, especialmente en sus páginas 46 a 52 y 89 a 117.

55 E. J. Couture, Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial, en Estudios de derecho procesal civil II, Buenos Aires, 1949, pág. 198. Citado por Mauro Cappelletti ob. cit., pág. 93.

O más modernamente, los parientes cercanos de las partes o cualquiera que tuviese interés en el resultado del juicio eran testigos inadmisibles. Es decir, todas estas personas eran, en abstracto, sospechosas de prejuicio y parcialidad. Lo que dijeran era indigno de credibilidad *a priori*, por lo que se decidía derechamente no admitir que su testimonio fuera recibido por el juez. Este era el sistema de reproches o tachas, que desconfiaba no tanto de dichos testigos, sino que de la capacidad del juez para valorar correctamente la credibilidad de los testigos en general. Lo mismo ocurría con las partes en conflicto. Ellas no podían declarar en su propia defensa sirviendo como un elemento de convicción del tribunal, sino que – y no siempre – sólo se permitía que la contraparte exigiera su declaración al tenor de preguntas escritas (interrogatorio de posiciones o *interrogatoire sur faits et articles*) cuyas respuestas eran también escritas y preconstituidas, transformándolo en un acto meramente formal.[56] Muy por el contrario, en un sistema de valoración de la prueba en concreto, como la sana crítica, no corresponde que el legislador en abstracto excluya de la audiencia de juicio ciertos medios de prueba porque le parecen parciales o poco creíbles *a priori*. Esta inadmisibilidad por falta de credibilidad ha sido desterrada de muchos sistemas procesales hace ya mucho tiempo, como ocurrió en Inglaterra con la *disqualification of parties and interested persons as witnesses* a partir de 1843,[57] y que venía siendo criticada desde mucho antes, como queda demostrado con las palabras de Voltaire, que en 1785 señaló que "todo hombre, quienquiera que sea, puede ser admitido a testimoniar. La imbecilidad, el parentesco, la domesticidad, la infamia misma, no impide que se haya podido ver y oír bien. Es a los jueces a quienes corresponde pesar el valor del testimonio".[58]

3.8.- Libertad de los medios de prueba.

Por último, las partes deben tener libertad para presentar cualquier medio de prueba, con la única condición, por regla general, de que sea pertinente. Es decir, no debe haber un catálogo cerrado de medios de prueba establecidos en la ley, dejando fuera otros que pueden servir para lograr convicción, pero que por diversas razones, como los avances tecnológicos, no pudieron ser previstos. Limitar los medios de prueba a un catálogo estricto sólo podrá tener como resultado dificultar a las partes probar los hechos que alegan o demostrar la falta de credibilidad de los hechos que alega la contraparte, limitando con esto la posibilidad de controlar la calidad de la información ingresada al juicio. Esto no significa que todo medio de prueba pertinente sea admisible sin excepciones, como ocurre cuando por razones de debido proceso se excluye la prueba altamente prejuiciosa con poco valor probatorio, sino que significa

56 Mauro Cappelletti, La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, págs. 323 y 324.

57 Ob. cit., pág. 321 y 329.

58 F. M. A. De Voltaire, citado en Mauro Cappelletti, El Proceso Civil en el Derecho Comparado, Ediciones Jurídicas América-Europa, Buenos Aires, 1973, págs. 107 y 108.

que la regla general debe ser la libertad de probar a través de cualquier medio que sirva para lograr la convicción del tribunal respecto de un hecho que se alega, admitiendo sólo excepciones calificadas.[59]

3.9.- Sistema de recursos compatible.

La necesidad de contar con un sistema de recursos viene dada modernamente desde la garantía del debido proceso. Así, el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) señala que "*Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*" y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 14 que "*Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley*".[60] Con todo, debe destacarse que en general la doctrina procesal civil parece conteste en el hecho de que no existe, tanto a nivel de principios procesales como garantías individuales, ninguna exigencia específica de un sistema de impugnación concreto o incluso el que exista necesariamente un sistema de impugnación.[61]

En este contexto, la determinación específica del sistema de recursos que tendrá el proceso civil es un asunto de política legislativa muy relevante, debiendo considerarse en su diseño que este sistema deba ser compatible y coherente con los objetivos y características que se han definido para el proceso. Así, en los sistemas procesales que diseñan el proceso judicial desde la idea del debido proceso y del juicio como un escenario para controlar la calidad de la información, el juicio oral se construye como el centro del proceso. Es por esto que las etapas previas al juicio se diseñan desde el juicio y para el juicio. Este es el caso del descubrimiento, por ejemplo, cuyo objetivo es permitir que el juicio sea un escenario real para el derecho de confrontar la prueba y el control de su calidad. Lo mismo ocurre con las etapas posteriores al juicio. Siendo el juicio la garantía central del debido proceso, el sistema de recursos contra la sentencia debe estar diseñado desde el juicio y para el juicio. Entonces, en los nuevos procesos civiles, que han optado por la oralidad y la inmediación, el sistema de recursos debe apoyar y complementar las características del juicio, siendo coherente con el respeto al debido proceso y al juicio como herramien-

59 Así ocurre por ejemplo con la regla 403 del Federal Rules of Evidence de Estados Unidos que señala que "Aunque sea relevante, la evidencia puede ser excluida si su peso probatorio es sustancialmente superado por el peligro de crear un prejuicio injusto, confusión sobre el hecho a probar o desorientación del jurado, o por consideraciones de demora innecesaria, pérdida de tiempo, o por tratarse de prueba sobreabundante innecesaria" (la traducción es nuestra).

60 Sobre la aplicación de estándares de debido proceso penal a materias civiles, nos remitimos a lo ya explicado en el capítulo sobre el debido proceso de este trabajo.

61 Véase Jorge López González, ob. cit. pág. 143.

ta para la depuración de la información, puntos de partida que hemos planteado deben estar en la base del diseño de los nuevos procesos civiles.

Comparativamente, existen básicamente dos modelos de recursos. El primero, relacionado con el recurso de apelación o que podríamos denominar sistemas de doble instancia, permite que un tribunal distinto al que decidió el asunto en un primer momento revise tanto los hechos dados por ciertos como el derecho aplicado por este último. Esto implica la existencia de una doble instancia, es decir, de dos oportunidades para hacer un juicio: Dos veces se dice cuáles son los hechos probados y dos veces se dice cuál es la consecuencia jurídica que se desprende de ellos. De esta manera, el tribunal que revisa en segunda instancia puede entender que los hechos dados por acreditados por el primer tribunal de juicio son incorrectos, logrando la convicción de que las cosas ocurrieron de una manera distinta. A partir de esto se podría concluir, a primera vista, que un sistema que incluya la apelación es un sistema que protege muy intensamente las garantías ya que no sólo dispone el derecho a un juicio antes de resolver sobre los derechos de las personas, sino que asegura la realización dos juicios. Sin embargo, no es este afán el que explica el recurso de apelación. Este sistema recursivo no está asociado históricamente al desarrollo de la noción de debido proceso sino que a los sistemas de control jerárquico dentro del propio poder judicial, ya que el inferior jerárquico (juez de primera instancia) se entiende como un delegado del tribunal superior, quien es en definitiva el único con el verdadero poder jurisdiccional y que, por lo mismo, mantiene la última palabra respecto de todo lo que el inferior realizó previamente. La amplitud de la revisión (hechos y derecho) se explica entonces por la intensidad del poder que ejerce el superior sobre el inferior, incluso llegando a facultársele para revisar lo resuelto previamente aunque las partes no hayan manifestado ninguna oposición a lo resuelto en primera instancia.[62]

El segundo modelo es el de la revisión del derecho. En este sistema, el tribunal que revisa la decisión del tribunal de juicio está limitado a analizar, sin poder modificar la base fáctica dada por cierta por éste, si el derecho fue aplicado correctamente. A este sistema responde el recurso de casación. En los sistemas en que se permite impugnar la decisión del tribunal de juicio sólo a través de este tipo de recursos, hay una sola instancia. La amplitud de la revisión es menor que en el recurso de apelación (no pueden revisarse los hechos), pero la revisión del derecho admite cierta amplitud. Es decir, no solo puede revisarse la corrección en la aplicación del derecho sustantivo, sino que también puede revisarse la aplicación de las normas procesales con el objeto de

62 La doctrina procesal civil y penal sobre este punto es diversa y bastante frondosa. Así, puede verse a modo ejemplar Jorge López González, ob. cit. pág. 139; Julio Maier, Derecho Procesal Penal tomo I, Editores del Puerto, Buenos Aires 1996, págs. 705 y siguientes; y, Alex Carocca, *Recursos en el Nuevo Sistema Procesal Penal*, en Nuevo Proceso Penal, editorial ConoSur, Santiago 2000, págs. 297 a 331.

verificar si se cumplieron con los estándares del debido proceso. En los casos en que el tribunal revisor estime que hay una errónea aplicación del derecho en alguno de estos sentidos, podrá ordenar que se realice un nuevo juicio o dictar una sentencia de reemplazo (dependiendo de cuál haya sido el error cometido en el juicio).[63] Este sistema de recursos es asociado históricamente a la república democrática y a la noción de debido proceso que garantiza el derecho a un juicio, y sólo a uno, pero que sea justo.

Parece evidente que, si el sistema de recursos debe ser coherente con los objetivos y características del mismo proceso civil que se realizó previamente (oral, inmediato, etc.), el hecho de tener un recurso de apelación (doble instancia) trae más problemas que soluciones. Así puede afirmarse tanto desde el punto de vista de la inmediación y del juicio como herramienta de depuración de la información, la doble instancia no asegura una mejor determinación de los hechos, sino que, por el contrario, asegurar una de peor calidad en la medida que el tribunal de juicio ha percibido directamente la producción de la prueba, mientras que el tribunal revisor sólo lo hará a través de actas. Parece difícil poner esto en duda cuando la mayoría de la doctrina celebra la existencia de la inmediación resaltando que una de sus virtudes es la mejor percepción de los hechos que tendrá el juez. Así, por ejemplo, cuando se señala que "*Claro es que la impresión del juez que asiste a una audiencia no es traspasable a otro. La solución Uruguaya parece adecuada para resolver el problema, otorgando competencia al juez que conoció del proceso para resolver fallarlo aun cuando haya sido trasladado o ascendido*".[64]

Con la revisión del derecho, en cambio, no se presentan estos problemas. El tribunal del juicio y el tribunal revisor no se encuentran en escenarios distintos. Ninguno de los dos requiere haber presenciado los medios de prueba directamente para determinar el derecho aplicable y la forma de aplicarlo al caso concreto. La calificación jurídica de los hechos es un ejercicio mental que ambos tribunales pueden hacer sin afectar la inmediación ni las demás características relevantes del juicio. Más aun, la revisión del derecho realizada por un tribunal superior sí puede dar más garantías de corrección en la medida que se trata de tribunales integrados por magistrados de mayor experiencia, además de cumplir con una misión entregada generalmente a éstos que consiste en uniformar el sentido y alcance del derecho.

A partir de todo lo anterior, entendemos que un sistema de juicios orales debe ser de única instancia, asegurando la posibilidad de recurrir de la sentencia definitiva a través de un recurso que permita la revisión del derecho

63 Idem.

64 Véase José Pedro Silva y Juan Pablo Domínguez, *Principios Fundamentales del Procedimiento Civil: Diagnóstico y Proposiciones a la luz de un Nuevo Ordenamiento*, en Justicia Civil y Comercial: Una Reforma Pendiente, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago 2006, p.438.

de una manera amplia, lo que permite coherencia con los objetivos que deben estar a la vista a la hora de diseñar el proceso y que no vulnera el derecho al recurso establecido en los tratados internacionales, como por lo demás se ha señalado reiteradamente en España al definir la constitucionalidad de los procesos orales contra los que solo procede el recurso de casación, siempre y cuando las causales de procedencia sean más o menos amplias y que los tribunales interpreten "los presupuestos y límites para la admisión del recurso de la forma más favorable posible a la eficacia del derecho al recurso" ya que se "infringiría el derecho al recurso si se declara inadmisible sin razonamiento alguno o a través de una lectura irracional, arbitraria y rigurosa de la ley, impidiéndose así un pronunciamiento sobre el fondo de la impugnación".[65]

4.- EFICACIA DE LAS REGLAS DE LA PRUEBA EN LOS SISTEMAS CIVILES REFORMADOS DE NUESTRA REGIÓN.

Desde el punto de vista del control de la calidad de la información que venimos comentando, estimamos que en los actuales diseños de reglas de la prueba en los procesos civiles reformados hay todavía mucho que avanzar. Como analizaremos a continuación, tanto normas como prácticas de nuestros sistemas reformados constituyen un paso intermedio en el mejoramiento del sistema probatorio que aun presenta reglas y metodologías de determinación de hechos que dificultan comprobar la calidad de la información ingresada al juicio.

Esta dificultad se hace aun más relevante cuando la valoración de la prueba es a través de la sana crítica, que los nuevos ordenamientos incorporan, ya que esta forma de valorar la prueba obliga al juez a realizar un ejercicio más sofisticado y específico de evaluación del peso probatorio de los medios empleados. Recordemos que los sistemas de prueba legal o tasada descansan en la idea que el juzgador carece de discrecionalidad para evaluar los medios de prueba ya que es el legislador quien les ha asignado valor en forma previa. En este esquema el juez es un "mero aplicador" de un criterio de valoración definido de antemano por el legislador[66] y que, valga la pena señalar, se trata de un sistema de valoración que ha tendido a desaparecer en los sistemas procesales modernos por considerarse incompatible con la lógica de los mis-

65 Véase Alex Carocca, *Recursos en el Nuevo Sistema Procesal Penal*, en Nuevo Proceso Penal, editorial ConoSur, Santiago 2000, pág. 312.

66 En palabras de una doctrina procesal civil tradicional "En el sistema de la prueba legal la máxima de la experiencia, que es la premisa mayor del silogismo, viene establecida por el legislador, el cual ordena al juez que proceda a aplicar la máxima en el caso concreto, del modo que las reglas legales de valoración de la prueba no son más que máximas de la experiencia que el legislador objetiva, sin dejar que sea el juez el que determine la máxima de la experiencia que ha de aplicarse en el caso". Véase Juan Montero Aroca, La Prueba en el Proceso Civil, 4º edición, Editorial Civitas, Navarra 2005, pág. 553.

mos, como ya hemos señalado. La valoración de la prueba de conformidad a las reglas de la sana crítica opera, en cambio, en una lógica completamente distinta. Los sistemas de sana crítica establecen básicamente libertad para que el tribunal competente pueda valorar los medios de prueba de la forma que le parezca más razonable. Es decir, el legislador entrega al juez discreción respecto a cómo evaluar y qué peso entregar a las distintas pruebas recibidas en el juicio. La idea detrás de esto es que en cada caso el peso y valor que puedan tener las pruebas depende de variables que sólo pueden ser ponderadas de manera concreta por el órgano que ha recibido dicha prueba. Con todo, no se trata de una esfera de discrecionalidad absoluta. En el proceso de valoración de la prueba el tribunal no se puede apartar de las reglas básicas de la lógica formal, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, las que operan como límite al proceso de razonamiento del tribunal. Todo ello en un contexto en donde normalmente estos sistemas van acompañados de reglas que incluyen exigencias de argumentación de la sentencia que permitan controlar que el tribunal no exceda dichos límites.[67] De esta forma, pasar de un sistema en que la ley *a priori* y en abstracto determinaba la valoración que el juez debía dar la prueba (prueba legal) a un sistema en que el juez valora la prueba con límites bastante amplios (sana crítica), obliga a diseñar un sistema de producción de información que permita demostrar en juicio los matices de la prueba rendida, que luego podrán ser utilizados por el juez para determinar (valorar) su credibilidad. De lo contrario, el juez estará a ciegas: No tendrá criterios predefinidos en la ley, pero tampoco tendrá la materia prima necesaria para aplicar un criterio concreto de valoración porque la prueba no le habrá dado la información lo suficientemente específica para hacerlo.

En lo que sigue intentaremos relevar algunos aspectos de los sistemas reformados que dificultan al juez evaluar la calidad de la información ingresada al juicio y que, por ende, le dificultan también hacer un trabajo preciso de valoración en concreto de la prueba.

4.1.- Inmediación, Concentración y Continuidad:

En los nuevos sistemas orales civiles se establece explícitamente el principio de la inmediación y, además, la idea de proceso por audiencias, esto es que los actos procesales más importantes, incluida la prueba, se deben producir en el marco de una audiencia oral, pública y contradictoria. Sin embargo, tanto normativamente como en ciertas prácticas, estos sistemas no protegen suficientemente la concentración de la actividad probatoria en una sola au-

67 Sobre la lógica de los sistemas de "Sana Crítica" existe bastante consenso en la doctrina comparada. A modo de ejemplo puede revisarse Juan Montero Aroca, ob. cit. págs. 555 a 557; Julio Maier, Derecho Procesal Penal tomo I, Editores del Puerto, Buenos Aires 1996, págs. 870 a 874; Alex Carocca, Manual de Derecho Procesal tomo II, Lexis Nexis, Santiago 2003, págs. 332 y 333.

diencia, con lo que los objetivos buscados por los principios antes enunciados pierden parte importante de su fuerza y sentido.

Así, pueden encontrarse varias normas en los diversos códigos procesales que más bien parecen manifestar la noción de que, cumplidas las reglas de la contradicción, de la publicidad y de la inmediación (entendida como la presencia del juez en la audiencia), no hay obstáculo para que las pruebas tengan lugar en audiencias distintas, normalmente en una preliminar y otra principal. Así, tanto el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica como el Código General del Proceso uruguayo disponen que en la audiencia preliminar se recibirán los medios de prueba disponibles en el momento y que, si hubiese más prueba que rendir, se realizará otra audiencia, en un momento distinto, llamada audiencia complementaria, cuyo único objeto será la recepción de la prueba pendiente. Así también dispone el artículo 61.9 del nuevo procedimiento de familia chileno al establecer que en la audiencia preparatoria se podrá "recibir la prueba que sea posible rendir en ese momento", dejando la rendición de las demás pruebas para la audiencia de juicio. En esta misma línea, el mismo Código Modelo dispone en su artículo 139.2 que el interrogatorio a una de las partes del litigio puede realizarse "en el curso de cualquier audiencia, de oficio o a solicitud de la parte contraria".

La inmediación ya pierde parte importante de su sentido cuando la prueba puede rendirse en distintas audiencias, pero el problema se profundiza aun más cuando una y otra se realiza muy separadamente en el tiempo. Así ocurre, por ejemplo, en Uruguay, donde el tiempo promedio que transcurre entre la presentación de la demanda y la primera audiencia es de 2,6 meses y el tiempo de duración de la primera instancia contado desde la presentación de la demanda hasta la sentencia definitiva es de 14 meses en materia civil-comercial. Como se puede apreciar, entre la primera audiencia, la audiencia complementaria y la sentencia transcurren en promedio 11,4 meses.[68] Ocurre algo similar en los Juzgados de Familia chilenos, por lo menos en la ciudad de Santiago, donde toda audiencia tiene asignada una duración máxima de dos horas, por lo que en caso de no ser suficiente una audiencia para recibir toda la prueba ésta es suspendida y se fija una nueva fecha para continuarla semanas o meses después.[69]

Los problemas que lo anteriormente descrito traen consigo se agudizan con otro elemento normativo que se encuentra en varias de las leyes de reforma: La existencia de plazos que permiten a los jueces diferir la dictación

68 Véase Santiago Pereira Campos, Oralización de los Procesos Civiles en Uruguay, pág. 27, disponible en biblioteca virtual CEJA (www.cejamericas.org).

69 Experiencia vivida directamente por uno de los autores y confirmada como una experiencia general a través de lo señalado por un grupo relevante de abogados litigantes de dichos tribunales. En el caso vivido, la segunda sesión de la audiencia de juicio fue fijada para un mes y medio después.

de las sentencias de los juicios. En principio esto podría no ser un problema en un sistema en que la oralidad estuviese suficientemente asentada, en la medida que se entendiera que el fallo y su exposición es parte de la audiencia, pudiendo existir un periodo de suspensión de la misma destinado a que el juez elaborara su razonamiento y decisión. No obstante, en un contexto de larga tradición de escrituración, existe el riesgo, que se concreta en algunos lugares, de que en realidad el fallo se separe totalmente de la audiencia y sus contenidos, y entonces la base del mismo deja de ser la percepción inmediata de la prueba sino que el acta o protocolo de la audiencia. Así lo podemos encontrar el la ley de tribunales laborales chilena que establece un plazo de 15 días para dictar sentencia (Art. 457), pero que al mismo tiempo establece que los plazos de dicha ley no son obligatorios para los jueces (Art. 435). Por su parte, el Código General del Proceso uruguayo dispone que "*El Tribunal, sea unipersonal o colegiado, podrá diferir la expresión de los fundamentos para una ulterior audiencia, la que deberá llevarse a cabo en plazo no mayor de(…) quince días si se tratare de sentencia definitiva*",[70] agregando que "*Cuando la complejidad del asunto lo justifique, se podrá prorrogar el plazo para dictar la sentencia con sus fundamentos por quince días, si se tratare de sentencia definitiva…*"[71] y que "*Los plazos para el estudio y para dictar sentencia, se suspenden por las licencias de los Magistrados, las Ferias y la Semana de Turismo. Las diligencias para mejor proveer, así como las demás indispensables que correspondieren, suspenderán los términos para dictar sentencia conforme con lo dispuesto por el artículo 194*".[72]

En algunos lugares como Uruguay, además de los problemas normativos ya señalados, se ha producido una práctica adicional que consiste en la escrituración de los alegatos finales[73], para los que se otorga un periodo relativamente extenso, y que son agregados al acta del juicio con la que el juez se formará convicción. En consecuencia, en la práctica, es absolutamente claro que el juez dicta el fallo sobre la base de la lectura de las actas bastante tiempo después de ocurrida la audiencia.

Al parecer, detrás de la noción de inmediación contenida en los cuerpos legales que permiten rendir prueba en distintas audiencias y que dan plazos extendidos para dictar sentencia, está la idea de que si bien la prueba se debe producir de forma oral, frente al juez y de manera contradictoria, no hay problema en que su apreciación y valoración por el tribunal pueda en cambio

70 Artículo 203.2 del Código general del Proceso.

71 Artículo 203.3 del Código general del Proceso.

72 Artículo 207 del Código general del Proceso.

73 Así lo señala el jurista uruguayo Santiago Pereira Campos cuando señala que "En la práctica jurisprudencial uruguaya muchos tribunales –algunos sólo si hay acuerdo de partes, otros aún sin tal acuerdo admiten la presentación de los alegatos por escrito, incorporando el mismo al acta de la audiencia". Véase ponencia Mecanismos legales para garantizar la efectiva aplicación del principio de inmediación en el proceso por audiencias, XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, 2002, página 15, nota al pie Nº42, publicada en biblioteca virtual de CEJA (www.cejamericas.org).

diferirse a un momento posterior en que éste lee las actas de la diversas audiencias y construye a partir de ellas su decisión sobre el fondo del asunto.

Todo lo anterior es sumamente problemático para hacer efectivos los fines de la inmediación relacionados con la prueba, porque si la inmediación no va acompañada de una actividad de rendición de prueba concentrada en una sola audiencia continua, se dificulta enormemente que el juez pueda dictar sentencia sólo en base a lo que ha percibido directamente. Por el contrario, en un sistema por audiencias sin concentración y continuidad todos los incentivos están dirigidos a que el juez resuelva en definitiva fundándose en un acta que sólo es una representación de lo que ocurrió en audiencias pasadas.

Nos parece claro que mientras más tiempo medie entre la rendición de un medio de prueba y otro, por una parte, y entre todos los medios de prueba y la sentencia, por otra, más se pierde lo que se pudo haber ganado con la inmediación existente en cada una de esas audiencias por separado. ¿Cómo podría un juez determinar con mínima precisión qué hechos son ciertos, usando sólo su memoria de lo percibido directamente, si los testigos declararon hace dos mes? ¿Cómo podría un juez determinar con mínima precisión qué hechos son ciertos, usando sólo su memoria de lo percibido directamente, si unos testigos declararon hace dos mes y otros lo hicieron cuatro? ¿Cómo podría un juez determinar con mínima precisión qué hechos son ciertos, usando sólo su memoria de lo percibido directamente, si entre la rendición de la prueba y su sentencia ha escuchado declarar a numerosos testigos de otros pleitos? ¿Qué testigo correspondía a qué juicio? En ninguno de estos casos el juez podrá, con la calidad mínima esperada de una sentencia definitiva, resolver sólo con el mérito de lo que percibió directamente en las distintas audiencias en que recibió la prueba, sino que lo hará mediante la lectura de las actas en las que constan estas actuaciones. No podría esperarse otra cosa de un juez que, en estas circunstancias, pretenda cumplir su trabajo. Y la pregunta que surge naturalmente es ¿para qué diseñar todo un sistema oral que garantice la inmediación si, en el último momento, el de la decisión más importante y para la cual se realizó todo el proceso, se dicta la sentencia de la misma manera que en el antiguo procedimiento escrito? ¿Hay un juicio oral si el juez forma su decisión a través de un acta y no de la audiencia? Es por lo anterior que entendemos que la inmediación sin concentración ni continuidad no es inmediación y que los nuevos sistemas reformados son débiles en protegerla normativamente permitiendo que en la práctica no pueda rendir sus frutos.

4.2.- La Persistencia del Expediente.

Muchos de los textos de las leyes de reforma son profusos en normas que dan cuenta de la persistencia de la centralidad del expediente. Estas normas van desde la regulación del expediente propiamente tal, de su constitución

y de las copias del mismo, entre otras, hasta una serie de normas relativas a los actos procesales mismos cuya regulación recae fundamentalmente sobre las formalidades de su registro o incorporación al expediente. Así, el Código Procesal Civil Modelo señala en su artículo 79.1 que "*Los documentos que se incorporen al expediente podrán presentarse en su original o facsímil, con certificación de su fidelidad con el original por quien legalmente correspondiere"* y en el inciso primero de su artículo 99 que "*Con el escrito o acta inicial de cada asunto que se promueva, se formará un expediente al que se incorporarán sucesivamente las actuaciones posteriores*", agregando en su inciso segundo que "*La reglamentación dispondrá la forma de llevarse esos expedientes, así como el modo de anotar en los mismos las constancias de los actos*". Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil española señala en su artículo 267, respecto de la forma de introducir al proceso documentos públicos, que "*Cuando sean públicos los documentos que hayan de aportarse conforme a lo dispuesto en el* artículo 265*, podrán presentarse por copia simple y, si se impugnare su autenticidad, podrá llevarse a los autos original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios*" y agrega en su artículo 268 Nº1 que "*Los documentos privados que hayan de aportarse se presentarán en original o mediante copia autenticada por el fedatario público competente y se unirán a los autos o se dejará testimonio de ellos, con devolución de los originales o copias fehacientes presentadas, si así lo solicitan los interesados*".

Hasta qué punto esta regulación da cuenta de una expresión cultural muy fuerte que resiste su retirada o hasta qué punto el expediente sigue siendo la estructura básica del proceso y el sistema preponderante del manejo de la información, son cuestiones que no pueden ser deducidas de la pura lectura aislada de dichas normas. La forma en que estas leyes se apliquen determinará que estas reglas tengan escasa significación o que en realidad sean determinantes en el funcionamiento del sistema. Sabemos que la estructura que adopte el despacho judicial, la incorporación de tecnología al mismo y la profesionalización de la gestión son variables que inciden determinantemente en este aspecto. Si el expediente constituye sólo una forma de registrar lo que va ocurriendo en el proceso con el objeto de mantener un control y seguimiento administrativo de lo realizado, entonces su presencia no debiera ser un obstáculo peligroso para el desarrollo de un verdadero sistema por audiencias. Si, por el contrario, el expediente se transforma en una herramienta legal para la toma de decisiones jurisdiccionales, entonces su existencia pone en grave peligro la centralidad de la audiencia desplazándola hacia el expediente. Cuando esto ocurre, "proceso", "juicio" y "expediente" terminan siendo sinónimos, como ocurría en el sistema escrito. Nuestra preocupación, entonces, por el peligro de la existencia de estas normas sobre el expediente no es meramente estética.

¿Cuál es el verdadero papel que cumplen estas normas en el sistema? Un primer indicio se vislumbra a partir de los efectos del incumplimiento de tales reglas. Si la ley manda la forma precisa de crear y desarrollar el expediente, no hacerlo de la manera esperada acarreará consecuencias negativas, como la nulidad de lo obrado. Si el expediente sólo fuera una herramienta administrativa y, por lo tanto, expediente y proceso no se confundieran, el incumplimiento de las formas de su confección no debiera tener consecuencias procesales, sino que a lo más sanciones administrativas para el funcionario que no cumplió correctamente con su trabajo.

Un segundo indicio del verdadero valor que estos sistemas dan al expediente viene dado por la preocupación, reflejado en la existencia misma de estas normas, de que el expediente se forme correctamente. ¿Por qué regular con tanto detalle en la ley la forma de constituir el expediente si las decisiones se tomarán en audiencia? Creemos que la respuesta es que estos sistemas siguen descansando en la idea de que la decisión se tomará sobre la base del estudio del expediente y no de lo ocurrido en la audiencia. Sobre este punto resulta especialmente explícita e iluminadora la norma de la Ley de Enjuiciamiento Civil española que dispone, en la parte final de su artículo 367, que el tribunal podrá interrogar al testigo sobre circunstancias relacionadas a su imparcialidad "*y hará que preguntas y respuestas se consignen en acta para la debida valoración de las declaraciones al dictar sentencia*". A lo anterior debe sumarse la existencia de plazos prolongados para dictar sentencia luego de la audiencia de juicio lo que, como ya señalábamos, obligará al juez a estudiar el acta para resolver debido al tiempo transcurrido entre la audiencia y el momento en que debe formar su juicio sobre el asunto. Esto significa, en definitiva, que el papel de la audiencia es la de ser un medio para levantar un acta o, en otras palabras, es un medio para construir el expediente. La presencia del juez en la audiencia (inmediación) tendrá entonces como objetivo garantizar la correcta confección del acta y no que éste se forme un juicio sobre lo probado por las partes. Su juicio lo formará tiempo después con la lectura del expediente. La audiencia no es, entonces, el momento del juicio.

Para estos sistemas, este papel que tiene la audiencia respecto del expediente se confirma con la existencia en ellos de la doble instancia. ¿Qué problema habría para que un tribunal superior valore la prueba a través de un acta si el tribunal inferior lo hizo de la misma manera? Y la respuesta obvia es que no habría ninguno. Sin embargo, cuando el papel de la audiencia no consiste en ser un medio para levantar un acta, sino que es el momento para que el juez se haga un juicio (el juicio) sobre la causa, la doble instancia se hace problemática: Los jueces de la segunda instancia estarían en un peor pie para decir qué hechos se dan por probados y cuáles no, debido a que tienen menos y peor información que el juez que presenció el juicio para hacerlo. Entonces,

la doble instancia sólo podría garantizar más errores que aciertos en la determinación de los hechos.

Por supuesto, como ya hemos señalado a propósito de la inmediación, continuidad y concentración, la calidad de la información recibida a través de actas no asegura la posibilidad de que el juez pueda realizar un verdadero examen de la calidad de la prueba. Así, mientras menos continuidad y concentración exista y más importancia tenga el expediente, habrá más peligro de estar frente a un sistema por audiencias meramente formal en el que la gran diferencia con el sistema escrito consistirá en que lo que antes se hacía por escrito ahora se hace oralmente, pero en donde las decisiones que realmente importan (sentencia y apelación) se construyen sobre la base del expediente, acta o cualquier otra forma de reconstitución mediata de lo que ocurrió en la audiencia. En este modelo de oralidad, como ya señalábamos, la audiencia es sólo un método distinto de construcción del expediente (a través del levantamiento de actas) y la inmediación es sólo un medio para garantizar la fidelidad del acta levantada (hecha en presencia del juez y las partes), pero en donde lo que realmente importa sigue siendo el expediente, lo que caracteriza al sistema escrito.

De esta forma, la presencia de normas que regulan en detalle la forma y certificaciones necesarias para confeccionar el expediente y la manera en que los actos de prueba realizados en audiencia deben incorporarse al expediente, deben ser considerados una alarma de aviso. ¿Es verdaderamente un sistema por audiencias aquel en que el juez no puede fallar si no hay expediente? Probablemente la respuesta a esta pregunta nos ayude distinguir si estamos en presencia de un sistema por audiencias formal o uno verdadero en que la oralidad, la inmediación y otros valores propugnados por las leyes de reforma logran desarrollar sus objetivos en plenitud.

4.3.- La Confrontación Directa.

Como ya hemos indicado, proclamar la oralidad supone en nuestra opinión plantear un método de producción y apreciación de la prueba que pone énfasis en la posibilidad de discriminar a fondo acerca de la calidad de la información que ha de utilizarse para tomar la decisión sobre el caso. A su vez, esta metodología descansa en diversos elementos que favorecen que la calidad de la información se maximice, dentro de los cuales vale la pena resaltar que el contacto directo del juez con la prueba en sí mismo permite una mejor percepción de su contenido, que la presencia de las partes en sí misma genera un control importante, que la solemnidad de la audiencia desincentiva la mentira y otras distorsiones equivalentes. No obstante, pensamos que el elemento principal que permite que el valor de la calidad de la información sea maximizada (que la prueba sea cuestionada severamente) radica en la posibi-

lidad de confrontación, que consiste en permitir que aquel a quien perjudica la información que se presenta (aquel con los mayores incentivos para develar los errores, distorsiones, mentiras y demás defectos de la prueba), haga esta labor en su propio favor, al mismo tiempo que a favor del juzgador.

Lo anterior supone establecer algunos mecanismos que han probado ser eficientes para permitir a las partes realizar esta labor y que en general no se han consagrado explícitamente en los nuevos ordenamientos. El primero de ellos es el de privilegiar el interrogatorio directo por las partes. Ellas son las que traen una versión sobre lo ocurrido y han tenido la oportunidad de preparar e investigar su caso para ofrecer pruebas de su verosimilitud al tribunal. Nadie está en mejor posición que ellas para extraer la información relevante y ponerla a disposición del tribunal, tanto para evidenciar su credibilidad como para mostrar sus defectos. Sin embargo, al contrario de lo recién planteado, en muchos de nuestros nuevos ordenamientos se privilegia el interrogatorio por el juez. Así, por ejemplo, el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica dispone en su artículo 139.1, sobre la declaración de parte, que "*El interrogatorio se hará por el tribunal, sea el dispuesto de oficio o por pedido de parte...*" y en su artículo 151 sobre la declaración de testigos que "*El Tribunal interrogará al testigo, en primer lugar, acerca de su nombre, edad, estado civil, domicilio (...) y demás circunstancias que sirvan para establecer su personalidad y si existe en relación con él algún motivo de sospecha; a continuación ordenará al testigo que haga un relato de los hechos objeto de su declaración, interrogándole sobre ello*". Algo similar ocurre en el artículo 367 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española cuando regula la forma de la declaración de los testigos, la que señala que el juez comenzará el interrogatorio haciendo una serie de preguntas destinadas a establecer su identidad, agregando preguntas sin límite respecto de posibles razones que el testigo tenga para dar un testimonio parcial.

Esta forma de extraer información es muy poco eficiente desde el punto de vista de los valores que hemos planteado, sobre todo porque dificulta a las partes el control de las distorsiones que el propio juez puede introducir. Por otra parte, obligar al tribunal a actuar de esta manera hace surgir problemas para mantener la apariencia de imparcialidad que todo tribunal debe mostrar, porque la imparcialidad objetiva del tribunal se va minando cada vez que se le exige realizar actividades de litigante (y probar una versión de los hechos es una función de parte). Esto se debe a que cada pregunta que se hace en un juicio no viene desde ninguna parte, ni va hacia ninguna parte: Las preguntas vienen desde una versión de los hechos y van dirigidas a corroborarla o desmentirla. Cuando un tribunal tiene amplias atribuciones para hacer preguntas, y en general para rendir prueba, se le obliga entonces a ir adoptando tempranamente una determinada versión de los hechos, pareciendo un tercer litigante que favorece a alguna de las versiones en competencia o incluso sosteniendo una tercera versión independiente de las anteriores. ¿Qué opinión

tendrían los fanáticos del fútbol de un árbitro si éste, durante el partido, se dedicara a dar pases a uno de los equipos? ¿Y qué opinión podrían tener de un árbitro que parece estar jugando su propio partido? Para mantener la imparcialidad, el tribunal no debe tener una versión de los hechos hasta haber escuchado toda la prueba producida por los litigantes. En este punto nos parece que existe una confusión en la doctrina procesal en la que se mezclan dos cosas que nos parecen diferentes, ya que generalmente se justifica la facultad del tribunal de hacer preguntas y rendir prueba en la necesidad de tener un juez activo que le dé impulso al proceso[74] o incluso se justifica en que uno de los objetivos de la inmediación es permitir que el juez pueda hacer preguntas a los testigos y a las partes.[75] Estimamos que "impulso procesal de oficio" y "juez activo en la producción de prueba" son dos cosas totalmente distintas que tienen objetivos diferentes. Una cosa es un juez que deba, por ejemplo, fijar la fecha de la audiencia siguiente aunque nadie se lo pida (impulso de oficio) y otra distinta es que llegado el momento de realizar la audiencia se deba comportar como dueño del conflicto. "Impulso procesal de oficio" e "imparcialidad" no tienen por qué ser antagónicos. Algo similar ocurre con la extensión del verdadero alcance de la inmediación, la que pone en riesgo otros valores no sólo como la imparcialidad sino a la posibilidad efectiva de las partes de confrontar la prueba y ejercer su derecho a defensa.

Este punto de partida sobre la imparcialidad, sin embargo, no marca una regla absoluta, sino que es un estándar del debido proceso que debe ser aplicado proporcionalmente y ponderando otros valores del sistema en juego. Así, por ejemplo, también es un valor del sistema, como venimos señalando en este capítulo, que el tribunal tenga información de buena calidad para resolver el asunto. Entonces, si al tribunal, luego de haber escuchado a un testigo que ha respondido a las preguntas de las partes, no le han quedado claros ciertos hechos, podría pedir su aclaración. Esta forma de permitir la intervención del tribunal protege razonablemente ambos valores al mismo

74 Así, por ejemplo, se señala que "En el procesalismo clásico se consideraba al juez como un sujeto a la espera en forma pasiva a que los demás hagan todo… Ese rol se quiso cambiar y ahora se exige del tribunal una participación activa desde el comienzo mismo del proceso, con potestades muy importantes… Se consagró así la dirección y trámite del proceso en poder del tribunal, su impulso de oficio; su iniciativa probatoria no sustitutiva de la actividad de las partes, pero sí complementaria (sustitutiva en algunas hipótesis excepcionales de algún proceso extraordinario); se le dieron facultades de rechazo y contraloría de diligenciamiento de prueba en audiencia preliminar en los supuestos de admisibilidad… Finalmente, se produjo un rediseño de la función conciliadora". Véase Luis María Simón, El Código General del Proceso del Uruguay, Subsecretaria de Asuntos Jurídicos: Secretaría Técnica de Mecanismos de Cooperación Jurídica, 2003, documento disponible en http://www.oas.org/Juridico/spanish/adjust19.htm.

75 En este sentido, por ejemplo Jorge López sostiene: "... cuando hablamos de inmediación no nos estamos refiriendo a la sola presencia y observación del juez, se trata de que interrogue a las partes y a los testigos, pida aclaraciones, enfrente a las partes sobre algún punto que no está suficientemente claro, confronte testimonios, observe objetos y lugares y realice toda aquella actividad que le permita tener el mayor conocimiento de los hechos que sustentan la disputa y a quien le asiste la razón". Ob. cit. pág. 230.

tiempo: El tribunal puede aclarar los dichos de las personas que declaran, resultando en información de mejor calidad, pero sólo puede hacerlo en el marco de las versiones que las partes han sustentado pues se trata de aclarar lo que ya se declaró al tenor de las preguntas que los litigantes han hecho, protegiendo así su apariencia de imparcialidad.[76] A esto se debe agregar un elemento más que puede hacer la diferencia en cuanto al límite de preguntar del tribunal: De acuerdo a la proporcionalidad del debido proceso, habrá que contestar a la pregunta de cuánta apariencia de imparcialidad queremos que tenga un tribunal dependiendo de la gravedad del asunto que esté sometido a su conocimiento. Así, entonces, podremos estar dispuestos a cautelar con mayor fuerza la apariencia de imparcialidad en casos penales que en casos civiles o, dentro del conjunto de casos civiles, podremos estar dispuestos a más apariencia de imparcialidad tomando en cuenta la cuantía de lo disputado o incluso la posición de igualdad en que se encuentren las partes. Con todo, queremos poner de relieve que la extensión de las facultades entregadas al tribunal para producir prueba no está exenta de problemas y que, aunque los Estados tengan cierta laxitud para determinar sus límites, debe ser regulada con cautela pues puede afectar principios fundamentales que estimamos muy valiosos, como es claramente el caso de la imparcialidad.

Volviendo al tema de este capítulo – el juicio como sistema de depuración de la información – estimamos que junto a privilegiar el interrogatorio directo por las partes, también es necesario establecer un sistema de objeciones contradictorio para controlar el modo en que las partes extraen información y, finalmente, es necesario establecer el método del contraexamen, esto es, la forma por la cual se permitirá que la parte a quien la información perjudica pueda interrogar sugestivamente al medio de prueba en cuestión, al mismo tiempo que regular específica y restrictivamente la posibilidad de introducir prueba por escrito, de modo de minimizar la posibilidad de que se eluda este control (contraexamen) por medio del reemplazo de las declaraciones personales por documentos, pero permitiendo al mismo tiempo el uso de documentos para la confrontación con quienes sí comparecen a declarar.

Lo que hemos planteado no es solo una cuestión teórica puesto que en la cultura legal latinoamericana se han venido dando históricamente diversas prácticas muy negativas desde el punto de vista de la calidad de información que sirve de base a la toma de decisiones y que sin dudas han contribuido al desprestigio de los sistemas judiciales que es común en esta parte del mundo. Por ejemplo, sabemos que en nuestros sistemas legales existe una cierta tolerancia para la presentación de testigos falsos, especialmente en algunos tipos de casos civiles. Asimismo, aunque estos no sean completamente falsos,

76 Esta es la solución establecida en el Código Procesal Penal chileno que dispone en el inciso 4º de su artículo 329 que "Finalmente, los miembros del tribunal podrán formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos".

sabemos también que las prácticas de preparación de los abogados sobre esos testigos son a lo menos discutibles y poco transparentes. Por otra parte, sabemos también que en nuestros sistemas judiciales la prueba pericial suele ser de mala calidad y muy poco confiable, pero que los jueces se ven obligados a trabajar con esa información. En fin, parece claro que, dados los vicios anotados, la introducción de la oralidad debiera ser la ocasión para cambiar los incentivos en términos de dar a las partes la oportunidad de controlar eficazmente estos vicios en su propio interés y, paralelamente, favorecer al sistema en su conjunto.

En el contexto de esta realidad, estimamos que varios de los sistemas reformados no facilitan un ejercicio efectivo de contradictoriedad ya sea por la existencia de normas que lo dificultan o por la ausencia de normas que lo protejan. Sólo a modo de ejemplo, podemos citar las normas contenidas en el nuevo proceso laboral chileno contemplado en la Ley 20.087, las cuales disponen que las preguntas que pueden ser dirigidas a los testigos "*no podrán formularse en forma asertiva, ni contener elementos de juicio que determinen la respuesta…*", dificultando completamente que la contraparte pueda realizar un control de la calidad de la información que ese testigo está aportando.[77] No es de extrañar una prohibición de este tipo en nuestro contexto regional ya que es común percibir en los operadores de nuestra cultura legal cierto rechazo a esta forma de contrainterrogatorios. Parece considerarse algo muy confrontacional, casi de mal gusto. Este fenómeno también hace que la confrontación efectiva también esté en peligro en sistema en los que, si bien no se prohíbe expresamente la formulación de preguntas sugestivas o inductivas en el contrainterrogatorio, tampoco se permiten expresamente como un derecho de la contraparte. Así ocurre, por ejemplo, en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica cuando se dispone en su artículo 151 Nº3 que "*Terminado el interrogatorio por el tribunal, las partes podrán interrogar libremente al testigo por medio de sus abogados, bajo la dirección del tribunal, que en todo momento podrá hacer nuevas preguntas, rechazar cualquier pregunta que juzgare inconducente, innecesaria, dilatoria, perjudicial o agraviante para el testigo, así como dar por terminado el interrogatorio*". En este escenario de prohibición o falta de protección de un contraexamen efectivo, no nos parece extraño que los sistemas judiciales se desprestigien frente al público por la facilidad que tiene los testigos de mentir en juicio debido a la incapacidad del sistema para detectarlos.

Como anunciábamos, uno de los elementos para permitir un control de la calidad de la información (asociado a la idea de confrontación y contradictoriedad) es la existencia de un adecuado sistema de objeciones o límites a las partes en la formulación de las preguntas que dirigen a los testigos y peritos. En muchas ocasiones la calidad de la información no sólo está en juego como

77 Para más información sobre la necesidad de las preguntas sugestivas en el contraexamen, véase Andrés Baytelman y Mauricio Duce, Litigación Penal Juicio Oral y Prueba, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago 2005, págs. 170 a 176 y 204 a 209.

consecuencia de problemas que provienen de la prueba misma (el testigo o el perito) sino que de la forma en que son examinados (por ejemplo con preguntas confusas o capciosas). Cuando se examinan las legislaciones procesales civiles reformadas, se puede apreciar que en este tema no existen avances muy significativos respecto a las normas contenidas en las legislaciones que regulaban el procedimiento escrito. En general, nuestras legislaciones procesales civiles han reiterado las normas preexistentes que suelen establecer algunas facultades generales a los jueces para impedir que los debates se desvíen a aspectos impertinentes y límites absolutos para la formulación de preguntas capciosas y sugestivas (en este segundo caso, sin distinguir adecuadamente entre interrogatorio directo y contrainterrogatorio). Así, por ejemplo, el nuevo procedimiento de familia chileno dispone que "*El juez resolverá las objeciones que se formulen, previo debate, referidas a la debida claridad y precisión de las preguntas y a la pertinencia de los hechos por los cuales la parte haya sido requerida para declarar*"[78]. Por su parte, el nuevo proceso laboral chileno dispone que no podrán formularse preguntas "*en forma asertiva, ni contener elementos de juicio que determinen la respuesta, ni referirse a hechos o circunstancias ajenas al objeto de la prueba, lo que calificará el tribunal sin más trámite*".[79] La Ley de Enjuiciamiento Civil española señala que "*La parte que haya de responder al interrogatorio, así como su abogado, en su caso, podrán impugnar en el acto la admisibilidad de las preguntas y hacer notar las valoraciones y calificaciones que, contenidas en las preguntas, sean, en su criterio, improcedentes y deban tenerse por no realizadas*".[80]

Estas limitaciones ya señaladas a la forma de hacer preguntas resuelven sólo una pequeña porción de los posibles problemas que pueden presentarse cuando el objetivo de la audiencia es impedir que se produzca información de mala calidad. La experiencia comparada, por ejemplo en el mundo anglosajón, da cuenta de una lista mucho más importante de situaciones problemáticas que afectan la calidad de información que podrían ser incorporadas a nuestras legislaciones en caso de tomarse en serio esta lógica. Así ocurre, por ejemplo, con la prohibición de realizar preguntas que pidan opiniones o conclusiones a un testigo lego[81] o la irrelevancia por falta de acreditación de conocimientos especiales, entre otras.[82] Otra vía para incluir estas limitaciones en nuestras legislaciones es construirlas sobre la base de una interpretación más novedosa de las reglas existentes. Con todo, no parece haber una práctica consistente en esa dirección en la mayoría de nuestros países. El que nuestras legislaciones procesales civiles y nuestras prácticas no hayan evolucionado

78 Artículo 51, inciso segundo, de la ley 19.968 que crea los nuevos tribunales de familia y su procedimiento.

79 Artículo 454, número 7, de la ley 20.087 que crea el nuevo procedimiento laboral.

80 Artículo 303 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

81 Véase, por ejemplo, la regla 701 del Federal Rules of Evidence de Estados Unidos.

82 Un análisis más exhaustivo de varios tipos de objeciones posibles en el sistema procesal penal chileno tomando la experiencia anglosajona puede verse en Andrés Baytelman y Mauricio Duce, ob. cit. págs.197 a 229.

en esa dirección nuevamente reflejan que no obstante hayamos avanzado en oralizar procedimientos, aún falta mucho camino por recorrer para satisfacer sustantivamente los valores que se encuentran detrás de este nuevo modelo.

4.4.- El Descubrimiento.

En los diversos códigos que han servido a nuestro análisis aparece regulada una primera audiencia o audiencia preliminar que tiene como propósito realizar una actividad de depuración procesal y probatoria. Así, por ejemplo, la audiencia preliminar del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y del Código General del Proceso de Uruguay, la audiencia preparatoria de la Ley de Tribunales de Familia y Laboral chilena y la audiencia previa de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Los objetivos de esta audiencia están vinculados fundamentalmente a sanear las posibles nulidades y evitar que esas situaciones se proyecten a la audiencia principal o de juicio.[83] Además de esa función, se establece para esta audiencia una tarea de filtro para determinar la prueba que habrá de ser presentada en el juicio y para ello se utilizan formulas tradicionales del derecho procesal civil como la de los "hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos" o la del "objeto de la prueba", en ambos casos como criterios de selección destinados a discriminar aquella prueba que puede ser incorporada de aquella que no debe ingresar por no estar vinculada al caso.

Sin embargo, a estos objetivos de la audiencia preliminar debe agregarse probablemente el más importante si es que se pretende que el juicio oral sea un escenario donde se maximicen las posibilidades de discriminar la información según su calidad. Este objetivo, que en algunos sistemas que hemos analizado se exige ya desde la demanda y la contestación,[84] es el de descubrimiento.

Como ya explicáramos al hablar del descubrimiento como una característica de un juicio oral con reglas de la prueba avanzadas, es necesario que el estándar que se fije para el descubrimiento permita realizar una preparación efectiva para estar en la capacidad de realizar una confrontación efectiva. Los

83 En el caso del proceso establecido en el Código Procesal Civil Modelo y en el Código General del Proceso uruguayo no queda tan claro, a lo menos normativamente, que la audiencia preliminar sea una audiencia puramente preparatoria del juicio porque en dicha audiencia, además de los puntos ya señalados, se debe rendir prueba, como se permite en muchos de los modelos analizados, pero que en este caso parece tener mayor importancia ya que ambos códigos suponen y esperan que toda la prueba sea rendida aquí y no en otra audiencia (incluso, llaman "audiencia complementaria" a la audiencia en que se recibirá la prueba aun no rendida y que tiene un carácter meramente eventual).

84 De acuerdo a los distintos sistemas procesales, el momento para avisar a la contraparte cuáles son los medios de prueba que utilizará en el juicio varía. Así, por ejemplo, en el Código General del Proceso del Uruguay este momento es al presentar la demanda y la contestación, respectivamente. En otros, será en la audiencia de preparación o preparatoria.

nuevos cuerpos normativos civiles de la reforma son débiles en esta área. Respecto de los testigos, no se encuentran normas explícitas que sirvan como un estándar claro para determinar cuánto se le debe dar a conocer a la contraparte, lo que es especialmente grave en sistemas sin práctica de descubrimiento o por lo menos con una práctica débil. Así, por ejemplo, el Código General del Proceso uruguayo dispone que "*Cuando se solicite prueba testimonial se deberá indicar el nombre, edad, domicilio y profesión de los testigos y enunciarse, sucintamente, el objeto de la prueba*"[85] y el Código Procesal Modelo para Iberoamérica señala que en la demanda *"También deberá indicar el actor el nombre y domicilio de los testigos de que habrá de servirse, así como los demás medios de prueba de que habrá de valerse"*.[86] El procedimiento de laboral chileno es aún más escueto, sólo señalando al respecto que "*Las partes podrán también ofrecer cualquier otro elemento de convicción que, a juicio del tribunal, fuese pertinente*", sin hacer mención alguna al estándar que deben cumplir al hacerlo.[87] Con las mismas falencias, el procedimiento de familia chileno dispone que el juez deberá "*Determinar las pruebas que deberán rendirse al tenor de la propuesta de las partes y disponer la práctica de las otras que estime necesarias*".[88] Como puede apreciarse, ninguna de estas normas se hace cargo de los problemas de fondo que hemos descrito como una necesidad para el correcto descubrimiento de la información. Parecen más bien regular aspectos de identificación básica de los testigos para efectos de proceder a su citación más que hacerse cargo de un estándar que permita producir información destinada a facilitar el trabajo de los litigantes en el juicio.

Respecto de los documentos la situación varía en los distintos ordenamientos. En el procedimiento de familia chileno no existe obligación expresa de descubrir y dar copia de los documentos a la contraparte antes del juicio. Sin embargo, otros cuerpos normativos son más exigentes. Así, el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica dispone que "*Se acompañará a la demanda toda la prueba documental que se intente hacer valer*"[89] y que el demandado, *al contestar, "deberá acompañar la prueba conforme con lo dispuesto por el artículo 111 para el actor"*.[90] El proceso laboral chileno es más explícito: "*La prueba documental que haya sido ofrecida en la demanda y contestación deberá ser presentada hasta cinco días antes de la audiencia de juicio, no pudiendo el juez considerar los documentos presentados fuera de este plazo*".[91] Todas estas normas se refieren al descubrimiento y no a la incorporación de la prueba al juicio. Esto significa que, si bien una prueba puede haber sido ofrecida (descubierta) por alguna de

85 Artículo 159 del Código General del Proceso.
86 Artículo 111.2 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.
87 Artículo 453, número 5, de la ley 20.087 que crea el nuevo procedimiento laboral.
88 Artículo 61, número 8, de de la ley 19.968 que crea los nuevos tribunales de familia y su procedimiento.
89 Artículo 111.1 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamércica.
90 Artículo 121 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamércica.
91 Artículo 453, número 5, de la ley 20.087 que crea el nuevo procedimiento laboral.

las partes antes del juicio, ella no puede ser valorada por el tribunal si luego en el juicio mismo esa prueba no es incorporada de acuerdo a las reglas de la prueba establecidas por cada ordenamiento.

Respecto de los peritos la situación es normativamente mejor que respecto de los testigos. Por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil española dispone en su artículo **336 Nº1 que** "*Los dictámenes de que los litigantes dispongan, elaborados por peritos por ellos designados, y que estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos, habrán de aportarlos con la demanda o con la contestación…*", agregando en su artículo 338 Nº2 que "*Los dictámenes cuya necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda o por lo alegado y pretendido en la audiencia previa al juicio se aportarán por las partes, para su traslado a las contrarias, con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio…*". La ley de tribunales de familia chilena también dispone algo similar: "*Sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el juez acerca de su informe, éste deberá entregarse por escrito, con la finalidad de ponerlo en conocimiento de la parte contraria*".[92] En los nuevos tribunales laborales chilenos la norma pertinente dispone que "*Cuando se rinda prueba pericial, el informe respectivo deberá ser puesto a disposición de las partes en el tribunal al menos tres días antes de la celebración de la audiencia de juicio*".[93]

Sin embargo, esta diferencia puede quedarse sólo a nivel normativo, como veremos en el punto siguiente.

4.5.- Las declaraciones personales como documentos.

Como ya explicamos, uno de los requisitos básicos de un juicio que pretenda ser un control severo de la calidad de la información que ingresa a él es que la prueba se rinda en el juicio. Esto implica, entre otras cosas, que las personas que tengan algo que decir sobre el asunto, lo hagan personalmente en la audiencia. No debe estar permitido, en cambio, que sus declaraciones sean sustituidas por otro medio que no permita o que disminuya el control de calidad.

Uno de los principales riesgos que enfrenta esta idea es el uso inadecuado que pueda darse en la audiencia a las declaraciones que estas personas hayan realizado antes del juicio, como ocurre con una declaración jurada de un testigo o el informe redactado por un perito. En sistemas con una tradición escrita muy antigua, es fácil caer en la tentación de hacer un fraude de etiquetas y clasificar a esa información contenida en papel como "documento" en lugar de declaración testimonial o pericial. Por lo mismo, decíamos que es de suma importancia que los nuevos sistemas procesales regularan claramente el asunto, protegiendo con ello la oralidad, la inmediación, la confrontación y el control

92 Artículo 46 de la ley 19.968 que crea los nuevos tribunales de familia y su procedimiento.
93 Artículo 453, número 9, de la ley 20.087 que crea el nuevo procedimiento laboral.

de calidad de la información. Sin embargo, las normas sobre la prueba de los nuevos ordenamientos no reconocen explícitamente la forma en que pueden ser usadas las declaraciones previas, limitándose en su mayoría sólo a afirmar que los testigos deben comparecer a declarar personalmente, lo que, como ya señalamos, no parece ser suficiente resguardo en sistemas orales nuevos con larga tradición de escrituración.

Este temor se comprueba a nivel de prácticas, ya que parece haber un uso muy instalado de sustitución de las declaraciones actuales por las declaraciones previas. Quizás si uno de los ejemplos más paradigmáticos es lo que ocurre en materia de peritajes, en donde resulta común que la "prueba pericial" sea entendida básicamente como el informe escrito del perito, lo que hace innecesaria su comparecencia a las audiencias. Así, por ejemplo, un estudio empírico realizado en los tribunales de familia de la Región Metropolitana en Chile, dio cuenta que era poco usual que los peritos comparecieran a las audiencias y, por tanto, que lo común era que los peritajes fueran incorporados mediante su lectura.[94] Pero el problema no parece terminar cuando el perito efectivamente comparece al juicio ya que toda la declaración suele girar en torno al documento ya acompañado sin haber un verdadero interrogatorio.

Se trata éste de un punto en extremo delicado, ya que la falta de regulación explícita a nivel normativo, pero en especial a nivel de prácticas de los operadores, tiende a facilitar un uso bastante indiscriminado de este tipo de declaraciones previas ocupándolas en una buena cantidad de casos como sustitutos de las declaraciones actuales del testigo o perito en juicio.

4.6.- La Posibilidad de Investigar.

Haciendo una analogía entre el proceso penal y el proceso civil, se puede decir que este último comienza por regla general en el momento en que una de las partes manifiesta formalmente su pretensión: La demanda. La regulación del proceso penal comienza, en cambio, mucho antes de la manifestación formal de la pretensión, que está constituida por la acusación. Así, mientras en materia penal la preparación de la acusación (investigación o instrucción) está expresamente regulada, en materia civil tradicionalmente se ha entendido que la preparación de la demanda es una actividad que las partes realizan fuera del proceso y por sus propios medios. Los códigos tradicionales solo contemplan unas pocas excepciones que buscan cautelar, con el auxilio del tribunal, el futuro éxito de la demanda que aun no ha sido presentada. Esto no varía sustancialmente en las nuevas regulaciones. No obstante, pareciera necesario regular de una manera mucho mas especifica esta facultad, la cual

94 Véase José Pedro Silva y otros, Estudio Exploratorio sobre el Funcionamiento de la Oralidad en los Tribunales de Familia de la Región Metropolitana, Santiago 2007, pág. 42 (documento en poder de los autores).

además está vinculada a la idea de descubrimiento, como veremos a continuación.

En primer lugar, parece necesario, dadas las condiciones en que se desarrolla la economía moderna donde los actores principales son organizaciones complejas que manejan amplios volúmenes de información, que se regule la forma en que las partes pueden acceder a esa información, ya sea directamente o con el auxilio del tribunal, es decir, que exista la posibilidad de acceder, a lo menos en algún grado, a conocer la información disponible al interior de organizaciones del tipo descrito, sea que estas sean partes en el proceso o que estén fuera de él, pero que posean datos relevantes.

La regulación de la forma de obtener esta información debe incluir la posibilidad de solicitarla antes del juicio e incluso antes del inicio del proceso (presentación de la demanda) porque se puede temer que desaparezca o porque tenerla será relevante para decidir si es conveniente demandar. Aquí parece necesario volver a recalcar que el juicio, incluso el proceso, no es una instancia para investigar, sino que es el momento en que las partes muestran al tribunal la investigación que ya han hecho. Otra cosa distinta es que, como señalábamos al tratar el descubrimiento, que una vez que cada parte sepa con qué cuenta la otra para probar su caso, puedan continuar con su investigación hasta el momento del juicio. Cabe señalar también que una adecuada y clara regulación legal del acceso a información en estas etapas tempranas debiera guiar prácticas e incentivar comportamientos de potenciales demandantes y demandados que se debieran traducir en que el uso del sistema judicial y la litigación por acceso de información debiera ser una cuestión relativamente excepcional. Es decir, que a partir de estas reglas debieran naturalmente producirse intercambios de información sin necesidad de recurrir a los tribunales.

Cuando la investigación que realiza cada parte implica solicitar a la contraria que entregue información, estamos hablando de algo muy similar al descubrimiento en el sentido que se le pide develar cierta información que posee. Sin embargo, la diferencia entre una y otra forma de obtener información radica en que en el descubrimiento la contraparte avisa qué prueba ha decidido llevar al juicio, mientras que en el requerimiento de información se le exige mostrar información que no ha anunciado y que, por lo mismo, no quiere llevar al juicio.

Evidentemente, exigir entregar información, sea a una de las partes del conflicto o a un tercero ajeno a él, implica una carga que a veces podrá ser liviana y otras extremadamente pesada. Someter a estas personas a dicha carga deberá, por lo tanto, ser justificada y la ley establecer el estándar necesario a cumplir. La determinación de un estándar se hace aún mas relevante cuando

la información solicitada tenga alguna protección especial, sea por tratarse de algún tipo de información privilegiada, reservada o porque su obtención pueda vulnerar de alguna forma garantías constitucionales de las personas, como su privacidad, por ejemplo. En ambos casos que representan situaciones de límite o conflictos de intereses y derechos, sea para determinar si se somete a alguien a la carga de dar información o para autorizar la entrega de información protegida, será necesario que intervenga un tribunal para que verifique el cumplimiento del estándar establecido en la ley y autorice u ordene que la información sea entregada. A su vez, esta autorización debiera darse, por regla general, previo debate en audiencia para facilitar que ambas partes puedan argumentar ante el juez el cumplimiento o no del estándar, teniendo entonces el derecho a ser escuchadas.

En este sentido, las legislaciones revisadas contienen algunas normas que permiten expresamente exigir la entrega de información. Así, por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil española dispone en su artículo **332 que "***Las dependencias del Estado, Comunidades Autónomas, provincias, Entidades locales y demás entidades de Derecho público no podrán negarse a expedir las certificaciones y testimonios que sean solicitados por los tribunales ni oponerse a exhibir los documentos que obren en sus dependencias y archivos, excepto cuando se trate de documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto. En este caso, se dirigirá al tribunal exposición razonada sobre dicho carácter*" y que "*Salvo que exista un especial deber legal de secreto o reserva, las entidades y empresas que realicen servicios públicos o estén encargadas de actividades del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las provincias, de los municipios y demás Entidades locales, estarán también sujetas a la obligación de exhibición, así como a expedir certificaciones y testimonios, en los términos del apartado anterior*". Así lo hace también el Código General del Proceso del Uruguay en su artículo 167 que dispone que "*Cuando las partes quieran servirse de documentos que están en poder de terceros, deberán solicitar al tribunal que disponga su entrega… El requerido podrá oponerse a esa entrega si el documento fuera de su exclusiva propiedad y la exhibición pudiere ocasionarle perjuicio lo que apreciará el tribunal*". Respecto de la información requerida a la contraparte, la Ley de Enjuiciamiento Civil española en su artículo 328 dispone que "*Cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba*" y el Código General del Proceso del Uruguay en su artículo 168 que "*La parte que quiera servirse de un documento que según su manifestación se halla en poder de su adversario podrá pedir al tribunal que intime a aquél su presentación en el plazo que se determine*". El proceso laboral chileno también permite la posibilidad de solicitar la exhibición de documentos a la contraria y además establece sanciones en caso de no hacerlo en ciertas hipótesis: "*La exhibición de instrumentos que hubiere sido ordenada por el tribunal se verificará en la audiencia de juicio y en el plazo señalado en el numeral anterior. Cuando, sin causa justificada, se omita la presentación de aquellos que legalmente deban obrar en poder de una de*

las partes, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la parte contraria en relación con la prueba decretada".[95]

4.7.- La Persistencia de la Prueba Legal.

En todos los ordenamientos revisados se contempla la introducción de un sistema de libre valoración de la prueba en la fórmula de la sana crítica. Esto de acorde con una tendencia de larga data el desarrollo del derecho procesal civil continental,[96] pero en algunos ordenamientos se hace convivir esta noción con algunos criterios legales de prueba tasada, en especial respecto de los documentos, la confesión de parte y, en algunos casos, de las tachas.

Esta fórmula es muy problemática puesto que supone excluir a algunos medios de prueba de los sistemas de control que el propio sistema procesal introduce, como son la confrontación y el razonamiento. Pero además esta exclusión se hace de modo abstracto y general, sin medir, por ejemplo, el grado de controversia que se pueda generar sobre esa prueba en el caso en concreto. De esta forma, todas las ventajas que puede traer la realización de un procedimiento oral en términos de mejorar la calidad de la información para decidir, se pierden ya que el legislador establece en abstracto y ex ante la forma en que cierta categoría de pruebas debe ser valorada por el juez sin importar en concreto los niveles de persuasión o convicción que dicha prueba haya generado en concreto. De otra parte, estas reglas que perpetúan la lógica de la prueba legal o tasada producen diversas distorsiones en relación a la obligación que tienen los jueces de fundamentar sus sentencias. En efecto, allí en donde el legislador establece una regla concreta acera del valor probatorio de una determinada actuación, ello significa que el juez queda relevado de su obligación de fundamentar en concreto el peso que le da a dicha prueba.

Ejemplos de la pervivencia de las tachas o reproches los podemos encontrar en la Ley de Enjuiciamiento Civil española cuando se regulan las tachas a peritos señalando que éstas proceden cuando el perito es "*cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil de una de las partes o de sus abogados o procuradores*" o cuando tenga "*interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante*" o si está o estuvo "*en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores*",[97] entre otras. También contiene tachas respecto de testigos por "*Ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto*

95 Artículo 453, número 6, de la ley 20.087 que crea el nuevo procedimiento laboral.

96 Como sostiene Cappelletti, el abandono de los sistemas de prueba legal o tasada y su reemplazo por sistemas de libre valoración es un proceso largo y complejo en materia civil que comienza a plasmarse normativamente de manera paulatina a partir de inicios del siglo XIX en los códigos de Europa Continental. Véase Mauro Cappelletti, El Proceso Civil en el Derecho Comparado, Ediciones Europa-América, Buenos Aires 1973, págs. 98 y siguientes.

97 Artículo 343 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

grado civil de la parte que lo haya presentado…", "*Ser el testigo, al prestar declaración, dependiente del que lo hubiere propuesto…*" o "*Tener interés directo o indirecto en el asunto de que se trate*", entre otros.[98]

Por su parte, respecto del valor probatorio de la confesión, el Código Procesal Civil Modelo señala en su artículo 143.2 que "*La confesión judicial hace prueba contra la parte que la realiza...*" y la Ley de Enjuiciamiento Civil española señala respecto de lo mismo que "*Si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales sí en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial*".[99] A todo lo anterior se debe agregar que la declaración de parte está regulada en todos los ordenamientos estudiados bajo el supuesto implícito de que se trata de una declaración realizada a partir de la solicitud de la parte contraria (posiciones) y no de la declaración de la parte por propia iniciativa en defensa de su caso. Así, además de demostrarlo el tenor de las citas recién hechas, lo demuestran también estas otras: "*Las posiciones para la prueba confesional se formularán verbalmente, sin admisión de pliegos...*"[100] y "*Procedencia de la declaración de las partes. Cada parte podrá solicitar del juez la declaración de las demás sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio*".[101] No hay normas en estos ordenamientos que le prohíban expresamente a las partes declarar por propia voluntad como un elemento más de prueba, lo que entendemos es su derecho, pero nos parece que en un contexto de sistemas que tienen una prolongada historia de aplicación de prueba tasada, la falta de autorización explícita dificulta enormemente cambiar prácticas muy asentadas en la cultura legal, aunque no haya ninguna razón en los cuerpos legales para negarla.

En el tratamiento normativo del valor probatorio de los documentos también quedan rastros de la prueba legal. Así, en la ley de Enjuiciamiento Civil española señala que "… *los documentos públicos comprendidos en los números 1 a 6 del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella*"[102], agregando respecto de los documentos privados que "*Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen*".[103]

Nos parece que detrás de reglas como las que hemos revisado no sólo hay problemas de consistencia con la lógica de un sistema de libre valoración de la

98 Artículo 377 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.
99 Artículo 316.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.
100 Artículo 454, número 4, de la ley 20.087 que crea el nuevo procedimiento laboral.
101 Artículo 50 de la ley 19.968 que crea los nuevos tribunales de familia y su procedimiento.
102 Artículo 319.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.
103 Artículo 326.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

prueba o sana crítica, sino que reflejan que en el diseño de los nuevos sistemas procesales civiles orales no se ha podido abandonar completamente el paradigma del proceso antiguo escrito que es el medioambiente jurídico en el cual se desarrollo el sistema de prueba legal o tasada y en donde éste encuentra su natural espacio de desarrollo.[104]

Pero además de esta cuestión general, nos parece que reglas como las que hemos revisado podrían tener un problema de constitucionalidad muy serio por cuanto la constitución, en algunos casos explícitamente y en otros implícitamente, reserva a los jueces la función jurisdiccional de conocer y valorar la prueba. Al mantener criterios de prueba tasada, el legislador se inmiscuye en la función jurisdiccional pues valora ex ante y en abstracto los medios de prueba, privando a los jueces de una función básica y en nuestra opinión irrenunciable.

Entendemos que el fundamento plausible para mantener estas normas es, además de la tradición, la intención de no cuestionar elementos de información que en general son creíbles y respetados y que permiten al sistema legal funcionar con cierta estabilidad, como por ejemplo la relativa intangibilidad de los instrumentos públicos. No obstante, el sistema de prueba tasada va demasiado lejos en ese propósito porque la información que deriva de medios que son generalmente confiables, será también generalmente confiable de acuerdo con los criterios de la lógica propios del razonamiento judicial, y en aquellos casos excepcionales en los que esa confiabilidad no exista y en las que el debate del caso recae precisamente sobre la confiabilidad de la información, la norma de prueba tasada resulta demasiado rígida y excluye del debate aquello que debiera ser debatido. Así, por ejemplo, no parece razonable entender que es cierto, sin posibilidad de probar lo contrario, que el demandado se obligó a pagar un precio de diez millones sólo por el hecho de aparecer esta cantidad de dinero en el contrato firmado por él y por el vendedor ante un ministro de fe, aunque el demandado alegue y pueda probar que hubo un error al escribir la cantidad en números agregándosele un cero de más. El precio que él alega se comprometió a pagar era de un millón, que corresponde al precio de mercado y con el cual había hecho negocios con el mismo comprador en muchas ocasiones anteriores. Si la escritura hace plena prueba respecto del "*hecho, acto o estado de cosas que documenten*" y sólo puede impugnarse alegando que el documento mismo presentado no es fiel al original, no habrá como superar el problema de este demandado.[105] Él no niega que su firma sea la que está en el documento, ni que firmara en la fecha que figura

104 Sobre las relaciones entre sistema de prueba legal o tasada y sistema escrito en materia procesal civil véase Mauro Cappelletti, ob. cit., págs. 89 a 96.

105 La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 española se señala que en caso de impugnación de un documento público este debe ser cotejado por el secretario del tribunal en el lugar en el que se encuentre el original. Si del cotejo resulta que el documento es fiel al original, mantendrá su valor de prueba plena sobre el contenido. Véase artículo 320 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

en el mismo, pero niega haberse obligado a pagar dicha cantidad. El sistema de prueba legal no le deja escapatoria. Aunque tenga prueba muy potente respecto de ello, no podrá destruir un documento público auténtico porque, básicamente, se presume de derecho que, siendo el documento verdadero, su contenido también lo es.

Creemos que sí existen buenas razones para no flexibilizar por completo el sistema de valoración a favor del puro razonamiento judicial debido a la pérdida de seguridad que ello podría implicar en la ejecución de muchos negocios. Día a día se perfeccionan nuevos contratos con la intención de cumplirlos voluntariamente, pero con los resguardos necesarios para poder hacerlos cumplir forzadamente en caso de incumplimiento. Para ello los contratos se escrituran y se firman ante un ministro de fe, por ejemplo. Es decir, se preconstituye prueba para el evento de tener que ir a un tribunal. Dejar al puro razonamiento judicial el valor que tendrá esta prueba preconstituida no sería una buena señal: La prueba preconstituida debe dar seguridad a las partes contratantes. El punto es que, como decíamos, el sistema de prueba legal va muy lejos en este objetivo al darle a esa prueba preconstituida un valor determinado *a priori* (plena prueba), ya que también se le debe dar la seguridad a las partes de poder defenderse de prueba preconstituida cuyo contenido no es verdadero. Por lo mismo, creemos que el sistema debe lograr esta doble protección recurriendo a un sistema intermedio en el que las reglas tradicionales de prueba tasada se tradujeran en principios de lógica que funcionaran de un modo semejante al de las presunciones legales que admiten prueba en contrario. Así ocurre, por ejemplo, en el sistema federal de Estados Unidos. De acuerdo a sus reglas de evidencia, la credibilidad del documento materialmente entendido y la credibilidad de las afirmaciones contenidas en él se tratan de manera distinta. Respecto de lo primero, hay reglas explícitas que señalan que no se discutirá que un documento es lo que la parte dice que es si éste cumple con algunas características. Así, no requiere probarse, por ejemplo, que un documento público es un verdadero documento público si tiene un sello señalando que proviene del Gobierno de Estados Unidos.[106] El documento será admitido como evidencia que puede usarse en el juicio como medio de prueba por el sólo hecho de tener este sello. Si la contraparte pretende negar que dicho documento realmente sea lo que la contraparte pretende que es, tendrá la carga de probarlo. Respecto a lo segundo, esto es, a la credibilidad del contenido del documento, no hay regla que haga cambios a la lógica general de libre valoración. Por lo tanto, el contenido del documento es un medio de prueba más que tendrá el mérito que le corresponda de acuerdo a las circunstancias concretas del caso específico en relación a los demás medios de prueba rendidos y a las alegaciones de las partes.[107] Como decíamos

106 Véase la regla 902 del Federal Rules of Evidence.

107 El único requisito que exigen las reglas de evidencia para que el contenido del documento sirva para probar los hechos en él descritos es que, salvo excepciones contenidas en las mismas reglas,

anteriormente, la regla general en estos casos será que, de acuerdo a las reglas de la lógica, la información que deriva de medios que son generalmente confiables, será también generalmente confiable.

4.8.- Los Recursos Procesales:

En todos los modelos procesales reformados revisados se manifiesta la persistencia del recurso de apelación tradicional como mecanismo privilegiado de impugnación de la sentencia emanada del procedimiento oral. Así ocurre en Chile en los nuevos tribunales de familia[108], como también ocurre en la Ley de Enjuiciamiento Civil española[109], en el Código General del Proceso de Uruguay[110] y el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.[111]

Aparentemente, en todos los países en que la reforma se ha dado, se ha planteado el debate acerca del problema que representa mantener una revisión por medio de actas respecto de un procedimiento que pretende ser oral e inmediato, no obstante en todos los casos se ha optado por mantenerlo a pesar de las contradicciones que acarrea.

En la práctica, el sistema de recurso de apelación contribuye, junto con los demás elementos problemáticos ya descritos, a la sobrevivencia del expediente como elemento central del proceso (en lugar del juicio como elemento central del proceso) y, lo que es más complicado, a transformar a las audiencias orales en verdaderos "comparendos", expresión que viene del sistema escrito y que pretende denotar, como ya se había adelantado, que la audiencia no tiene como propósito principal permitir al juez conocer del caso, de la prueba y dictar su fallo, sino que más bien se trata de elaborar un acta, la que será más adelante leída por el juez y por el tribunal superior en el recurso de apelación. De este modo, todos los incentivos para las partes no están puestos en la litigación en la audiencia, sino que en asegurar que las constancias de las actas favorezcan sus posiciones para efectos de las posteriores revisiones que se hagan de ellas.

En el caso de España se ha pretendido innovar la modalidad tradicional de la apelación por medio del reemplazo de las actas escritas por un registro fílmico de la audiencia. Parece una solución interesante. No obstante, hay algunos problemas bastante obvios que son previsibles con esa modalidad y que aparentemente se han dado en la práctica. En primer lugar, una audiencia filmada es bastante larga y aburrida, en algunos casos son muchas horas o incluso días de filmación, a los cuales parece bastante difícil que los jueces pue-

el documento sea el original. Véase la regla 1002 y siguientes del Federal Rules of Evidence.

108 Artículo 67 de la ley 19.968 que crea los nuevos tribunales de familia y su procedimiento.

109 Artículo 455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

110 Artículo 248 y siguientes de la ley 15.982 (Código General del Proceso).

111 Artículo 218 y siguientes del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

dan prestar atención, sobre todo cuando deben hacerlo de manera sistemática y rutinaria. El interés y la atención de los jueces en las audiencias esta vinculado a su participación en ellas, pero, además, el interés y la curiosidad del juez que participa directamente va a determinar su desarrollo, cosa que no ocurre con el juez que ve el video de una audiencia en cuyo curso no puede intervenir. Parece muy difícil que ese sistema pueda mantenerse en el tiempo y no se recurra a resúmenes, delegaciones u otras fórmulas que supongan desvirtuar la idea original. Pero, además, aunque el sistema del video es claramente superior que el sistema de actas escritas en cuanto a la capacidad de percepción de los jueces, todavía es muy inferior a la participación directa de los jueces en las audiencias en las que además de la posibilidad de ver a las partes y a los medios de prueba directamente (cosa que el video también permite) existe la posibilidad de interacción, del intercambio, en donde las partes litigan para los jueces y estos van, de modos más o menos explícitos, manifestando sus dudas e intereses en cuanto a la información, lo que condiciona a su vez las actitudes de los litigantes, testigos y demás intervinientes.

Dentro de los sistemas procesales estudiados, uno de los más interesantes es el de la reforma al proceso laboral chileno. En éste se consagra nominalmente el recurso de apelación contra la sentencia del juicio oral, pero se modifican dramáticamente los asuntos que pueden ser revisados a través de ella, haciendo de esta apelación laboral un recurso que protege los valores del juicio de mucho mejor forma que la apelación tradicional. De esta manera, se dispone que el recurso de apelación sólo podrá tener por objeto revisar la sentencia dictada con infracción de garantías constitucionales o de carácter legal que hayan influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia; revisar la infracción manifiesta de las normas sobre la apreciación de la prueba; y revisar la calificación jurídica de los hechos, "sin alterar las conclusiones fácticas del tribunal inferior".[112] Como se puede apreciar, se trata de un recurso de apelación en el cual, en principio, sólo puede revisarse la correcta aplicación del derecho, pero queda prohibido al tribunal superior modificar las "conclusiones fácticas" del tribunal que percibió directamente la prueba, lo que es mucho más coherente con un sistema de juicio oral.

Sin embargo, este avance del recurso de apelación laboral es todavía incompleto pues para garantizar efectivamente los valores protegidos por el juicio oral es necesario, además de la amplitud de las causales del recurso, regular explícitamente las medidas que puede tomar el tribunal revisor al constatar que efectivamente ha existido una errónea aplicación del derecho en términos genéricos, es decir, incluyendo todo tipo de errores en la aplicación del derecho aplicable, sea éste sustantivo o adjetivo. En la apelación laboral se guarda

112 Artículo 477 de la ley 20.087 que crea el nuevo procedimiento laboral.

silencio al respecto.[113] No se explicita si, comprobada la errónea aplicación del derecho corresponde realizar un nuevo juicio o dictar sentencia de reemplazo, opción esta última que tradicionalmente ha sido el efecto de la apelación (modificar lo resuelto). Esto es conflictivo pues hay razones de errónea aplicación del derecho que ameritan la realización de un nuevo juicio. Piénsese en una errónea aplicación del derecho adjetivo por parte del juez del juicio que se concretó en no permitir a un litigante presentar a un testigo clave. Ese error en la aplicación de las normas de la recepción de la prueba podría haber tenido como consecuencia una determinación distinta de los hechos por parte del tribunal de juicio. Esto significa, por lo tanto, que la única forma de enmendar el problema es realizando un nuevo juicio donde se permita declarar a ese testigo, determinando nuevamente los hechos.

113 Sólo se hace mención a las posibilidades del tribunal revisor al tratar la revisión de oficio donde se señala que el tribunal podrá dictar sentencia de reemplazo o señalar el estado en que deberá quedar el proceso. Véase artículo 483 de la ley 20.087 que crea el nuevo procedimiento laboral.

Innovación en la Justicia Civil

Héctor Chayer
Sandra Elena[1]

I. EL NUEVO MODELO PROCESAL CIVIL Y SUS DISTORSIONES

Es necesario efectivizar el debido proceso en materia civil con arreglos institucionales específicos. En tanto garantía individual, el debido proceso más que ser un principio ordenador del proceso, genera derechos subjetivos para las partes. Por lo tanto, pueden reclamar por su contenido: por ejemplo, el derecho a ser oídos por un juez en audiencia, o a que la causa sea decidida en un plazo razonable.

Queremos abordar aquí algunos problemas de los procesos civiles tal como funcionan hoy en América Latina. El primero de ellos es la distorsión de la inmediación a través de audiencias deficitarias; el segundo, el insuficiente entendimiento del rol del juez como director del proceso; y el tercero, la persistencia del expediente como elemento central del proceso civil.

1.1 La distorsión de la oralidad

Pese a que varios países cuentan con ordenamientos procesales que prevén audiencias –incluso hasta adoptan en su letra el procedimiento por audiencias–, esta audiencia dista de ofrecer la plena garantía del debido proceso. No nos referimos a infracciones obvias o groseras, como la fijación de audiencias con plazos de varios años; su interrupción por varias semanas o meses; o a la inasistencia del juez, ya que en estos casos resulta evidente el incumplimiento práctico de la audiencia; sino a deformaciones más sutiles, pero que esterilizan las potencialidades de la oralidad.

1 Los Dres. Héctor Mario Chayer y Sandra Elena son expertos en reforma de la justicia con una larga trayectoria en el estudio e implementación de programas de reforma en América Latina. Héctor Chayer es Director de Proyectos de Fores y Sandra Elena es Coordinadora de Programas Internacionales de Fores. Fores –Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia– es una ONG argen- tina, dedicada desde hace más de 30 años al mejoramiento del sistema judicial argentino y de América Latina.

El primer obstáculo para el éxito de las audiencias, en este caso a nivel sistémico, es la inasistencia habitual de las partes. Así, en el proceso de familia en Chile, fracasan el 58% de las audiencias. Se contrapone con el éxito del 88% en Uruguay. ¿Dónde está la diferencia? En la existencia de sanciones procesales para la parte que no concurre. Debe prestarse mucha atención a contar con mecanismos que garanticen la efectiva realización de las audiencias, caso contrario, se minará el sistema por su base.

¿Pero la celebración efectiva de las audiencias garantiza los prin- cipios de inmediación y publicidad? En muchos casos, la finalidad principal de la audiencia es hacer un acta. Más allá incluso de que sea resumida, es, fuera de duda, la actividad principal. El juez no está pendiente de las reacciones de los testigos, las actitudes las partes y otros indicios que le permitan apreciar la prueba, sino de lo que se asienta en el acta. Lo mismo sucede con los abogados, que más que concentrarse en el examen y contraexamen de la prueba, revisan minuciosamente el texto del acta. Saben que de lo escrito dependerá la decisión judicial.

Una segunda problemática que afecta a las audiencias es la tendencia de los jueces a diferir el fallo en sí (y no solo los considerandos) de manera habitual, a una nueva instancia procesal varios días después "para poder estudiar el expediente". Esta tendencia es muy fuerte, y está instalada aun en países con una tradición oral como la de Uruguay. Tal distancia temporal aleja el momento de la percepción de la prueba del momento de la decisión, rompiendo justamente con la inmediación buscada por la oralidad y reinstalando el expediente como centro del proceso.

También atenta contra el éxito de la audiencia la falta de capacitación de los jueces para actuar cara a cara, frente al público y los abogados, intentando la conciliación, saneando la prueba, controlando y dirigiendo el desarrollo. No es un hecho menor el modo en que se reclutan los jueces en América Latina, generalmente por el mecanismo de carrera judicial, sin experiencia en litigar. El defecto señalado es mucho más difícil de encontrar en el sistema de selección de magistrados anglosajón, donde llegan a jueces los abogados en la cumbre de su carrera, con una experiencia, entrenamiento en litigar y autoridad que les facilita sobremanera cumplir estos roles de manera eficaz.

1.2. Insuficiente entendimiento del rol del juez como director del proceso

El rol del juez como "director del proceso" es hoy casi un lugar común, que a nivel teórico tiene amplio consenso. Uno de sus con- tenidos más importantes, el impulso procesal de oficio, está acabadamente reflejado en el Artículo 3° del Código General del Proceso uruguayo, que dice: "Impulso procesal.-

Promovido el proceso, el tribunal tomará de oficio las medidas tendientes a evitar su paralización y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible".

Esto tiene corolarios muy importantes en la práctica judicial. Exige, por ejemplo, controlar los casos con una agenda de eventos, y la revisión periódica de su estado para promover de oficio las siguientes acciones procesales. Sin embargo, muchos jueces consideran erróneamente que la regla o principio dispositivo (según el cual las partes –y solo ellas– aportan los hechos litigiosos y las pretensiones sobre las que recaerá la decisión del juzgador) se extiende al impulso del proceso. Por tanto, se inhiben de actuar o generar el siguiente acto procesal, muchas veces en contra del texto expreso de la ley, si una de las partes no lo solicita. De esta manera, son las partes las que controlan el avance o paralización del proceso.

1.3. La persistencia del expediente

Finalmente, el expediente, emblema del proceso escrito, sigue sien- do la pieza central en muchas prácticas procesales pese a la existencia de audiencias. Se falla según lo que contiene el expediente. La audiencia, en realidad, se transforma en nada más que un acta, un documento más, que el juez leerá para formar su decisión. Por lo tanto, no es necesario que el juez participe en la audiencia oral, sino que lo más importante es que el acta sea fiel. Este traspasa- miento del acto procesal del evento audiencia al documento acta permite la ausencia del juez y la delegación de la toma de audiencias en funcionarios judiciales; es uno de los fundamentos para la delegación de funciones indelegables. Este síntoma se agudiza y se ve plenamente en el caso de la revisión en segunda instancia, cuan- do es estrictamente en base a las constancias del expediente. Pero el tema de los recursos merece una discusión aparte, que no abordaremos en este momento.

Una manera de testear si estamos frente a un verdadero procedimiento oral es preguntarnos si la causa avanza, en la práctica, por la agregación de documentos escritos en un expediente, provenientes de las partes o el tribunal o por el cumplimiento de plazos y la realización de eventos con participación del juez y las partes. En el primer caso, estamos ante el procedimiento "desesperantemente escrito" en palabras de Couture; en el segundo, podemos hablar, verdaderamente, de un nuevo modelo procesal.

Ante el cambio de paradigma procesal, se corre el riesgo que el expediente se constituya en el "huevo de la serpiente" que esterilice la innovación. Esto se ve claramente en los procesos de "informatización" o "digitalización", cuando no disminuyen la centralidad del documento escrito ni potencian la inmediación del juez a través de la garantía al debido proceso, sino que migran de un soporte a otro el mismo sistema escriturario. Agregan, sí, algunas ventajas

en orden a la publicidad, accesibilidad y transparencia del trámite y de las decisiones judiciales, pero no modifican el hecho central de la primacía de lo escrito por sobre lo apreciado de manera directa e indelegable por el juez.

II. REFORMA DEL PROCESO DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS: TRIUNFAR EN LAS CORTES ES SOLO LA MITAD DE LA BATALLA

2.1. Introducción

Dentro del proceso de reforma civil un tema que aparece como central para el éxito de la reforma es el análisis y modificación de los procesos ejecutivos en la región. Esto es así, dado que los procesos ejecutivos constituyen entre un 60% y 70% del total de los procesos civiles según diversos estudios realizados por importantes instituciones como el Banco Mundial, IFES y Fores, entre otras.

Este apartado tiene por objetivo analizar las principales barreras para las ejecuciones de sentencias o títulos ejecutivos en América Latina, así como proponer soluciones para superar las barreras encontradas haciendo más eficiente el sistema.

Como aclaración preliminar, entendemos por ejecuciones tanto la ejecución de una sentencia final expedida por un tribunal de justicia como la ejecución de los llamados títulos ejecutivos (por ejemplo un cheque). La mayoría de las legislaciones de la región han otorgado a ciertos títulos – los cuales listan de manera exhaustiva – carácter ejecutivo por la naturaleza del mismo, y han establecido que no se discute la obligación que les dio origen, sino solamente la validez formal de los mismos. Este tratamiento especial otorgado a estos títulos, así como la ejecución de las sentencias judiciales ameritan un proceso sustancialmente distinto al de los procesos de conocimiento, en los cuales se discuten derechos, obligaciones y conductas de la partes. Este proceso singular –más corto y sencillo– es reconocido en la mayoría de los códigos procesales, pero en la práctica, la duración y complejidad de los procesos sigue siendo una cuestión irresuelta.

Tradicionalmente los procesos ejecutivos han carecido de la atención necesaria entre los operadores del sistema. Tanto es así que en los tratados internacionales, en los que se garantiza el derecho a un juicio justo como una garantía individual insoslayable, no se hace siquiera mención a los procesos ejecutivos o enforcement en su versión en inglés. Sin embargo, nosotros afirmamos que el derecho a un juicio justo y al acceso a la justicia incluyen el derecho a una ejecución justa y efectiva.

2.2. El enforcement y su reconocimiento en el derecho internacional

Son numerosos los instrumentos internacionales que aseguran el derecho a un juicio justo; así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 10 establece que "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal"; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 14 (1) que "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores"; la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales dice en su artículo 5 (1) que "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 considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia" y la Convención Interamericana sobre los derechos Humanos establece en su artículo 8 (1) que "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".

Como se desprende de estos estatutos, el derecho a la ejecución de sentencia no está explícitamente garantizado. Sin embargo, progresivamente se ha empezado a reconocer en el ámbito internacional que la ejecución de sentencias forma parte del concepto integral de juicio justo. De este modo, la jurisprudencia, en particular de la Corte Europea de Derechos Humanos, ha iniciado un camino en este sentido. Empezando hacia mediados de la década de los 90 del siglo pasado, esta Corte ha comenzado un reconocimiento a las ejecuciones como parte integral del juicio justo, y por lo tanto, abarca- do por el artículo 6 de dicho instrumento.

A través de diversos fallos –Pontes v. Portugal (1994), Zappia v. Italy (1996), Hornsby v. Greece (1997), Saffi v. Italy (1999), Dewicka v. Po- land (2000), Comingersoll SA v. Portugal (2000) entre otros–, la Corte ha sentado los siguientes principios: las ejecuciones deben ser llevadas a cabo en un lapso razonable de tiempo, las ejecuciones son un com- ponente integral del derecho al acceso a la justicia, la Jurisprudencia es aplicable tanto a sentencias civiles, comerciales y administrativas como a títulos ejecutivos, los procedimiento legales y judiciales así como la excesiva carga de los tribunales no eximen al Estado de su obligación de ejecutar justa y eficientemente las sentencias, la falta de recursos no puede ser una excusa del Estado para no cumplir con las sentencias en su contra, y la interferencia estatal o legislativa en los procesos de ejecución viola el derecho a un juicio justo.

Estas decisiones son de suma importancia para el derecho internacional, así como para el derecho regional en América Latina pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos suele mirar con mucha atención la jurisprudencia de la Corte Europea y seguir sus precedentes.

2.3. Una metodología para el estudio de casos

Desde hace casi una década diversas instituciones internacionales iniciaron estudios de los casos civiles y comerciales más frecuentes en la justicia de América Latina. Importantes investigaciones como "Usuarios de la Justicia" (2000) realizado por Fores a solicitud del Banco Mundial, "El juicio Ejecutivo Mercantil en el Distrito Federal de México" (2001), realizado también por el Banco Mundial, estu- dios de casos en Argentina, México y Perú que culminaron en la pu- blicación de "Mejores Prácticas Regionales: Ejecución de Sentencias Lecciones aprendidas de América Latina" (2004) realizado por IFES, siendo Fores quien ejecutó el trabajo de campo para Argentina, y "La Justicia Civil y Comercial en Bolivia: Diagnóstico y recomendaciones para el cambio" (2007) realizado por investigadores de Fores para USAID, arrojaron datos desconocidos hasta el momento.

Todos estos estudios han tenido como objetivo central realizar un diagnóstico de los casos más frecuentes en los tribunales midiendo la duración de los procesos, los tipos y calidad de demandantes y demandados, las medidas precautorias y excepciones encontradas, tipos de sentencia, existencia de ejecuciones forzadas, entre otros indicadores.

La metodología utilizada ha variado en cada estudio, pero ha consistido básicamente en una combinación de un análisis cuantitativo de estudio de expedientes iniciados en las cortes con estudios cualitativos de opinión de los usuarios.

El estudio de expedientes judiciales permite reconstruir a través de una muestra válida la situación del universo de los expedientes judiciales. Esto a su vez da luz sobre el tipo de casos pudiendo focalizar las medidas correctivas hacia aquellos que constituyen el
mayor problema o son la fuente de mayores retrasos. En este sentido, los estudios han confirmado que, con leves variaciones según los países, los juicios ejecutivos constituyen dos tercios de los casos totales, por lo que la reforma en esta área tendrá un impacto muy grande a nivel general.

La metodología para el estudio de expedientes consiste en una técnica por muestreo de toma de datos in situ realizada por relevadores entrenados al efecto. Los datos se vuelcan en una matriz y a través de una planilla de cálculos se aplican diversos coeficientes estadísticos para obtener información.

Como dijimos, los estudios se complementan con encuestas a usuarios, las que también se realizan de acuerdo a los parámetros científicos indicados para estos estudios.

Hemos corroborado la necesidad de combinar estas dos metodologías debido a que ambas son complementarias. Las encuestas solas muestran una parte limitada de la realidad, ya ha sido demostrado en la literatura que existen "mitos" tanto entre los usuarios como entre los expertos que luego no se corroboran con los datos duros. Por otra parte, el dato cuantitativo deja sin explicar las causas de aparición de determinados fenómenos.

2.4. Algunos datos sobre juicios ejecutivos

En el cuadro siguiente queremos mostrar algunos de los hallazgos principales que se han verificado en los estudios mencionados:

- La mayoría de los casos se tramitan sin intervención del demandado o "en rebeldía": (en Argentina son el 72% de los casos)

- Los casos casi nunca llegan a la ejecución forzada (menos de 5% de los casos en todos los países estudiados)
- Las sumas demandadas son bajas (en Argentina, 60% de las causas son menores a US$ 1.000)
- Gran cantidad de casos abandonados
- La mayoría de los casos resueltos son a favor del demandante (en Argentina, el 87%)
- En la mayoría de los casos no se oponen excepciones, pero cuando se hace, los procesos se extienden demasiado
- Aproximadamente en la mitad de los casos se traban medidas precautorias

Estos datos derriban algunos de los mitos que mencionábamos anteriormente. Uno de ellos hace referencia a la extrema litigiosidad y a la virulencia de la misma por parte de los deudores. Si consideramos que solo un tercio de los deudores se presenta en el expediente, podemos comprobar que el nivel de litigiosidad es bastante bajo. Si analizamos este dato conjuntamente con la escasa oposición de excepciones obtenemos como conclusión que la opinión generalizada acerca de la violencia de los deudores en defender su derecho al "no pago" no se corrobora con los hechos. Esta falsa percepción, sobre todo constatada en Perú y en México, puede deberse a que en los pocos casos en los que sí se oponen excepciones, aunque sean sobre fundamentos espurios, los jueces las aceptan, las consideran, solicitan prueba y esto hace extender enormemente el tiempo de los procesos, si bien finalmente se resuelven mayormente a favor del acreedor.

La altísima tasa de resolución a favor del demandante – cerca de un 90% para la región – nos hace reflexionar acerca de la necesidad de buscar un mecanismo que si bien proteja los derechos de los deudores, sea más ágil y flexible acortando los tiempos y la rigidez del proceso. Aparentemente, solo un porcentaje muy reducido de deudores objeta el pago, por lo que un sistema complejo no tiene razón de ser.

2.5. Principales obstáculos encontrados para las ejecuciones según la opinión de los usuarios

De los diversos estudios mencionados en el apartado anterior hemos seleccionado una lista de los principales obstáculos presentes en la ejecución de sentencias en América Latina:

- Demoras procesales excesivas
- Elevados costos
- Dificultad en la identificación y embargo de bienes
- Sistemas de información deficientes

- Falta de responsabilidad de los actores a cargo de la ejecución

Por la envergadura del tema, los tiempos y los costos de los procesos serán tratados en el siguiente apartado.

Un problema recurrente para la ejecución es la dificultad de identificar los bienes de los deudores; registros deficientes, falta de registro a nivel nacional, bienes que no se registran, maniobras a veces fraudulentas y otras veces permitidas por la ley para esconder el patrimonio, traspaso de bienes a terceras personas, son algunas de las causas que incrementan la dificultad en localizar los bienes a ser ejecutados. Cabe aclarar que muchas de ellas son subsanables con reformas tanto del sistema legal y judicial como del administrativo (por ejemplo en cuestiones registrales), aunque muchas causas que tienen un origen económico persistirán; los créditos otorgados a deudores insolventes, con pocos recaudos acerca de la capacidad de repago quedan afuera de las cuestiones que un mejor sistema de ejecuciones pueda solucionar.

El embargo y la posterior ejecución forzada de los bienes son los puntos más oscuros de estos procesos. Por un lado, la información existente al respecto es muy escasa; a nivel regional el porcentaje de ejecuciones forzadas no alcanza al 5%, y en muchos casos no que- da claro en el expediente cuál fue el resultado de la ejecución. Esto se debe a que en muchos casos las partes negocian un acuerdo en esta etapa del proceso y este no queda registrado en el expediente. Por otra parte, los procesos de ejecución forzada –cuya metodología difiere de país a país, siendo algunas veces realizada por el juez en la corte, y otras fuera de la corte por personal especializado– es cara, compleja y poco transparente. Un problema muy conocido y aún irresuelto en la región son las "mafias" formadas en torno a los remates de bienes que provocan una distorsión en los precios y en la demanda de los mismos.

Con respecto a los sistemas de información –tanto privados como estatales– aún queda mucho por trabajar para lograr una mayor eficiencia. Por ejemplo, en muchos países no existe un registro único de cuentas bancarias, y el acreedor tiene que solicitar la información banco por banco, lo que conlleva grandes demoras si pensamos que la información solo se obtiene a través de un oficio del juez. Si bien algunos bancos centrales tienen la información unifica- da, existen en algunos países leyes de privacidad de la información, por lo que conseguir datos acerca del patrimonio de las personas se convierte en un proceso demasiado complejo. Cabe decir que se han notado grandes avances en algunos países como por ejemplo en Brasil, en donde se ha centralizado e informatizado los datos bancarios por lo que un juez puede solicitar el congelamiento y embargo de fondos en cuentas bancarias en cuestión de segundos, agilizado enormemente el proceso.

La falta de incentivos para los actores involucrados en el proceso – juez, oficiales de justicia, martilleros, deudores– son otro obstáculo importante.

El rol del Juez como director del proceso ya lo mencionamos anteriormente, siendo su figura central para otorgar mayor celeridad al proceso. Por otra parte, los oficiales de justicia no cuentan con incentivos suficientes (claro que esto es una regla general aplicable a todo el sistema judicial); para ellos es lo mismo ejecutar uno o diez casos por día, nadie premia su eficiencia.

La poca colaboración del deudor en el proceso es otra constante en América Latina. En una errónea extensión del derecho a "no declarar contra uno mismo" que si bien es muy válido en material penal, es más cuestionable en materia civil de contenido patrimonial. En los Estados Unidos, los deudores están obligados a hacer un des- cubrimiento pleno de sus bienes ante el juez, y lo hacen en forma veraz y efectiva, pues mentir a la corte es una felonía muy grave y fuertemente penalizada.

2.5.1. El tiempo de los procesos

El tiempo que se requiere para llevar a cabo un proceso ejecutivo ha sido señalado en la mayoría de los estudios como el principal obstáculo para las ejecuciones. Si bien los marcos legales de los distintos países prevén una duración aproximada de un año, en la práctica se pueden observar lapsos más largos de tiempo. Cabe aclarar que el tiempo hasta la sentencia de trance y remate, si bien es excesivo, no es el mayor problema. Sí lo es la ejecución forzada de bienes.

Encuestas realizadas en Perú, México y Argentina entre abogados litigantes arrojan datos significativos. La mayoría de ellos considera que se requieren entre dos y tres años para una ejecución simple.

El siguiente cuadro presenta datos de la encuesta mencionada realizada en 2004 por IFES, en el cual se pone en evidencia que un enorme porcentaje de usuarios del sistema está disconforme con la duración de los procesos.

Entre las principales causas de dicho retraso, según la opinión de los abogados, se han detectado las siguientes: excesiva carga de trabajo en los juzgados, dificultades para localizar al deudor, resistencia o falta de cooperación del deudos, retrasos en la iniciación del proceso, dificultades en la localización de bienes e ingresos del deudor, requisitos procesales de la ley, excesiva protección del deudor, entre otras.

2.5.2. El costo de los procesos

El segundo gran obstáculo detectado para acceder a los procesos ejecutivos es el costo de los mismos. Particularmente, el costo es un problema para aquellos que pretenden ejecutar deudas de bajo monto, que son la mayoría en la región.

El siguiente cuadro realiza un análisis comparativo del costo de ejecutar una duda de US$10.000, desagregando el costo por rubros. Observamos que los costos oscilan entre un 20% en Bolivia hasta un 32% en Perú.

Tabla 1

	Argentina	México	Bolivia	Perú
Monto de la deuda	$ 10,000			
Costo legal	$300	$0	$40	$50
Certificados y sellos	$17	$15	$66	$280
Publicidad	$17	n/D	n/D	$375
Depósito	$57	$60	n/D	$183
Flete	$11	$30	n/D	n/D
Costos ocultos/otros	$0	$500	$121	$100
Honorarios de abogados	$2.000	$2.000	$1.000	$2.007
Gastos del remate	$473	n/D	$784	$200
Costo total aproximado	$2.875	$2.605	$2.011	$3.195
Costo como % de la deuda	29%	26%	20%	32%

Nota: los montos son en dólares estadounidenses.
Fuente: Enforcement of Court Judgments: Lessons learned from Latin America, IFES, 2004 y La Justicia Civil y Comercial en Bolivia: Diagnóstico y recomendaciones para el cambio, USAID, 2007.

Cabe destacar que estos datos no incluyen un rubro muy importan- te, el costo de oportunidad. el concepto de costo de oportunidad puede entenderse como un beneficio que no será obtenido o el beneficio que se sacrifica al no seguir un curso alternativo de acción. Los costos de oportunidad no se registran en la contabilidad y no son calculados generalmente cuando se habla de costos de la justicia, pero para las empresas, particularmente para las pequeñas o para los deudores individuales, constituye uno de los costos más gravosos. consideremos por ejemplo a un pequeño productor que tiene que ejecutar una deuda de unos $300 y ello le implica tiempo para conseguir un abogado que lo represente, reunir las pruebas requeridas, juntar información acerca del deudor, cumplimentar las formalidades legales, trasladarse en varias oportunidades para realizar presentaciones ante la corte, etc. todo este tiempo, ese pequeño productor se lo quita a su negocio, y tal vez si se dedicara

a él podría duplicar o triplicar los $300 que ganaría presentando su caso ante los tribunales.

Esto no quiere decir que aboguemos por suprimir las tasas de justicia en aquellos países que las tienen como en Argentina o Perú. Solo queremos señalar que el estudio de los costos –tanto de aquellos que paga directamente el usuario del sistema, como aquellos que se solventan con el presupuesto del Poder Judicial– deben analizarse mejor para tender a una mayor racionalidad del sistema.

2.6. Recomendaciones para mejorar el proceso de ejecuciones

En base a nuestra experiencia y a los estudios realizados proponemos a continuación una serie de recomendaciones para mejorar los procesos ejecutivos:

Estudios Metodológicos

- Crear bases de datos sobre juicios ejecutivos donde no existan.
- Actualizar y profundizar los estudios existentes.
- Basar las reformas sobre los datos empíricos hallados más que sobre percepciones.

Reformas procesales y legales

- Respetar el debido proceso respetando a su vez los derechos de los acreedores.
- Establecer el juicio monitorio.
- Mejorar el sistema de notificaciones.
- Mejorar y unificar los sistemas de registro de la información.
- Imponer la declaración jurada de bienes de los deudores.
- Permitir un rol más activo a los acreedores.

La realización de estudios cuantitativos y cualitativos es un requisito para el éxito de la reforma. Es preciso conocer exactamente de qué estamos hablando para poder reformar sobre bases sólidas. No en todos los países se han realizado este tipo de estudios, y en los que sí se lo ha hecho, muchas veces han pasado años del momento de la toma de la muestra por lo que habría que actualizarlos.

Por otro lado, se requieren reformas en los procedimientos que los hagan más ágiles, simples y flexibles, acordes a la naturaleza de lo que se discute en el proceso. Si tenemos en cuenta que es las ejecuciones no se discuten las obli-

gaciones subyacentes a los documentos, no creemos necesario observar los mismos estándares de rigidez que cuando estos elementos están en juego.

Una reforma que ha significado grandes avances en países que la han implementado como por ejemplo España, Uruguay, Bolivia, etc. es la introducción del juicio monitorio. Este proceso tiene diversas variantes, pero básicamente consiste en la inversión del principio contradictorio. El juez dicta una resolución favorable a la parte de- mandante (sentencia monitoria) apenas esta se presenta y antes de cursar notificación al demandado, condicionada a que este una vez citado en forma, no se oponga. La eventual oposición de excepciones permite revocar la sentencia monitoria. Recuérdese cuántos de los expedientes ejecutivos tramitan en "rebeldía" siendo innecesaria en ellos la etapa de "conocimiento" abreviada que hoy el proceso supuestamente "ejecutivo" prevé para el 100% de los casos con la siguiente dilación, pérdida económica para el acreedor y sobre carga de trabajo para las cortes.

2.7. La ineficiencia de las ejecuciones y la seguridad jurídica

La falta de claridad y eficiencia del procesos de ejecuciones atenta contra la seguridad jurídica y por ende, en la manera que una comunidad realiza sus transacciones. Las sociedades modernas más desarrolladas, con economías más prósperas, poseen sistemas de enforcement modernos, habiéndolos sacado en muchos casos de las cortes, o aun dentro de ellas, los han convertido en mecanismos casi administrativos, pues no hay derechos que declarar.

El siguiente cuadro que encontramos muy ilustrativo muestra cómo impacta la falta de seguridad jurídica (siendo el sistema de ejecuciones un componente de ella) en las decisiones de negocios:

Cuadro 1

Reducción de transacciones	Transacciones con clientes y proveedores conocidos Cobertura geográfica restringida Restricción de las modalidades de pago Evita el crecimiento empresarial Transacciones con empresas de igual tamaño Evita negocios con el sector público
Mayores costos por	No buscar mejores precios de insumo No subcontratar No realizar compras ni ventas conjuntas Investigar historial crediticio de clientes y proveedores
Otros costos	Criminalidad / inseguridad urbana Costos de obtener dinero Informalidad y precariedad de la propiedad

Fuente: El costo de la resolución de conflictos en la pequeña empresa. El caso del Perú, Herrero, Alvaro y Henderson, Keith, BID, 2003.

Mucho se ha discutido acerca de si la resolución de cuestiones patrimoniales entre dos personas privadas debe ser de orden público (en comparación con el derecho penal), y por ende el Estado está obligado a resolverlas con los mismos requisitos. Esta discusión tiene implicancias prácticas pues nos situemos de uno u otro lado entenderemos que la tasa de justicia debe o no cobrarse, deben existir defensores de oficio, etc. Si bien el orden público no se ve afectado del mismo modo en la cobranza de una deuda que en un crimen, creemos firmemente que las cuestiones civiles y comercia- les tratadas en las cortes modelan la estructura del sistema económico de un país, y nada más central para el orden público y para la vida de sus ciudadanos que el sistema económico en el cual están inmersos.

Un pensamiento final:
Un sistema judicial eficiente es la mejor herramienta de prevención:

Si los juicios son rápidos y efectivos, aumenta el crédito, aumenta la inversión y disminuye la tasa de interés

2.8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Henderson Keith, Shah Angana, Elena Sandra y Autheman Vio- laine. Regional best practices: Enforcement of Court Judgments. Lessons Learned from Latin America. IFES: Washington D.C. 2004

Henderson Keith and Peter Kahn. Barriers to the Enforcement of Court Judgments and the Rule of Law. IFES: Washington D.C. 2003

Chayer Héctor Mario y Milena Ricci. El Trámite del Proceso Eje- cutivo y las Nuevas Secretarías del Fuero Comercial. UBACYT–CONICET, Rubinzal– Culzoni. 2002.

Clague Chistopher, Philip Keefer, Steven Knack y Mancur Olson (Ed). Institutions and Economic Performance: Property Rights and Contract Enforcement. In Christopher Clague (Ed.), Institu- tions and Economic Development. Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press. 1997.

Council of Europe. The Execution of Court Decisions in Civil Ca- ses. Council of Europe. 1998.

Henderson Keith y otros. Barriers to the Enforcement of Court

Judgments and the Rule of Law. IFES: Washington D.C. 2003.

Instituto Apoyo. Impedimentos Institucionales para el Desarrollo Empresarial en el Perú. Consejo Nacional de la Competitividad: Lima, Perú. 2003.

Kahn Peter L. Enforcement of Contracts and Judgments in Ukrai- ne. IRIS Center, University of Maryland. 1998.

Kahn Peter L. Enforcement of Civil Judgments in the Former Socialist Countries: Agency Design and Agency Mission in the Russian Bailiffs Service. Post – Soviet Affairs. 2002.

Kennett Wendy. The Enforcement of Judgments in Europe. Oxford University Press. 2000.

Kennett Wendy. Regulation of Enforcement Agents in Europe: A comparative Study. 2002.

Council of Europe. The Enforcement of Domestic Court Deci- sions in Civil and Commercial Cases, a Compendium of Conclu- sions and Reports of the Council of Europe. Strasbourg, France 2000.

Elena Sandra et al. IFES Occasional Papers: Barriers to the Enfor- cement of Court Judgments in Peru – Winning in Court is Only Half the Battle: Perspectives from SMEs and Other Users. IFES; Washington D.C. 2004.

Garavano Germán C. Los Usuarios del Sistema de Justicia en Ar- gentina. FORES: Argentina. 2000.

Hammergren Linn. Use of Empirical Research in Refocusing Ju- dicial Reforms: Lessons learned from Five Countries. The World Bank: Washington, DC. 2003.

Hammergren Linn, Ana Laura Magaloni y otros. Juicio Ejecutivo Mercantil in the Federal District Courts of Mexico: A Study of the Uses and Users of Justice and their Implications for Judicial Reform. CIDE: México. 2001.

La Justicia Civil y Comercial en Bolivia: Diagnóstico y recomendaciones para el cambio, USAID, Bolivia, 2007.

LA REFORMA DEL PROCESO CIVIL EN LATINOAMÉRICA:

MECANISMOS LEGALES PARA GARANTIZAR LA EFECTIVA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN EN EL PROCESO POR AUDIENCIAS

EL CODIGO GENERAL DEL PROCESO URUGUAYO Y EL CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA

Santiago Pereira Campos[1]

A Enrique Vescovi, Adolfo Gelsi y Luis Torello,
impulsores imprescindibles de la reforma
del proceso civil en Iberoamérica

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El estudio de los "mecanismos legales para garantizar la efectiva aplicación de los principios fundamentales del proceso por audiencias" resulta por demás trascendente y pone el acento en lo que debe ser el centro de las reformas procesales.

Deben quedar ya en el pasado los debates acerca de cuáles principios deben regir el proceso moderno, ya que existen sobre el tema amplias coincidencias. Ahora debemos profundizar sobre los mecanismos que la ley debe prever para que los principios procesales dejen de ser meros postulados programáticos

1 Profesor Titular de Derecho Procesal y Profesor Titular de Litigación por Audiencias en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Socio de la firma Rueda Abadi Pereira.

y se transformen en herramientas decisivas para que el proceso haga efectivos los derechos sustanciales

Es en este tema de los mecanismos legales para efectivizar los principios procesales donde "El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica" (en adelante: Código Modelo) se constituye en una obra sabia y magnífica.

Por ello nuestra ponencia se ceñirá al análisis de las soluciones del Código Modelo y a su aplicación práctica a través del Código General del Proceso (en adelante: CGP) de Uruguay que adopta las soluciones del Modelo con algunos pequeños ajustes y que, luego de superados sus 20 años de vigencia, permite realizar un interesante y positivo balance.

Por razones de espacio nos ceñiremos al estudio de los mecanismos legales para efectivizar la aplicación del **principio de inmediación** y a sus consecuencias prácticas, evitando en lo posible abundar en los debates sobre aspectos secundarios y en las citas doctrinarias.

El principio de inmediación, por su interdependencia con los demás principios, es a nuestro juicio, el pilar esencial de la reforma. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que a la temática de los demás principios procesales y a sus mecanismos de efectivización nos hemos dedicado en anteriores trabajos a los que nos remitimos[2].

2. CONCEPTO Y CARACTERES DEL PRINCIPIO DE INMEDIACION PROCESAL

Siguiendo a DÍAZ[3], cabe señalar que, durante el curso del proceso, el juez puede realizar los actos de adquisición del material que ingresa a la litis de dos formas posibles: a) **directa y personalmente** sin intervención de ninguna otra persona; y b) **indirectamente**, por la **intervención de un delegado**, que interponiéndose entre el juez y el acto de adquisición, suministra al primero una **versión** de éste.

2 VESCOVI, E., DE HEGEDUS, S., KLETT, S., LANDEIRA, R., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código General del Proceso - Comentado, Anotado y Concordado", t. 1, Editorial Abaco, ps. 37 a 246; PEREIRA CAMPOS, S., "Fines y Funciones de los Principios Procesales", Revista del Centro de Estudiantes de Derecho (CED) N° 6, "El principio de publicidad en el Código General del Proceso", en la Revista Uruguaya de Derecho Procesal N° 1/92; "Alcance y límites del impulso procesal de oficio en el Código General del Proceso", publicado en la Revista del Centro de Estudiantes de Derecho (CED) N° 9; "El principio de moralidad y el deber de veracidad en el Código General del Proceso", publicado en "Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart", FCU, 1999.

3 DÍAZ, C.,"Instituciones de Derecho Procesal Civil", Bs. As, 1968, T. I, p. 380.

El principio (regla o máxima) de inmediación procesal implica la comunicación personal del juez con las partes y el contacto directo de aquél con los actos de adquisición, fundamentalmente de las pruebas, como instrumento para llegar a una íntima compenetración de los intereses en juego a través del proceso y de su objeto litigioso.

PALACIO4 define al principio de inmediación en sentido estricto y sólo con referencia a los procesos dominados por el signo de oralidad, como "aquel que exige el contacto directo y personal del juez o tribunal con las partes y con todo el material del proceso, excluyendo cualquier medio indirecto de conocimiento judicial".

No obstante la estrecha vinculación entre oralidad e inmediación, ambos conceptos pueden diferenciarse. La oralidad es un tipo procesal y se refiere al medio de expresión que se utiliza en el proceso. El principio de inmediación se refiere a la forma en que el juez asimila o toma contacto con el material de conocimiento5 y con los intervinientes en el mismo.

En los procesos escritos o predominantemente escritos, la aplicación de este principio -si bien puede darse- sufre importantes limitaciones, reduciéndose a imponer la asistencia personal del juez en la ejecución de la prueba que se recibe en audiencia y en la realización de los actos procesales que requieran la comparecencia personal de los litigantes. A ello se suma que, generalmente en la práctica, esa aplicación limitada se suele diluir, sea por la reiterada y abusiva delegación de funciones, sea por la imposibilidad material (recursos económicos, número de jueces, etc.) de que el principio se aplique.

La doctrina procesal moderna ha reclamado con rara unanimidad y énfasis la vigencia del principio de inmediación. Por ello resulta hoy inconcebible la defensa de la mediación –su opuesto- como regla. La mediación se pudo haber inspirado antiguamente en el temor a que el contacto vivencial pudiera afectar la imparcialidad del tribunal, y por ello sustenta la conveniencia de que el tribunal guarde una relación impersonal e indirecta con las partes y demás sujetos del proceso, como así también con el substrato objetivo6. Actualmente, descartados desde hace ya mucho tiempo esos temores, la mediación sólo se admite en contados casos en que, por razones prácticas insoslayables (como la distancia), se hace necesario delegar funciones. Asimismo, el principio de mediación rige en aquellos sistemas en que, por defecto y tradición de sus normas, no se consagra el principio de inmediación so pena de nulidad. El

4 PALACIO, L., "Derecho Procesal Civil", T. I, Bs. As., 1967, p. 301.
5 Cf. DIAZ, C., ob. cit., T. I, p. 382.
6 PEYRANO, J., "El proceso civil – principios y fundamentos", Bs. As., 1978, p. 291.

proceso moderno se orienta al acercamiento de la justicia al pueblo, siendo el principio de inmediación el medio más apropiado para lograrlo[7].

Como lo hemos señalado en anteriores trabajos[8], la situación que actualmente viven muchos sistemas judiciales y que padecía Uruguay hasta la entrada en vigencia del CGP, es insostenible. La vigencia casi irrestricta de la delegación de funciones para todos los casos implica que el justiciable no haya tenido nunca contacto con el juez que dictó la sentencia en su causa, perdiéndose por ello confiabilidad y respeto por la administación de justicia; los testigos y peritos declaran frente a un funcionario que no conoce el fondo del asunto y que se limita a registrar, dentro de lo posible, todo lo manifestado. Al juez le llega una versión de dudosa fidelidad, la cual sólo registra -en el mejor de los casos- lo dicho, perdiéndose actitudes, gestos, sensaciones, etc., lo cual, muchas veces, dice más que muchas palabras.

Las ventajas de la inmediación son evidentes. No existe un instrumento tan poderoso para la búsqueda de la verdad en el proceso. El poder-deber del magistrado de escuchar y fundamentalmente **dialogar** con las partes, los letrados, los testigos y demás personas que actúen en el proceso le permite ponderar no sólo las palabras, sino también -lo que es más importante- las reacciones y gestos, de fundamental importancia para apreciar la verdad o la mentira en una declaración.

Como recuerda VESCOVI[9], así concebida la inmediación, es tan o más importante que la oralidad. El propio KLEIN, autor de la Ordenanza austríaca que tanto resultado ha dado, fundaba la virtud del nuevo Código en la inmediatez; decía que lo esencial era que el juez y las partes (luego los testigos) "se miraran a los ojos". Pues si es esencial que el Tribunal vea y oiga a las partes, no lo es menos que éstas vean a quien los juzga.

7 Como indica PEYRANO, el principio de inmediación fue cronológicamente el primero en imponerse en la ley y en la práctica. A modo de ejemplo, basta mencionar que en las comunidades primitivas se impartía justicia de cara al pueblo. El advenimiento de la llamada "Edad oscura" implicó el surgimiento del principio de mediación por dos razones fundamentales: el predominio del proceso escrito, que evidentemente favorece su consagración, y la desconfianza mayúscula en el proceder de los jueces que caracterizó al período medieval. El renacimiento de la confianza en los jueces implicó nuevamente el éxito de la inmediación, hoy ya indiscutida (PEYRANO, J., ob. cit., p. 292).

8 VESCOVI, E., DE HEGEDUS, S., KLETT, S., LANDEIRA, R., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código...", t. 1, ps. 179 y 180.

9 VESCOVI, E., "Manual de Derecho Procesal - Actualizado según el Código General del Proceso", Montevideo, 1991, p. 71. Asimismo, la Relación Grandi resulta sumamente elocuente al respecto: "...Aproximar la justicia al pueblo no quiere decir solamente hacer menos costoso y menos erizado de formalidades materiales el acceso a los órganos judiciales; sino que quiere decir, sobre todo, hacer que las partes, una vez admitidas a la presencia del juez, encuentren en él inmediata atención y comprensión y tengan acto seguido la confortante sensación de que la buena fe y la honestidad se encuentran a presencia del magistrado como en su propia casa, en una atmósfera de confianza y de vecindad propia de hombres" (citada por DIAZ, C., ob. cit., T. I, p. 380, nota 64).

Se señalan, como caracteres de la inmediación, los siguientes[10]:

a) La **presencia** de los sujetos procesales **ante el juez**.

b) La **falta** de un **intermediario** judicial entre las cosas y personas del proceso y el juez.

c) La **identidad física entre el juez que tuvo contacto con las partes y el que dictará la sentencia**. Este punto es fundamental para evitar que el juez que sentencia lo haga en base a una versión mediata de la realidad que le proporcione otro juez.

Resulta evidente que existe una relación directamente inescindible entre las posibilidades de que el juez tome contacto con las partes y las pruebas, y la justicia de la sentencia que se dicte. La justicia intrínseca del fallo está casi inexorablemente predeterminada por el alcance y medida de lo que el juez pueda percibir en forma inmediata a través de sus sentidos. Inversamente, cuanto más mediata y lejana sea la visión de las circunstancias de hecho que motivan la decisión, como también de las partes, letrados y demás personas que intervengan en el proceso, más se ha de alejar la factibilidad teórica de una decisión ajustada a derecho[11].

3. FALTA DE SIGNIFICACIÓN COMPARATIVA DE LOS "RIESGOS" DE LA INMEDIACION

Lamentablemente, en algunas ocasiones, pretendiéndose justificar en algunos ordenamientos la injustificable ausencia de inmediación, se han esgri-

10 DIAZ, C., ob. cit., T. I, p. 382.

11 MORELLO, A., SOSA, G. y BERIZONCE, R., "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación – Comentados y Anotados", Bs. As. 1967, T. I, p. 586. PASSI LANZA afirma, con gran acierto, que no se puede impartir buena justicia sin ver, presenciar y tomar parte activa en el desarrollo del proceso, fundamentalmente en la producción de pruebas. "Juzgar sobre testimonios y confesiones trasladados al papel, es en cierto modo juzgar a ciegas, porque sólo el examen personal hecho por el magistrado torna veraces las declaraciones, y permite poner en evidencia al testigo mendaz o reticente... el testigo que miente, omite o exagera cuando depone frente a un empleado -porque las facultades de control de la parte contraria no son por lo general lo suficientemente eficaces para evitarlo-, no es capaz de tal ante el juez, en cuya presencia se expresa casi siempre con veracidad; y cuando así no ocurre, ha de quedar en evidencia no bien los magistrados procedan a examinarlo, de acuerdo con las facultades que la ley les atribuye, y, de más está decirlo, la sagacidad que les presta la experiencia acumulada en el ejercicio de su función" (PASSI LANZA, M., "Los principios del proceso moderno en dos ordenamientos de avanzada", Jus, N° 8, p. 105). FERNÁNDEZ señala: "...piensan algunos que tomando taquigráficamente o con procedimientos mecánicos las audiencias, no se requeriría que el juez estuviera presente en ellas, pero tal procedimiento desnaturalizaría por completo el juicio oral, ya que el juzgador no sólo debe escuchar las palabras de los testigos y de las partes sino observarlos para apreciar el grado de verosimilitud con que se expiden" (FERNÁNDEZ, R., "La reforma procesal civil", "Exposición de motivos", LL, 103-903, p. 911).

mido algunos riesgos de ésta, evidentemente mínimos ante la fuerza de sus virtudes. Sin embargo, tales argumentos van cayendo en el olvido frente a las evidentes ventajas y eficaces resultados de la inmediación en el proceso por audiencias.

Así, por ejemplo, se ha señalado por algunos autores las dificultades que podrían generarse cuando se adopta una decisión basada en los corolarios del principio de inmediación dentro de un sistema de doble instancia como sucede en el Código Modelo y en el CGP uruguayo[12]. Sin embargo, como ha quedado demostrado luego de más de una década de aplicación en Uruguay del nuevo sistema procesal, la solución a este problema -más aparente que real- pasa por una confección cuidadosa del acta resumida y eventualmente con la facultad del tribunal de disponer, en casos muy complejos, la utilización de medios técnicos apropiados (arts. 102 del CGP y 97 del Código Modelo). Por otra parte, el tribunal de alzada podrá escuchar a las partes también en audiencia en segunda instancia. Como lo señala BERIZONCE[13] en la compatibilización del juzgamiento en doble instancia con el principio de inmediación, la registración de las audiencias resulta clave para salvaguardar la inmediación, de modo que sin que se pierdan las ventajas del contacto directo del juez monocrático con las partes y las pruebas, se posibilite al mismo tiempo la revisión de la valoración de los hechos por la alzada. No se trata de repetir las pruebas, sino tan sólo de revisar el juicio fáctico con conocimiento circunstanciado de lo acaecido en la audiencia, y sin perjuicio de los poderes instructorios siquiera restringidos del propio ad quem. La creciente aplicación de la multimedia, telemática y la videoconferencia, resulten instrumentos adecuados y no necesariamente onerosos para facilitar ese contralor, que permite resguardar la seguridad jurídica.

12 Se ha señalado por algunos que lo ideal es un proceso por audiencias con plena vigencia del principio de inmediación y con instancia única ante tribunal colegiado. Ello requiere aumento de recursos (mayor número de jueces) para el Poder Judicial y desmistificar la necesidad de la doble instancia. El sistema del Código Modelo, del CGP y de tantos otros de Iberoamérica es, como lo señala BERIZONCE el de monocraticidad del órgano de primer grado, que se complementa con una instancia de impugnación. Oralidad ante un juez único, unipersonal, con la garantía del contralor por una alzada colegiada para revisar no sólo el juicio de derecho sino también el fáctico. Es el modelo "tipo" difundido por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y receptado en varios proyectos argentinos. La cuestión de monocraticidad o unipersonalidad alude, por un lado a un método de racionalización del aparato judicial, desde el punto de vista de su eficiencia. En esta perspectiva, se sostiene su superioridad en orden a la celeridad procesal y, particularmente, a la más apropiada utilización de los recursos presupuestarios. Agrega que el método más adecuado para el juzgamiento en procesos por audiencias es el que se organiza confiando a un juez unipersonal o monocrático el primer grado de conocimiento, con el contralor de alzada por vía de apelación. La superioridad de la monocraticidad reposa no sólo en razones de una mayor racionalización y eficiencia del aparato judicial, sino además y principalmente, en la necesidad de afianzar la personalización de la decisión y la correlativa función política y responsabilidad institucional del juez en la sociedad contemporánea (BERIZONCE, R., "La estructura del órgano judicial en el proceso por audiencias" en Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart, ps.18 y 25).

13 BERIZONCE, R., "La estructura...", p.19

El otro riesgo señalado, aunque ya sin impuso, es el que inspiró antiguamente algunos movimientos en pos de la mediación: la posibilidad de que la imparcialidad se vea afectada. Este elemento es descartado por no verse diferencias radicales en lo que hace a la posible parcialidad que puede tener el juzgador en un sistema de mediación o de inmediación.

Como dice PEYRANO[14] sólo puede concluirse en que el balance final es ampliamente favorable al principio de inmediación. El principio de inmediación satisface el interés de una justicia al mismo tiempo más rápida y esencialmente más justa. En combinación con él juegan importantes principios como los de dirección, autoridad, saneamiento, celeridad, moralidad, etc.

4. EL ROL DE LOS INTERVINIENTES: EL PROCESO COMO UNA OBRA EN COMUN

La necesidad de la inmediación y de un papel activo del tribunal en el proceso es evidente. Para que la inmediación tenga pleno vigor, el juez debe asumir en la audiencia un rol de director, actuando con mesura y razonabilidad, cuidando en todo momento su imparcialidad. Sus condiciones personales resultan de mucha mayor trascendencia que en un proceso donde no rige la inmediación. Debe conocer las técnicas de negociación y conciliación que se han desarrollado en relación al proceso por audiencias, y sentirse humilde protagonista de una labor fundamental para la sociedad, que requiere de grandes esfuerzos.

La inmediación significa sacrificio no sólo para los jueces sino también para los abogados, porque exige un conocimiento completo y constante del asunto controvertido. La inmediación requiere mutua colaboración entre los abogados y para con el juez, en esa obra en común que es cada audiencia y el proceso todo. Sin esta interacción esencial fundada en la buena fe, la inmediación deja de ser tal.

5. LA INMEDIACIÓN EN EL CGP URUGUAYO Y EN EL CÓDIGO MODELO: INMEDIACIÓN Y PROCESO POR AUDIENCIAS

Tanto el CGP uruguayo como el Código Modelo consagran con gran amplitud el principio de inmediación, en esa estructura hoy consolidada como la más adecuada, que es el proceso "por audiencias". En efecto, los referidos Códigos regulan un sistema procesal en el que, luego de la demanda y contestación es-

14 PEYRANO, J., ob. cit., p. 297.

critas, las partes y el juez se reúnen. En audiencia, frente a frente, los litigantes y sus abogados, con la presencia e intervención activa del juez como director, se trata de llegar prioritariamente a una conciliación total o parcial y, en su defecto, se realiza el debate y se fijan los puntos en disputa de manera clara y concreta. Se hacen efectivos así los principios procesales fundamentales y, especialmente, se garantiza la inmediación. Se trata de un proceso que realizan efectivamente y en su conjunto, sus tres principales sujetos (las partes y el juez), juntos con los auxiliares y sujetos complementarios, obteniendo así un efectivo acercamiento a la realidad concreta que forma el objeto sustantivo del proceso, concentrándose sus actuaciones. La sede del tribunal deja de ser el lugar en donde se presentan y se intercambian escritos para formar el expediente y se transforma en el lugar donde se *hace* el proceso con la presencia de sus protagonistas esenciales[15].

Como lo señala BERIZONCE[16], la implementación del sistema por audiencias - esquema mixto, porque se mantiene la expresión escrita en los actos postulatorios e impugnativos, en general[17] – sigue representado el programa medular de la reforma de la justicia. Es el único método que asegura la virtualidad y operatividad de los principios cardinales del proceso: inmediación, concentración, celeridad, economía, buena fe, publicidad y desacralización de las formas procesales, ínsita en la oralidad, así como de identidad del juez que asume las pruebas y decide las causas. Como enseña VESCOVI[18], ello se complementa con la ampliación de los poderes al Juez, sobre todo en materia probatoria, y su facultad de valorar dicha prueba, conforme con las reglas racionales de la sana crítica.

Lo esencial del proceso es que la inmediación opera a través de audiencias, donde impera el esquema dialogal entre las partes, asistidas por sus abogados y el Juez. En el Código Modelo y en el CGP uruguayo se ha incluido la **audiencia preliminar** como pivot del sistema. Allí se comienza con tentar la conciliación (intraprocesal) por el Juez, se realiza el saneamiento del proceso y se fija el objeto del proceso y de la prueba así como los medios de prueba a diligenciarse[19].

15 Todo ello surge con claridad de la Exposición de Motivos del CGP uruguayo.

16 BERIZONCE, R., "La estructura…", p. 13.

17 Señala VESCOVI: "estamos ante un proceso mixto, pues tiene importantes partes escritas como la etapa de proposición (la demanda y la contestación y reconvención), los recursos (introducidos y contestados por escrito, salvo los que se plantean en la audiencia), las sentencias y el valor de la prueba documental de siempre. Pero en lo esencial funciona a través de audiencias..." (VESCOVI, E., "Las modernas tendencias del proceso civil contemporáneo" en RUDP N° 2/98, p 116).

18 VESCOVI, E., "Las modernas...", p 116.

19 De este modo –como enseña VESCOVI- se aligera enormemente el proceso, al resolver todas las cuestiones que no hagan al mérito de la causa y, si no se concilia totalmente, en la fijación del objeto, alrededor de la mesa ("en mangas de camisa") las partes excluyen muchos puntos que realmente no controvierten, por lo que, a su vez, la prueba queda también limitada. De ese modo se logra, aunque sea de modo consecuencial, la abreviación, un valor esencial que en la práctica se obtiene insensiblemente (VESCOVI, E., "Las modernas...", p 116).

En la estructura del proceso por audiencias que el Código Modelo y el CGP consagran, la inmediación -al decir de GELSI BIDART20-, implica la correlación entre los sujetos del proceso, la cual ha de ser permanente y directa, salvo en cuanto a demandar y contestar, dado que el proceso comienza por ser unilateral (actor-juez; juez-demandado) y la sumatoria de los dos planteamientos ha de realizarse por una indirecta comunicación. A partir de la audiencia preliminar, y desde el propio inicio de ésta, la comunicación es directa; los actos se desarrollan en simultaneidad y el desarrollo del proceso es a través del diálogo. Se dialoga escuchando y aportando nuevos elementos que enriquezcan la visión del pasado procesal y las posibilidades de conocimiento y modos de aplicación del derecho al caso concreto.

6. CONSAGRACIÓN GENERAL DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN EN EL CODIGO MODELO Y EN EL CGP

Dispone el art. 8 del CGP uruguayo*: "Inmediación procesal.- Tanto las* ***audiencias*** *como las* ***diligencias de prueba*** *que así lo permitan, deben* ***realizarse por el tribunal, no pudiendo éste delegarlas so pena de nulidad absoluta****, salvo cuando la diligencia debe celebrarse en territorio distinto al de su competencia".* Texto casi idéntico contiene el art. 8 del Código Modelo.

Esta norma que regula con especial vitalidad el principio de inmediación tiene un contenido complejo y trascendente:

a) Implica la obligatoria presencia del juez en todas las audiencias sin excepción y diligencias de prueba que así lo permitan, dándosele al principio un amplio alcance ya que no se limita a la recepción de las pruebas sino que se extiende a todas las audiencias con sus múltiples contenidos (conciliación, saneamiento, ordenación de prueba a diligenciarse, diligenciamiento, alegatos, dictado de sentencia, recursos, etc.).

b) La norma no se conforma con la presencia del tribunal en las actuaciones, sino que, con gran acierto, señala que esta actuaciones "deben **realizarse** por el tribunal", lo que destaca el papel protagónico del juez como director del proceso.

c) Se impone una grave consecuencia para el incumplimiento del precepto legal: la nulidad absoluta.

d) Sólo se admite la delegación en casos excepcionales.

20 GELSI BIDART, A., "Orientación general del Código y principios del proceso" en Curso sobre el Código General del Proceso, IUDP, t. I, p. 15.

7. MECANISMOS LEGALES QUE GARANTIZAN LA EFECTIVA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

1.1. CONSIDERACIONES GENERALES

Como acabamos de analizarlo, los arts. 8 del CGP y 8 del Código Modelo consagran, con alcance general, el principio de inmediación. Pero es también dicha norma el modo más efectivo de garantizarlo al disponer que, si no se respeta el principio, se verificará una hipótesis de nulidad absoluta.

Sin perjuicio de ello –que de por sí significa un gran avance en comparación a los regímenes tradicionales-, existen otras normas que constituyen mecanismos complementarios para garantizar en toda su extensión la efectiva aplicación del principio de inmediación.

Analizaremos a continuación las más trascendentes, debiendo recordarse que la inmediación tiñe todo el cuerpo normativo procesal (tanto el CGP como el Código Modelo).

7.2. PRINCIPALES MECANISMOS DE EFECTIVIZACION DE LA INMEDIACION

1.1.1. Prohibición de la división de competencia por el criterio de delegación

Ratificando el principio general, el art. 23 del CGP –art. 24 del Código Modelo- dispone que no se admitirá la división de competencia por el criterio de delegación, salvo para asistencia judicial en diligencias determinadas fuera de la sede judicial.

1.1.2. Dirección de las audiencias por el tribunal

Los arts. 100 del CGP y 95 del Código Modelo, al regular las audiencias en general, disponen: *"En los procesos que se desarrollan por audiencias el tribunal las **presidirá** por sí mismo bajo pena de **nulidad** que compromete su **responsabilidad funcional**".*

Como consecuencia lógica de la estructura procesal elegida, la *audiencia* constituye un hito fundamental del sistema procesal, concentrándose en ella diversas actividades, realizadas con un mínimo de formas, posibilitando el contacto directo de los sujetos principales del proceso entre sí y con el objeto de la litis y de la prueba[21].

21 VESCOVI, E., DE HEGEDUS, M., KLETT, S., LANDEIRA, R., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código...", t. 2, ps. 379 y 380.

La norma transcripta consagra dos principios claves en el proceso estructurado por el CGP y el Código Modelo: el de inmediación (art. 8 de ambos códigos) y el de indelegabilidad de la función jurisdiccional (art. 18 de ambos códigos). Mediante esta solución se tiende por tanto a garantizar el respeto a la legalidad en sentido amplio y a posibilitar la efectiva vigencia de la inmediación como directiva.

La gravedad de la sanción por el incumplimiento del deber del tribunal de presidir personalmente las audiencias, denota la importancia asignada por el codificador al tema, ya que esta norma consagra una de las pocas hipótesis de nulidad procesal absoluta e insanable. A su vez, a fin de que las consecuencias negativas de la sanción afecten al verdadero responsable, se proclama a texto expreso que la violación del precepto configura hipótesis de responsabilidad funcional del soporte del tribunal.

Complementada con otras disposiciones que imponen a las partes cargas de comparecer a las audiencias, so pena también de graves sanciones (v. gr.,art. 340 del CGP y 300 del Código Modelo), esta norma adquiere relevancia de gran magnitud en el esquema procedimental legal, porque posibilita el cumplimiento de todas aquellas otras que buscan hacer efectivo el principio de inmediación procesal.

1.1.3. Inmediación en el proceso de conciliación previa

La inmediación rige en todas y cada una de las estructuras procesales reguladas. Empezaremos por el proceso de conciliación previa. En el sistema procesal uruguayo, de regla, antes de iniciar el proceso deberá pedirse audiencia de conciliación ante la Justicia de Paz (art. 255 de la Constitución y 293 del CGP), salvo en los casos en que la ley exima de tal etapa (art. 294 del CGP). El Código Modelo recepta un sistema similar en sus arts. 263 y 264.

El art. 295.2 del CGP uruguayo –art. 265.3 del Código Modelo- consagra la presidencia, por parte del juez, de la audiencia de conciliación previa, bajo pena de nulidad insanable. El hecho de que el juez presida la audiencia implica un rol activo de su parte.

Complementariamente, para incentivar la presencia de las partes a la audiencia de conciliación previa, el art. 295.3 del CGP dispone: *"Si el citado no compareciere, se tendrá como presunción simple, en contra de su interés, en el proceso ulterior, lo que se hará constar en la citación. La no comparecencia del citante impedirá la realización de la audiencia, pero el citado podrá pedir constancia a sus efectos".*

El Código Modelo en su art. 265.3 prevé una solución de similar carácter aunque un poco más atemperada[22].

1.1.4. Inmediación en las diligencias preparatorias

La inmediación está consagrada en el CGP y en el Código Modelo desde las mismas diligencias preparatorias que, de regla, se realizan en audiencia.

Disponen los arts. 310.1 del CGP y 273.4 del Código Modelo que *"las medidas seguirán el procedimiento que corresponda a su naturaleza; sólo si resultare indispensable, se realizarán fuera de la audiencia que fijará el tribunal a los efectos de su cumplimiento"*. La dirección de las diligencias queda a cargo del tribunal.

El CGP uruguayo, incluso no se limita a garantizar la presencia del juez sino que se instrumentan mecanismos para efectivizar la presencia de los interesados en la audiencia de medidas preparatorias, imponiéndoles trascendentes cargas procesales. Mejorando las soluciones del Código Modelo que no contiene norma al respecto, dispone el art. 310.2 y .3 del CGP:

"Si el peticionario no concurriere a la audiencia, se le tendrá por desistido de su petición con costas y costos a su cargo, salvo si la inasistencia se debiere a causa de fuerza mayor justificada, en cuyo caso podrá postergarse la audiencia por una sola vez".

"Si la parte contra quien se pidieren las medidas no compareciere, salvo causa de fuerza mayor justificada que habilitará la postergación de la audiencia por una sola vez, se cumplirán las diligencias posibles de realizar sin su presencia. Si así no fuere, el tribunal podrá imponer sanciones conminatorias al omiso, cuando, además de no concurrir, no cumpliere con lo que se le hubiere ordenado. En todo caso, su no comparecencia permitirá tener por ciertos los hechos afirmados por el peticionante, en todo cuanto no resultaren desvirtuados por la prueba del proceso principal".

1.1.5. Inmediación en la audiencia preliminar

Ya hemos señalado que el centro medular de la reforma procesal propuesta en el Código Modelo y receptada en el CGP uruguayo es la audiencia preliminar del proceso ordinario (que por remisión se aplica de regla a los demás procesos) donde se concentra gran parte del contenido fundamental del proceso[23]. Por ende, garantizar la efectiva presencia del juez y de las partes a la

22 Dispone: *"En caso de no comparecer el citado, a pedido del citante, podrá el Tribunal convocar a una nueva audiencia bajo apercibimiento de que la incomparecencia se tendrá como presunción simple en contra de su interés en el proceso ulterior".*

23 Conforme al art. 341 del CGP con redacción similar al art. 301 del Código Modelo, en la audiencia preliminar se cumplen las siguientes actividades fundamentales: 1) Ratificación de la demanda, contestación y demás actos de proposición (reconvención,contestación a la misma, excepciones

referida audiencia resulta esencial. Para ello, se consagran importantes consecuencias para el tribunal y para las partes en caso de incomparecencia.

a) Mecanismos legales para garantizar la presencia del juez y su rol de director en la audiencia preliminar

La no presencia del tribunal impone la nulidad absoluta (insubsanable) de la audiencia en base al principio general ya analizado (arts. 8 y 100 del CGP y 8 y 95 del Código Modelo).

A lo expuesto cabe agregar que, para asegurar que la dirección del tribunal y el principio de inmediación no se vean menguados por el temor que el juez pueda tener de incurrir en prejuzgamiento al momento de tentar la conciliación o de resolver sobre el saneamiento del proceso, los arts. 342.7 del CGP y 302. 7 del Código Modelo disponen: *"Las manifestaciones del tribunal en esta audiencia y en cuanto ordenadas al cumplimiento de las actividades previstas, en ningún caso significarán prejuzgamiento".*

b) Mecanismos legales para garantizar la comparecencia de las partes a la audiencia preliminar

i. Comparecencia "personal" de las partes

La incomparecencia de las partes tiene trascendentes y gravosas consecuencias. Disponen los arts. 340.1 del CGP y 300.1 del Código Modelo:

"Las partes deberán comparecer a la audiencia en forma personal, salvo motivo fundado, a juicio del tribunal, que justificare la comparecencia por representante. Las personas jurídicas[24] y los incapaces, comparecerán por

previas y sus contestaciones, etc.), pudiéndose alegar hechos nuevos siempre que no modifiquen la pretensión o la defensa, así como aclarar sus extremos si resultaren oscuros o imprecisos, a juicio del tribunal o de las partes. 2) Tentativa de conciliación, que deberá realizar el tribunal, respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos. 3) Recepción de la prueba sobre las excepciones previas. 4) Dictado de sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso para resolver los problemas planteados por las excepciones procesales propuestas o las nulidades denunciadas o las que el tribunal hubiere advertido decidir. 5) Fijación definitiva del objeto del proceso y de la prueba, pronunciamiento sobre los medios de prueba solicitados por las partes, rechazando los que fueren inadmisibles, innecesarios o inconducentes, disponiéndose la ordenación y diligenciamiento de los que correspondan. 6) Recepción de los medios que fuere posible diligenciar en la propia audiencia y fijación de otra complementaria para el diligenciamiento de los restantes, acordándose lo necesario para que en ocasión de esa audiencia complementaria se diligencien totalmente las pruebas que no se hubieren recibido en la audiencia preliminar. En la audiencia preliminar las partes podrán proponer nuevos medios de prueba que, a juicio del tribunal, refieran a hechos nuevos o rectificaciones hechas en la propia audiencia.

24 El CGP y el Código Modelo prevén que las personas jurídicas comparecerán por intermedio de sus "representantes", a la audiencia preliminar. Este régimen peculiar se debe a la especialidad de su naturaleza. Deberán valerse de personas físicas porque la comparecencia de una abstracción jurídica es natural y jurídicamente imposible. Originariamente se planteaban dudas en Uruguay en

intermedio de sus representantes. Todo, sin perjuicio del patrocinio letrado obligatorio. Si por razones de fuerza mayor, debidamente acreditadas, una de las partes no pudiere comparecer, la audiencia podrá diferirse por una sola vez".

Esta norma consagra soluciones modernas y eficaces en pos de la inmediación:

a) Sienta como regla general que las personas físicas capaces deben comparecer a la audiencia preliminar en forma personal y no por representante, salvo motivo fundado debidamente justificado. La comparecencia personal es esencial para asegurar el contacto directo del juez con la partes sustanciales, verdaderos interesados en la cuestión litigiosa[25].

b) Reitera el principio de la asistencia letrada obligatoria, expuesto también en otras normas (arts. 37 del CGP y 48 del Código Modelo)

Luego, se regulan las consecuencias de la incomparecencia de las partes.

ii. Comparecencia del actor

Disponen los arts. 340.2 del CGP y 300.2 del Código Modelo: *"La inasistencia no justificada del **actor** a la audiencia preliminar se tendrá como **desistimiento de su pretensión**"* [26].

Esta grave consecuencia –el desistimiento de la pretensión- implica el fin del proceso y la eliminación de la posibilidad de su replanteo (a diferencia

torno a la remisión del art. 340 del CGP al art 32, pues si bien el art. 340.1 inc.3 habla simplemente de "representantes" el art. 32.3 diferencia entre "órganos, representantes o personas autorizadas conforme a derecho". Frente a la necesidad de armonizar lo dispuesto por estos artículos surgieron en Uruguay posiciones encontradas acerca de la calidad que debía revestir quien representare a la persona jurídica. Cierto sector consideró imprescindible la comparecencia de los representantes estatutarios, fundándose en el principio de igualdad por lo que debía exigirse también a las personas jurídicas una comparecencia "personal". Otros, entre ellos VESCOVI (VESCOVI, E. "Las personas jurídicas pueden comparecer en juicio por intermedio de sus representantes estatutarios o, aún, sus apoderados o mandatarios contractuales", RUDP 2/91, pág. 305) , entendieron, tomando como fundamento la remisión al art. 32.3, que las mismas podían comparecer tanto por sus representantes estatutarios (órganos) como los contractuales o apoderados. La jurisprudencia tanto a nivel de Juzgados Letrados como de Tribunales de Apelaciones, después de planteada esta discordia inicial, ha hecho eco de la posición sostenida por VESCOVI, no exigiendo de este modo la comparecencia a los representantes estatutarios (LEMA, L. y MORAN, M., "Inasistencia de las partes a la audiencia preliminar – análisis jurisprudencial" en RUDP N° 1/99, ps. 116 y 117).

25 La suprema Corte de Justicia uruguaya ha recogido en forma expresa estos conceptos al decir que la norma impone "a ambas partes litigantes la carga de comparecer en forma personal a la audiencia preliminar" y que ello "responde a uno de los principios que sustentan la nueva legislación procesal, asegurando la presencia en la audiencia del Juez y de las partes en el conflicto sometido a su decisión" (Sentencia 87/93 – Cf. Sentencia del TAC 7º No. 16/99).

26 Establecen los arts. 340.4 del CGP y 300.4 del Código Modelo que lo dispuesto en los ordinales 2 y 3 será aplicable, en lo pertinente, cuando mediare reconvención.

del desistimiento del proceso), siendo imposible hacer efectivo el derecho. Se trata de un modo unilateral de conclusión del proceso de configuración tácita. Implica asimismo, como consecuencia, que el actor deberá pagar las costas y costos del proceso (art. 231 del CGP y 203 del Código Modelo). Son aplicables las normas recogidas en sede de desistimiento de la pretensión (arts. 226, 228 y 231 del CGP y 200 y 203 del Código Modelo).

Parte minoritaria de la doctrina uruguaya y de la jurisprudencia ha dejado constancia de la severidad que implica tener por desistido al actor ante el incumplimiento de la carga de comparecer personalmente a la audiencia preliminar, abogando incluso por la modificación de la norma[27].

Sin embargo, tal como lo ha señalado la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, esta sanción a pesar de su gravedad, resulta adecuada y fundamental para hacer efectiva la comparecencia personal de las partes a la audiencia preliminar, piedra angular de nuestro proceso, efectivizando la verdadera inmediación. La Suprema Corte de Justicia, por su parte, ha declarado constitucional la norma, desestimando la excepción de inconstitucionalidad[28].

Si bien un primer análisis interpretativo de la sanción del desistimiento de la pretensión tal como se regula en el CGP y en el Código Modelo no ofrece dificultades, en su aplicación práctica en Uruguay se han planteado algunas dudas que poco a poco se han ido solucionando a la luz de la experiencia jurisprudencial y los aportes doctrinarios, pero que quizás requirieran algunos ajustes complementarios del texto legal para dar certeza jurídica. Así, por ejemplo, no se reguló en forma expresa (como sí sucede en la hipótesis de la incomparecencia del demandado), la hipótesis de que el proceso se refiera a cuestiones de orden público, derechos indisponibles o hechos que no pueden ser probados por confesión (arts. 340.3 y 134.2 del CGP), planteándose la duda de si podría llegar a considerarse inaplicable la sanción en tales hipótesis. La práctica forense presenta al respecto una casuística variada[29]. Será el juez, previamente a que de oficio declare el desistimiento de la pretensión del actor ante el incumplimiento de su carga de comparecer a la audiencia preliminar,

27 Así, TARIGO y cierto sector jurisprudencial consideran "gravísima, claramente excesiva y desproporcionada" la solución consignada por el CGP, citando a TEITELBAUN en el calificativo de esta sanción como una "draconiana solución legal". El no librarse de una carga procesal impone aquí consecuencias desfavorables en el plano del derecho sustantivo: equivale a la renuncia del derecho subjetivo sustancial. Para esta posición, la incomparecencia sólo debería influir en el plano estrictamente procesal, el cual siempre debe estar al servicio del derecho sustantivo de las partes. Se ha planteado así minoritariamente la necesidad de revisar el CGP proponiendo como solución el simple desistimiento del proceso con la consecuente condena al pago de las costas y costos del juicio y eventualmente daños y perjuicios, sin afectar la facultad de reproponer el proceso (Ver posiciones en LEMA, L. y MORAN, M., ob. cit., p. 120).

28 Sentencia No. 199/98 de la SCJ del 20/10/98.

29 Una completo análisis jurisprudencial de las posiciones puede verse en LEMA, L. y MORAN, M., ob. cit., ps. 118 a 120.

quien hará un examen acerca de si el desistimiento procede o no, atento a la naturaleza del derecho en litigio.

iii. Comparecencia del demandado

Disponen los arts. 340.3 y 134 inc. 2° del CGP y 300.3 y 124 inc. 2° del Código Modelo: *"Si el inasistente fuere el* ***demandado****, el tribunal* ***dictará sentencia de inmediato y tendrá por ciertos los hechos afirmados por el actor*** *en todo lo que no se haya probado lo contrario, salvo que el proceso refiriese"* a cuestiones de orden público, derechos indisponibles o si los hechos en que se funda la demanda no pueden ser probados por confesión, en cuyo caso se seguirán los trámites del proceso[30].

En Uruguay esta norma ha traído también algunos problemas interpretativos. Fundamentalmente existen dos tesis en doctrina y jurisprudencia. Una primera posición sostiene que comprobada la incomparecencia injustificada del demandado a la audiencia preliminar, cobra vigencia una regla general de admisión, que implica el dictado inmediato de sentencia, sin previo diligenciamiento de la prueba ofrecida, salvo algunas excepciones[31]. Una segunda posición[32], considera en esencia que la incomparecencia del demandado a la audiencia preliminar no implica el dictado inmediato de sentencia sino el surgimiento de una presunción relativa a favor del actor, pero que no habilita a prescindir del diligenciamiento de la prueba ofrecida por ambas partes, ya que solo de este modo podrá el Juez cerciorarse de si ésta avala o contradice la admisión. Se trataría de una *admisión condicionada.* A nivel jurisprudencial se han recepcionado ambas posiciones.

iv. Otras cuestiones

Existen otras dudas interpretativas que se generan por ausencia de previsión normativa. Así, por ejemplo, las consecuencias de la ausencia concomi-

30 Establecen los arts. 340.4 del CGP y 300.4 del Código Modelo que lo dispuesto en los ordinales 2 y 3 será aplicable, en lo pertinente, cuando mediare reconvención.

31 Ver SIMON, L., "¿Corresponde diligenciar prueba en casos de falta de comparecencia o contradicción del demandado?" en Libro de ponencias de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, p. 249. Las *excepciones* en las cuales, según esta posición igualmente correspondería diligenciar prueba son: a) Las hipótesis del art. 134 del CGP, esto es, cuestiones de orden público, derechos indisponibles, o hechos no pasibles de ser probados por confesión. b) Supuestos en los que el Juez advierta que existe una contradicción entre lo que la admisión indicaría y la restante prueba ya aportada en autos por el actor (a la cual añadimos la prueba agregada y ofrecida por el demandado al contestar) – generalmente documental – o bien que exista discordancia con la probanza adelantada en sede de diligencia preparatoria. c) Finalmente corresponderá también el diligenciamiento de prueba con relación a aquellos hechos que no sean abarcados por la carga de contradecir, por tratarse de hechos ajenos al demandado el cual no tuvo el deber de conocerlos o la posibilidad de enterarse de ellos empleando diligencia media.

32 Ver TARIGO, E., "La carga de la asistencia personal de las partes a las audiencias del proceso" en Libro de ponencias de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, p. 206.

tante de actor y demandado a la audiencia preliminar[33], o de la comparecencia de la parte pero la ausencia de su abogado[34]. Si bien estas cuestiones se han ido resolviendo a través de la doctrina y la jurisprudencia, requerirían agregar al CGP las soluciones para dotar de mayor certeza al sistema procesal en un tema tan relevante.

El CGP y el Código Modelo prevén dos situaciones en las cuales, pese a la incomparecencia de las partes a la audiencia preliminar, no corresponde la aplicación de las sanciones previstas: a) motivo fundado, que habilita la comparecencia de las personas físicas por representante, y b) fuerza mayor, que permite que la audiencia preliminar pueda diferirse por una sola vez. En ambas casos debe acreditarse debidamente la causal, existiendo algunas dudas interpretativas sobre la oportunidad procesal para ello.

Sin perjuicio de las cuestiones interpretativas que hemos reseñado que ameritarían una regulación legal, el balance de la aplicación en Uruguay de la norma analizada es sumamente positivo, constituyendo una herramienta indispensable y efectiva para garantizar la presencia de las partes en la audiencia preliminar haciendo posible la plena inmediación.

1.1.6. Inmediación en la audiencia complementaria

La audiencia complementaria tiene un contenido también relevante pero donde no es tan imprescindible la comparecencia personal de las partes. En

33 Véase las posiciones de GELSI, A., y TEITELBAUM, J. y de la jurisprudencia reseñadas en LEMA, L. y MORAN, M., ob. cit., p. 127.

34 El CGP y el Código Modelo (arts. 340.1 y 300.1 respectivamente) no sólo exigen la comparecencia personal de las partes sino que además imponen la asistencia letrada al establecer "Todo, sin perjuicio del patrocinio letrado obligatorio". Por ende, el Juez debería impedir la realización de aquellos actos procesales en los cuales la parte no esté asistida por letrado, en virtud de los citados arts. 37 del CGP y 48 del Código Modelo. Específicamente, en el acto de la audiencia preliminar, cuando comparece la parte sin su abogado, se plantea la discusión de si frente a esta irregular comparecencia igualmente deben aplicarse o no las sanciones previstas. Hemos sostenido anteriormente que el Tribunal debe resolver esta situación con criterio de razonabilidad, atendiendo, entre otros elementos al medio social y a la posible justificación de la incomparecencia del abogado (VESCOVI, E., DE HEGEDUS, S., KLETT, S., LANDEIRA, R., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código...", t. 2, p. 61). Frente a este dilema se presentan dos opciones: A) Considerar que la parte sólo asiste a la audiencia si está presente su abogado. En consecuencia, la ausencia del abogado configuraría la incomparecencia de la parte y correspondería aplicarle las sanciones previstas, ya en forma inmediata, bajo apercibimiento, u otorgando un plazo para justificar. B) Considerar que la parte, pese a la ausencia de su abogado, ha cumplido con la carga de comparecer. En esta hipótesis puede optarse por: a) Celebrar la audiencia en la cual la parte no podrá realizar actividad procesal alguna por no haber complementado su comparecencia, pero puede, a vía de ejemplo ser interrogada por la contraparte o el Juez. b) Prorrogar la audiencia para una nueva fecha, en cuyo plazo deberá justificarse la incomparecencia del abogado. En jurisprudencia, mayoritariamente se considera que la parte está presente aún sin la asistencia de su abogado, optándose por prorrogar la audiencia, fijando nueva fecha para la misma, mediando justificación a posteriori por parte del abogado. Sin embargo, atendiendo a la materia y al medio social, algunos jueces consideran preferible proceder a la celebración de la audiencia a pesar de las limitaciones que esto implica. Puede verse una reseña de la jurisprudencia en LEMA, L. y MORAN, M., ob. cit., ps. 128 y 129.

esta audiencia básicamente se diligencia la prueba que no se diligenció en la preliminar (arts. 343 del CGP y 303 del Código Modelo).

La presencia del juez está asegurada al sancionarse su falta con la nulidad absoluta de las actuaciones (arts. 8 y 100 del CGP y 8 y 95 del Código Modelo).

En caso de incomparecencia de las partes se establece una sanción mucho menos grave que la prevista para la audiencia preliminar: *"En todo caso, la ausencia a la audiencia complementaria de prueba determinará una presunción desfavorable a la parte inasistente"* (arts. 343.3 del CGP y 303.3 del Código Modelo).

1.1.7. Inmediación en la producción de la prueba

La inmediación resulta de fundamental importancia al momento de la producción de la prueba. El CGP uruguayo y el Código Modelo contienen varias disposiciones para asegurar su efectivo cumplimiento.

a) La regla general

El art. 142 del CGP –al igual que el art. 132 del Código Modelo- dispone que **todas las pruebas deben ser producidas en audiencia**, salvo disposición especial en contrario.

En consonancia con el régimen procesal implantado, se ha entendido como la forma más adecuada de producción de la prueba aquella que brinda la audiencia, como acto del proceso que presupone la necesaria reunión de los sujetos y que posibilita el contacto directo con los medios probatorios. La audiencia y la producción de la prueba en la misma conllevan la efectivización de los principios considerados esenciales dentro del sistema instaurado por el CGP y por el Código Modelo. En efecto, adquiere una importancia fundamental para un correcto desarrollo del proceso y para la averiguación de la verdad, el efectivo cumplimiento de los principios de inmediación e indelegabilidad de la función jurisdiccional[35].

Como señala DEVIS ECHANDÍA[36], debe concluirse que "en los procedimientos orales que imponen la recepción en audiencia de las pruebas presentadas u ordenadas por el juez oficiosamente se cumple mejor la inmediación", y "sólo así puede decirse que el juez es el director del debate probatorio". Se trata -concluye- de dos principios, pero tan íntimamente vinculados, que

35 El principio de la indelegabilidad de la función jurisdiccional tiene rango constitucional en Uruguay y se vincula, fundamentalmente, con la necesaria y activa participación del tribunal en las audiencias, en particular en la etapa de recepción de la prueba (arts. 8º y 100 del CGP y 8 y 95 del Código Modelo).

36 DEVIS ECHANDIA, H., "Teoría general de la prueba judicial", Bs. As., 1998, t. I, p. 128.

prefiere reunirlos en un solo enunciado. Se ha señalado con acierto[37] que la inmediación garantiza una valoración más adecuada del medio probatorio; primero, porque el contacto con los diversos medios, se va haciendo paulatina y progresivamente a lo largo del proceso, en todas las etapas, lo que habilita un control eficaz de la admisibilidad y fundabilidad del acto probatorio. Consecuentemente, el rol del tribunal en el momento capital del proceso (la sentencia) se ve facilitado por la tarea de decantación previa que se va realizando a lo largo de los sucesivos momentos de la prueba, que aunque diferentes se encuentran coordinados a un fin[38].

El poder de dirección del tribunal, concatenado ineludiblemente con la inmediación, se advierte en todos los aspectos de la prueba: a) en la potestad de solicitar aclaraciones o explicaciones atinentes al objeto del pleito (arts. 24 num 4) del CGP y 33 num. 4) del Código Modelo); b) para desechar en audiencia preliminar las pruebas inadmisibles o manifiestamente inconducentes o impertinentes, y las innecesarias (arts. 24 num. 6) y 341 num. 6) del CGP y 33 num. 6) y 301 num. 6) del Código Modelo); c) para dirigir todo el procedimiento de producción y diligenciamiento de la prueba, el que –de regla- no puede ser objeto de delegación y debe realizarse en audiencia; d) para prescindir –en casos excepcionales- de algunas probanzas, o dar por finalizada la práctica de algunos medios (art. 161 num. 3) del CGP y 151 num. 3) del Código Modelo); e) para apreciar toda conducta endoprocesal tanto de las partes, como de otros sujetos[39].

La recepción del principio de que la prueba debe producirse en audiencia resulta de aplicación en todas las etapas del proceso, y se aplica aún en el caso de las pruebas anticipadas, tramitadas bajo la forma de diligencias probatorias[40].

37 KLETT, S., BALUGA, C., ALVAREZ, F. y CASTILLO, J., "Principios de la prueba en el sistema procesal civil", RUDP 1/2000, p. 104.

38 Antes de la vigencia del CGP enseñaba VIERA: "El método científico de apreciación de la prueba requiere que el conocimiento que ella depare se obtenga gradualmente, de manera progresiva y a medida que el proceso se desarrolla y la prueba se logra. Ello sólo se puede conseguir con la efectiva consagración de los principios de inmediación y concentración procesal y con el otorgamiento al juez de poderes de instrucción o investigación desde el inicio de la causa, no en sustitución de las partes sino en concurrencia con ellas, y eso sólo se puede lograr concentrando el proceso en una o dos audiencias orales" (VIERA, L., "Curso de Derecho Procesal", IUDP, t. II, p. 112).

39 Se ha señalado que se vincula también con la inmediación el mayor valor de las pruebas directas sobre las indirectas, como por ejemplo la inspección judicial (de lugares, cosas, o personas, la apreciación directa de cicatrices para evaluar la existencia y alcance del daño estético, en lugar de fotografías o informes), el testigo presencial en detrimento del testigo de oídas, etc. (KLETT, S., BALUGA, C., ALVAREZ, F. y CASTILLO, J., ob. cit., p. 105).

40 Cf. VESCOVI, E., DE HEGEDUS, M., KLETT, S., CARDINAL, F., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código...", t. 4, ps. 240 a 243.

Esta regla de los arts. 142 del CGP y 132 del Código Modelo se especifica en los distintos medios probatorios que analizaremos, potenciando aún más la inmediación.

b) Prueba testimonial y de declaración de parte

Los arts. 149 del CGP y 139 del Código Modelo (relativos a la declaración de parte) y 161 del CGP y 151 del Código Modelo (relativo a la declaración de testigos) disponen que el interrogatorio de la parte o del testigo se hará por el tribunal en primer lugar, y cuando pregunten las partes, por intermedio de su abogados, lo harán *"bajo la dirección del tribunal que en todo momento podrá hacer nuevas preguntas, rechazar cualquier pregunta que juzgare inconducente, innecesaria, dilatoria, perjudicial o agraviante...así como dar por terminado el interrogatorio"*.

c) Prueba pericial

Los peritos deberán comunicar al tribunal y a las partes la fecha en que habrá de practicarse la diligencia a los efectos de la concurrencia de éstos, de los abogados y los asesores técnicos de las partes (art. 181 del CGP y 169 del Código Modelo).

Conforme al art. 183 del CGP (art. 171 del Código Modelo), el dictamen pericial debe ser, en todos los casos, examinado en la audiencia, a la que deberá concurrir el perito (salvo el caso excepcional de funcionarios públicos en el texto uruguayo), pudiéndose allí pedirse aclaraciones o ampliaciones.

d) Inspección judicial y reproducción de hechos

De regla la inspección judicial se realiza por el tribunal (arts. 186 del CGP y 174 del Código Modelo).

Bajo determinadas reglas, las partes a través de sus abogados y asesores técnicos, los peritos y los testigos, pueden interactuar en modalidad de audiencia al realizarse la inspección (arts. 187 del CGP y 175 del Código Modelo). Lo mismo rige para la reproducción de hechos (arts. 188 del CGP y 176 del Código Modelo).

Una cuestión especial que ha traído debate en Uruguay es el de la delegabilidad o indelegabilidad de las inspecciones judiciales en materia de arrendamientos urbanos. Pero ello se debe a las dudas sobre la supervivencia o derogación del marco legal sobre arrendamientos que antecedió al CGP y no por cuestiones

que interesen al objeto de esta ponencia. Por ende, nos remitimos a lo que hemos analizado en anteriores estudios[41].

1.1.8. Inmediación en los alegatos de bien probado

También en las alegaciones finales (alegatos) se mantiene el principio de inmediación en tanto los mismos se formulan en forma oral y ante el juez.

Dispone el art. 343.6 del CGP (con similar redacción del art. 303.6 del Código Modelo) que, terminada la audiencia complementaria y durante diez minutos que podrán ser prorrogados por el tribunal por un lapso similar, alegarán las partes por su orden, pudiendo el tribunal solicitar las aclaraciones o precisiones pertinentes, sea durante el curso del alegato, sea a su finalización. Por excepción, tratándose de asuntos de especial complejidad, el tribunal podrá ampliar el lapso concedido a las partes para alegar, de modo adecuado a dicha complejidad[42].

41 El tema a resolver en Uruguay es la posible colisión entre las normas del CGP y las de los decretos-leyes 14.219 y 14.384 a efectos de determinar si puede el Juez cometer al Alguacil las inspecciones judiciales en materia de arrendamientos o si han quedado derogados los art. 53 inc. 2 del D.L. 12.419 y 44 inc. 2° del D.L. 14.384, que prevén la posibilidad de delegar tales diligencias por parte del magistrado a un funcionario auxiliar. WIEDER (WIEDER, E., "Los procesos locativos urbanos y el Código General del Proceso", en Revista del Colegio de Abogados del Uruguay, T. XIII, Montevideo, Edit. Universidad Ltda, agosto de 1989, ps. 53 y 54) se pronuncia por la delegabilidad de la actividad judicial en las inspecciones oculares relativas a arrendamientos urbanos, basada en normas del D.L. No. 14.219 y disposiciones sobre derogación y observancia del CGP, a pesar de que de los arts. 186 y 187 del CGP surge que las inspecciones judiciales deben ser realizadas por el Tribunal. ETTLIN ha sostenido la posición contraria (ETTLIN, E., "Las inspecciones oculares en materia de arrendamientos urbanos ¿son delegables o indelegables?", Judicatura Nº 29, ps. 10 a 14). En la jurisprudencia, se han sostenido ambas posiciones. En nuestra opinión ya expresada con anterioridad (VESCOVI, E., DE HEGEDUS, M., SIMON, L. KLETT, S., CARDINAL, F. y PEREIRA CAMPOS, S. "Código...", t. 5, comentario al art. 187 y PEREIRA CAMPOS, S., "La inspección judicial – teoría y práctica", RUDP N° 3/2001), en los únicos casos excepcionales del art. 53 del decreto-ley 14.219 y art. 44 del decreto-ley 14.384, la inspección judicial puede ser delegada en el alguacil, atento a la existencia de una norma específica que no ha recibido derogación por el nuevo régimen procesal. Se encontraría vigente en virtud de lo dispuesto por el art. 546.1 del CGP y por tratarse además de una cuestión de admisibilidad de la prueba (544.1 del CGP) y de competencia (delegada), lo cual no fue modificado por el CGP. Sin embargo, creemos que se trata de dos hipótesis únicas que no pueden proyectarse -como se ha sostenido en algunos casos- a otras situaciones similares que se prevén en materia de arrendamientos en las cuales falta la referencia específica a la delegación de la medida en el alguacil. Así, por ejemplo, entendemos que no sería delegable en el alguacil ni en ningún otro funcionario la inspección judicial prevista en el art. 67 del decreto-ley 14.219 a los efectos de constatar el subarrendamiento de la finca, ni la del art. 69 para comprobar el incumplimiento de los derechos del artículo 78 (los servicios accesorios a la locación no podrán suprimirse ni reducirse), ni la del art. 26, num. 5° para el caso de desalojo de fincas ruinosas (en este último caso se establece especialmente que la inspección la hará el juez, no planteándose duda alguna). Por ende postulamos una posición intermedia entre las expuestas admitiendo sólo la vigencia limitadísima de la delegación para los casos expresa y especialmente previstos. Esta posición ha sido recogida en Sentencia N° 2/99 del 25/2/99 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de Primer Turno a cargo del Dr. Luis Ma. Simón.

42 En la práctica jurisprudencial uruguaya muchos tribunales –algunos sólo si hay acuerdo de partes, otros aún sin tal acuerdo- admiten la presentación de los alegatos por escrito, incorporando el

1.1.9. Inmediación en la segunda instancia

En la segunda instancia del proceso, si bien disminuye el alcance de la inmediación procesal, también se verifica el contacto directo entre las partes y el tribunal.

En efecto, finalizado el estudio del expediente por el tribunal y si no se hubiere resuelto dictar decisión anticipada[43] (en cuyo caso se omite la audiencia), se cita a las partes a audiencia de segunda instancia (arts. 344.2 del CGP y 304.2 del Código Modelo).

En esta audiencia, se diligenciará la prueba que el tribunal hubiere dispuesto a iniciativa de parte o de oficio y se oirán las alegaciones de las partes en la forma prevista para la primera instancia, dictándose luego sentencia (arts. 344.3 del CGP y 304.3 del Código Modelo). En caso de que no se debiera diligenciar prueba, se convocará igualmente a audiencia a efectos de oír a las partes y dictar sentencia (arts. 344.4 del CGP y 304.4 del Código Modelo).

En especial referencia a los tribunales colegiados, dispone el art. 19 del CGP (al igual que el art. 19 del Código Modelo) que éstos actuarán en dicha forma (colegiada) en todo el proceso; las delegaciones sólo serán las expresamente establecidas por la ley y en ningún caso se referirán al diligenciamiento de la prueba. Agrega que en el estudio, deliberación y adopción de sus decisiones, regirá en su máxima aplicación el principio colegiado. La deliberación será efectiva y no se limitará a la simple emisión del voto.

La defensa del principio colegiado se consagra así claramente. Se reitera además para los tribunales colegiados el principio de indelegabilidad e inmediación establecido el art. 18 para los órganos unipersonales, haciendo especial hincapié en la prohibición de delegar el deligenciamiento de la prueba, tal como se estatuye en sede de principios generales (art. 8º)[44].

mismo al acta de la audiencia. Otros, aplican estrictamente la norma legal exigiendo que el alegato sea oral en la audiencia, registrándose en el acta un resumen del mismo.

43 De acuerdo al art. 200 del CGP (similar redacción tiene el art. 20 del Código Modelo) la decisión anticipada procede si se tratare de cuestiones simples o reiteradamente consideradas por el tribunal; si existiere jurisprudencia del tribunal sobre el caso y éste decidiere mantenerla; si hubieren manifiestas razones de urgencia o si fuere evidente la finalidad de retardar innecesariamente el proceso.

44 VESCOVI, E., DE HEGEDUS, S., KLETT, S., LANDEIRA, R., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código...", t. 1, ps. 320 a 322. Como reseña GELSI, no se da en nuestro derecho la figura del juez instructor, del simple receptor de pruebas, o del relator del proceso, reservándose- por mandato de la ley- la actuación individual del Presidente para las comunicaciones y las actuaciones protocolares (GELSI, A., "Competencia y delegación" en Scritti giuridici in memoria de Calamendrei, Padua 1958, t. II, p. 258).

El art. 19 de ambos códigos se refiere también a un aspecto especial del principio colegiado: el de la preparación y formación de la voluntad de los órganos de integración pluripersonal: la deliberación efectiva, que también se vincula al principio de inmediación[45].

1.1.10. Identidad física entre el juez que tuvo contacto con las partes y el que dictará la sentencia.

Esta identidad es fundamental para garantizar la vigencia del principio de inmediación y evitar que el juez que sentencia lo haga en base a una versión mediata de la realidad que le proporcione otro juez.

Con acierto el CGP, en su art. 101 inc. 1o. dispone, al igual que el Código Modelo en su art. 96.1.: *"La fecha de las audiencias se deberá fijar con la mayor contigüidad posible, a los efectos de procurar la continuidad del proceso y la* ***identidad del titular del órgano jurisdiccional****".*

Con igual finalidad, el art. 12 del CGP (Aplicación de la norma procesal en el tiempo) en su inc. 3, dispone: *"el tribunal que esté conociendo en un asunto continuará en el mismo hasta su terminación, aunque la nueva norma modifique las reglas de competencia"*. Igual principio consagra el art. 12 inc. 3° del Código Modelo.

En similares términos, ratificando este criterio, en el art. 209 del CGP se afirma: *"Cuando se traslade o ascienda a un juez, éste mantendrá su competencia para dictar la sentencia pendiente en aquellos asuntos en los cuales se hubiere celebrado y concluido el proceso por audiencia"*.

45 Como se explica en la Exposición de Motivos del Código Modelo, "la indelegabilidad se proyecta en los órganos colegiados, donde no sólo no hay un magistrado con mayores poderes (salvo las funciones de representación del Presidente tal como se consigna en el ord. 3 del art. 19), sino que en la deliberación, preparación y emisión del voto no se permite el trabajo por uno y la adhesión de otros (magistrados ponentes, relatores, etc.), tratándose por todos los medios de que se cumpla a cabalidad con el principio de la colegialidad". En este sentido, KLETT expresa: "El estudio, deliberación y adopción de decisiones se hará también en forma conjunta tratando que el tribunal actúe como órgano en el que el intercambio de ideas, o mejor la formación de la voluntad aparezca como un proceso reflexivo común, conjunto; quiere evitar el acto del acuerdo, para la simple emisión del voto. La oportunidad de las decisiones (en todas sus etapas) debe constituir un modelo fecundo de intercambios de ideas sobre las cuestiones a consideración del tribunal y no el acto formal de mero conocimiento de los votos de los integrantes" (KLETT, S., "La vigencia y los procesos en trámite" en Curso sobre el Código General del proceso, Montevideo, 1989, t. I, p. 35). Con la consagración de este aspecto particular del principio colegiado se tiende a desterrar la viciosa práctica a que hiciera referencia CARNELUTTI que omitía toda deliberación efectiva, echando por tierra toda la eficacia de la colegialidad (CARNELUTTI, F., "Sistema de derecho procesal civil", Bs. As., 1944, n° 213, p. 231). Debe señalarse, por ultimo, que la existencia de un juez *redactor* de la sentencia en los órganos colegiados puede encararse como un caso de delegación interna, para la obtención de un resultado más técnico o más rápido.

Asimismo, en determinados casos, con la finalidad de que el juez que conoció en el asunto resuelva también los puntos vinculados, se establecen reglas de conexión. Así, en Uruguay es competente en el proceso de ejecución -tanto definitiva como provisoria- el tribunal que hubiere pronunciado la sentencia de primera instancia en el proceso de conocimiento (arts. 260.2 y 372.2 del CGP). En el mismo sentido, en el art. 394 del CGP se prevé que el tribunal de la ejecución será competente para el juicio ordinario posterior en los casos en que éste corresponda (art. 379.5 del CGP), para el procedimiento de segundas copias y para la entrega del bien ejecutado.

1.1.11. Inmediación y régimen de notificaciones

A efectos de asegurar la presencia de las partes y sus abogados en las audiencias, haciendo así efectiva la inmediación, tanto el CGP como el Código Modelo, establecen un principio general esencial en materia de notificaciones: **toda resolución pronunciada en audiencia se tendrá por notificada a quienes estén presentes o hayan debido concurrir al acto** (arts. 76 inc. 2° del CGP y 82 inc. 2° del Código Modelo). De este modo, pesa sobre las partes una nueva carga procesal, motivadora de la comparecencia de éstas a las audiencias.

1.1.12. Inmediación en el dictado de las resoluciones y sentencias

La inmediación resulta también esencial al momento de dictarse la sentencia definitiva porque el justiciable desea muchas veces que el fallo se le lea de frente, en ese momento sublime del proceso (cuando se hace o se des-hace justicia).

Dispone el art. 18.3 del CGP en redacción similar al art. 18.3 del Código Modelo: *"En el proceso por audiencia se pronunciará la sentencia al final de ésta, pudiendo diferirse, si fuere menester, la redacción de los fundamentos del fallo. En tal caso la impugnación procederá una vez que éstos sean notificados. Asimismo, podrá postergarse la emisión de la sentencia en los casos expresamente previstos"*.

Esta norma dispone que el dictado de la sentencia se realice, como regla, al finalizar el proceso por audiencia, y consagra –a su vez- excepciones que se apartan del principio, acordes con las circunstancias que requieren tiempo adicional. En tanto la sentencia es el hito fundamental del sistema constitucional de justicia a través del cual se manifiesta la jurisdicción, se comprende la intención del legislador en el art. 18.3 de que la sentencia se dicte al culminar el proceso por audiencia. Se trata de una manifestación concreta de la inmediación, como forma de actuación de los sujetos, en el entendido de que en

principio el proceso debe llevarse a cabo, desarrollarse de un modo continuo, unitario y culminar con su acto cardinal: la sentencia[46].

Corresponde aquí poner de relieve la prohibición de la delegación en todo lo que directamente se refiera a la sentencia. Por tratarse del acto en que se concreta y manifiesta en su forma más trascendente el ejercicio de la jurisdicción, queda vedada la figura del relator del proceso y el dictado de la sentencia por los secretarios judiciales. El art. 197 del CGP (la redacción y énfasis de la norma supera el Código Modelo), recoge a texto expreso tal solución: *"El tribunal estudiará por sí mismo los procesos, dictará personalmente la sentencia y la suscribirá"*.

Pero no sólo la inmediación rige respecto de las sentencias definitivas sino que es trascendente en relación a muchas de las demás resoluciones que se dictan en el transcurso del proceso. Tratándose de un proceso por audiencias y siendo éstas de contenido complejo, durante las mismas se dictan múltiples resoluciones que, además deben ser impugnadas en audiencia, so pena de perder el derecho a la impugnación[47]. De allí también la importancia de la presencia de las partes y los abogados en las audiencias y las cargas que sobre ellos pesan.

46 Cf. VESCOVI, E., DE HEGEDUS, S., KLETT, S., LANDEIRA, R., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código...", t. 1, p. 319. Otras normas ratifican este principio procesal de que la sentencia debe dictarse al final de la audiencia. Así, los arts. 343.7 del CGP y 303.7 del Código Modelo, al reseñar el contenido de la audiencia complementaria, disponen: *"Finalmente, el tribunal se retirará para considerar su decisión y a continuación, pronunciará sentencia, cuyos fundamentos podrán formularse dentro del plazo de los quince días siguientes. En los casos en que la complejidad del asunto lo justifique, podrá prorrogar la audiencia por plazo no mayor de treinta días para dictar la sentencia con sus fundamentos"*. El art. 203 del CGP reitera este criterio: *"los tribunales, sean unipersonales o colegiados, deberán dictar la sentencia al término de la audiencia final, y en esa misma oportunidad, expedir el fallo con sus fundamentos; de todo lo cual se dará lectura a los efectos de su comunicación. El Tribunal, sea unipersonal o colegiado, podrá diferir la expresión de los fundamentos para una ulterior audiencia, la que deberá llevarse a cabo en plazo no mayor de diez días si se tratare de sentencia interlocutoria y de quince días si se tratare de sentencia definitiva. Los plazos para recurrir se contarán a partir del día siguiente al de la celebración de esta última audiencia. Cuando la complejidad del asunto lo justifique, se podrá prorrogar el plazo para dictar la sentencia con sus fundamentos por quince días, si fuere interlocutoria y por treinta días si se tratare de sentencia definitiva, procediéndose conforme a lo establecido en el ordinal anterior"*.

47 Así, el recurso de **reposición** contra providencias de mero trámite o interlocutorias dictadas en audiencia, deberá interponerse verbalmente en la propia audiencia y deberá ser resuelto en la misma, en forma inmediata. (arts. 246.1 y .3 del CGP y 216.1 y .3 del Código Modelo). Respecto del recurso de **apelación** contra providencia interlocutoria pronunciada en audiencia, deberá anunciarse el recurso en ella e interponerse dentro del plazo de 6 días hábiles (arts. 254 num. 2) del CGP y 223.3 num. 2° del Código Modelo). Si se tratare de providencia interlocutoria pronunciada en audiencia respecto de la cual procediere la apelación con efecto diferido, el recurso se interpondrá en la propia audiencia reservándose la fundamentación para la eventual apelación de la sentencia definitiva (arts. 254 num. 3) y 251 numeral 3) del CGP y 223.3 num. 3 y 221 num. 3) del Código Modelo).

1.1.13. Inmediación en el proceso extraordinario

La inmediación no sólo se efectiviza en la estructura del proceso ordinario, sino que también rige plenamente en los demás procesos. Así, el proceso extraordinario se rige por lo establecido en el ordinario en cuanto fuere pertinente con las modificaciones que prevén expresamente los arts. 346 del CGP y 306 del Código Modelo y que, en lo que al principio de inmediación interesa, consiste en que el trámite se concentrará en una sola audiencia de conciliación, fijación de los puntos en debate, prueba, alegatos y sentencia. Si bien la audiencia es única, en ella rige plenamente el principio de inmediación48.

1.1.14. Inmediación en el proceso monitorio

En el proceso monitorio, acorde a la estructura procesal del mismo, la inmediación en sentido pleno se verifica en caso de que el demandado oponga excepciones (medio de impugnación de la sentencia inicial). El art. 357.2 y .3 del CGP dispone: *"Si se oponen excepciones, una vez contestadas o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal convocará a audiencia". "La audiencia se realizará conforme con lo previsto para la audiencia preliminar y, en su caso, la audiencia complementaria de prueba"*[49]. Similar solución –aunque con algunas variantes- consagra el art. 313.6 del Código Modelo.

1.1.15. Inmediación en los procesos incidentales

Los incidentes relativos a cuestiones planteadas en audiencia *"se formularán verbalmente y, oída la parte contraria, se decidirán de inmediato por el tribunal"* (arts. 320 del CGP y 284 del Código Modelo), con plena vigencia del principio de inmediación.

Respecto a los incidentes fuera de audiencia, una vez presentada la demanda y contestación por escrito, ordenado el diligenciamiento de la prueba, se la concentrará en una sola audiencia con la presencia preceptiva del tribunal, al término de la cual se oirá brevemente a las partes acerca del resultado de la misma, procediéndose luego a resolver el incidente (arts. 321 del CGP y 285 del Código Modelo).

48 Según TARIGO, la reglas estatuidas por el art. 340 del CGP para la audiencia preliminar del proceso ordinario (cargas de comparecencia y sanciones), en virtud de la remisión que hace el art. 346, son aplicables a la audiencia única del proceso extraordinario (TARIGO, E., "La carga...", p. 208).

49 Si bien el tema es discutible, importante jurisprudencia ha señalado que el art. 340 (sanciones por la incomparecencia a la audiencia preliminar) se aplica también a los procesos monitorios una vez que, en los mismos, se hayan opuesto excepciones. Corresponderá la celebración de una audiencia conforme con lo previsto para la audiencia preliminar y en su caso la complementaria según lo dispone el art. 357.3 el cual se remite a los arts. 340, 341 y 343 del CGP (Véase la jurisprudencia reseñada en LEMA, L. y MORAN, M., ob. cit., ps. 140 y 141).

1.1.16. Inmediación en el proceso voluntario

En el proceso voluntario también se efectiviza la inmediación procesal. Así, en el procedimiento general regulado en el art. 404 del CGP (similar al art. 335 del Código Modelo) se dispone: *"Resuelta favorablemente la admisión del proceso voluntario, el tribunal convocará a los interesados y al Ministerio Público a la audiencia, que se celebrará aunque sólo concurra el que inició el proceso. En la misma el tribunal interrogará al interesado sobre los objetivos de la solicitud y hará lo propio con otras personas que puedan estar interesadas en ella, y dispondrá el diligenciamiento de la prueba ofrecida, con citación de todos los interesados, fijando audiencia complementaria de prueba si fuere necesario. Al concluir la audiencia se oirá al interesado y a los otros sujetos que concurran, para la conclusión de causa".*

En otros procesos específicos que el CGP y el Código Modelo califican como voluntarios[50] se asegura también la inmediación. Tal es el caso de la partición[51], apertura de testamento[52], declaración de incapacidad[53], etc.

1.1.17. Inmediación en el proceso concursal

El CGP regula la ejecución colectiva del deudor civil, llamado concurso necesario[54]. Allí se prevén también algunas instancias de inmediación, como sucede en la oposición al concurso (art. 458) o la oposición al estado y graduación de los créditos (art. 463.4.). El Código Modelo tiene un alcance más amplio unificando los procesos concursales de todas las materias (arts. 352 a 362 del Código Modelo).

50 Escapa al objeto de este estudio pronunciarnos sobre la naturaleza contenciosa o voluntaria de los procesos que el CGP califica como "voluntarios".

51 Los arts. 420 del CGP y 345 del Código Modelo regulan este procedimiento previéndose instancias de clara inmediación con la celebración de audiencias bajo la dirección del tribunal.

52 La apertura de testamento cerrado se realiza en audiencia con plena vigencia de la inmediación y dirección del proceso por el tribunal (arts. 425 del CGP y 342.2 del Código Modelo).

53 En el proceso de incapacidad, por sus especiales características, el tribunal dispone de trascendentes poderes-deberes (art. 444 del CGP) y la normativa le exige un contacto directo con el presunto incapaz (inmediación). Así, el art. 440 del CGP dispone que recibida la denuncia de incapacidad, el tribunal, previa notificación al Ministerio Público, dispondrá que dos facultativos de su confianza examinen al denunciado y emitan opinión acerca del fundamento de aquélla. Podrá requerirles, si lo considera conveniente, una opinión preliminar expedida dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, con cargo a ser ampliada. El tribunal podrá acompañar a los facultativos en el examen preliminar. El art. 443.1 dispone que *"El tribunal examinará personalmente al denunciado, por lo menos una vez"*. Resulta de tanta trascendencia la inmediación en este proceso que se agrega que si el denunciado se hallare fuera del lugar del juicio, el tribunal a los efectos de su examen personal, podrá salir fuera de su jurisdicción territorial, de lo que dará cuenta a la Suprema Corte de Justicia. Similares soluciones consagra el art. 346 del Código Modelo.

54 La ejecución colectiva comercial –quiebra y liquidación de sociedades anónimas- se rige por las normas comerciales (Código de Comercio y ley N° 2.230 y modificativas).

1.1.18. Inmediación en el proceso arbitral

En la estructura del proceso arbitral que prevén los Códigos en análisis, también se garantiza el principio de inmediación. Dispone el art. 490 del CGP en solución similar al art. 368 del Código Modelo que las partes pueden convenir el procedimiento que consideren más conveniente. Si nada dijeren o en cuanto no hubiese sido objeto de previsión especial en el procedimiento señalado, se aplicarán por los árbitros las disposiciones establecidas para el proceso ordinario[55] en el cual, como hemos visto, rige plenamente el principio de inmediación.

Pero el CGP va aún más allá en la efectivización de la inmediación al agregar en el art. 490 que en todos los casos, el Tribunal Arbitral antes de iniciar el proceso y sin perjuicio de reiterarla en él cuantas veces lo entienda oportuno, deberá intentar la conciliación en audiencia que no podrá delegar en el árbitro sustanciador, bajo pena de nulidad absoluta que se trasmitirá a las actuaciones posteriores.

8. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN. LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES

De todo lo expuesto surge con meridiana claridad que en el CGP uruguayo y en el Código Modelo la inmediación es una regla fundamental y general. Tan es así que el incumplimiento de las normas que consagran la presencia y dirección de las audiencias por el juez, y en general la inmediación, conlleva la nulidad absoluta y por ende insubsanable de las actuaciones, salvo los casos en que la ley expresamente habilita la delegación (art. 8 de ambos Códigos). Pero además, la violación de esta norma por el tribunal compromete la responsabilidad funcional del juez (arts. 25.2 y 100 del CGP y 34.2 y 95 del Código Modelo). Todo ello sin perjuicio de las consecuencias gravosas que pueden sufrir las partes en caso de no cumplir con su carga de comparecencia.

Ahora bien. La aplicación del principio de inmediación de una forma ilimitadamente absoluta tropezaría con insalvables inconvenientes prácticos. Por ello se prevén algunas contadas excepciones, que deben ser las mínimas necesarias donde se posibilita la delegación de funciones.

Por ello el ya analizado art. 8 de ambos Códigos prevé como excepción al principio de inmediación e indelegabilidad el caso en que la diligencia deba

55 El art. 492 del CGP dispone que la prueba ante los árbitros se regirá por el procedimiento de este Código, salvo que otra cosa hubieren convenido las partes, ratificando así la preferencia del codificador por la amplia inmediación que rige en materia de diligenciamiento de la prueba en el CGP.

celebrarse en territorio distinto al de la competencia del tribunal, donde sí procede la delegación[56].

El art. 18.1 y .2, tanto del CGP como del Código Modelo, por su parte, dispone:

"Sólo el tribunal es titular de la potestad jurisdiccional en su integridad. Los funcionarios auxiliares sólo realizarán los actos permitidos por la ley, por delegación y bajo la dirección y responsabilidad del tribunal".

"Dicha delegación sólo abarcará la realización de actos auxiliares o de aportación técnica, cuando los funcionarios revistan la idoneidad respectiva".

La propia naturaleza de la función jurisdiccional y los principios que regulan la organización judicial imponen que la indelegabilidad sea de principio y que, en consecuencia, la delegación se admita únicamente como vía de excepción en determinadas condiciones reguladas minuciosamente por la ley. Con una fórmula restrictiva, el art. 18 describe qué categoría de actos es pasible de delegación. Así, en primer sentido, "*sólo* los actos permitidos por la ley", en una clara consagración del principio de legalidad (ord. 1). En segundo lugar, en punto al contenido propio del acto, el ord. 2 expresa: "dicha delegación *sólo* abarcará la realización de actos *auxiliares o de aportación técnica*". Como lógico corolario de que el eje del nuevo sistema instaurado lo constituye el principio de inmediación y de que se han formulado con claridad los casos, las condiciones y presupuestos objetivos y subjetivos de la delegación, se ha consagrado también la regla de que ésta se realiza "bajo la dirección y responsabilidad del tribunal" (art. 18.1)[57].

Como ya vimos, no existe posibilidad alguna de delegación en cuanto al dictado de la sentencia.

56 En Uruguay, KLETT, S., BALUGA, C., ALVAREZ, F. y CASTILLO, J., señalan con acierto dos problemas de interés que se plantean en relación a la producción de prueba, fuera del territorio de la sede. En primer lugar, el que concierne a si existe la facultad del tribunal de constituirse en jurisdicción territorial distinta a la propia, para asumir personalmente el diligenciamiento de un medio de prueba. Dos tesis se enfrentan sobre el punto. Los citados autores comparten la que entiende –básicamente- que en función de la primacía del principio en estudio, cabe admitir – con carácter general –la facultad antedicha. En segundo lugar, otra cuestión proveniente del análisis del art. 160.6 del CGP -en la redacción dada por la ley Nº 16.699-. De acuerdo al nuevo texto, la delegación de la recepción de la prueba testimonial, sólo procede en casos "excepcionales", lo que robustece la preeminencia –de origen legal- de la inmediación como opción de política procesal. La cuestión parecería radicar en cómo efectivizar la aplicación del precepto: si acercando los medios de prueba al tribunal naturalmente competente, o habilitando el acercamiento del tribunal al medio de prueba. (KLETT, S., BALUGA, C., ALVAREZ, F. y CASTILLO, J., "Principios...", p. 105).

57 VESCOVI, E., DE HEGEDUS, S., KLETT, S., LANDEIRA, R., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código... ", t. 1, p. 315.

Respecto a los tribunales colegiados, dispone el art. 19.1 del CGP y del Código Modelo que los tribunales colegiados actuarán en dicha forma en todo el proceso; las delegaciones sólo serán las expresamente establecidas por la ley y en ningún caso se referirán al diligenciamiento de la prueba.

9. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión que se desprende de todo lo expuesto, resulta que tanto el Código Modelo como el CGP uruguayo regulan en forma precisa y completa el principio de inmediación en forma acertadamente entrelazada con los demás principios procesales esenciales: dirección por el tribunal, economía, concentración, publicidad, igualdad, buena fe procesal, etc.

Pero lo más trascendente es que los textos analizados no se limitan a meras declaraciones o enunciados programáticos de la inmediación sino que construyen un complejo y eficiente sistema procesal que garantiza su plena vigencia en las distintas etapas e instancias del proceso, previendo consecuencias graves para el caso de violación del principio.

La aplicación práctica en Uruguay durante más de 20 años del CGP, que recoge los postulados del Código Modelo, constituye una experiencia altamente positiva en el desarrollo de un proceso moderno con plena vigencia de la inmediación. Se hace así realidad el antiguo deseo de una justicia más humana que se construya cara a cara entre todos los partícipes del proceso.

* * * *

EL DERECHO PROCESAL ENTRE EL GARANTISMO Y LA EFICACIA: UN DEBATE MAL PLANTEADO[1]

Joan Picó I Junoy[2]

I. INTRODUCCIÓN: LOS FENÓMENOS DE LA "PUBLICIZACIÓN" DEL PROCESO CIVIL Y LA CONSTITUCIONALLIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS PROCESALES

1.- Uno de los fenómenos más relevantes del derecho procesal que se ha desarrollado durante el siglo XX ha sido el de la "publicización" o "socialización" del proceso", cuya consecuencia más relevante se concreta en el hecho de que, sin discutir la vigencia del principio dispositivo (*Dispositionsprinzip*), va a ponerse en tela de juicio el de aportación de parte (*Verhandlungsmaxime*), al menos por lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes y al incremento de facultades del órgano jurisdiccional, quien frente al modelo clásico del juez pasivo o inerte, pasa a ocupar una posición activa en el proceso. En la medida en que tiene asignada la función pública de resolver los conflictos, se considera que deben atribuírsele las iniciativas necesarias para lograr la máxima eficacia en su función. El citado fenómeno puso de manifiesto la distinción entre objeto del proceso y proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos. Así, si bien los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no lo son respecto del proceso mismo, al concebirse no sólo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como medio para cumplir una función pública del Estado, interesado, por tanto, en el mejor cumplimiento de esta función. Por ello, actualmente, la mayoría de las legislaciones procesales civiles recogen esta idea

1 Este estudio constituye la actualización de mi trabajo publicado en los *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia* , T.I, editorial Giuffrè, Milano, 2005, pp. 213 a 230, con el título *Il diritto processuale tra garantismo ed efficacia: un dibattito mal impostato*.

2 **Catedrático de Derecho Procesal**
Director del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Rovira i Virgili (España)
Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal
Miembro del *International Association of Procedural Law*

socializadora del proceso, y atribuyen al juez ciertas iniciativas procesales en materia probatoria.

Esta formulación del proceso civil encuentra su fundamento constitucional en el deber del juez de velar por la efectividad en la tutela de los intereses discutidos en el proceso para lograr, de este modo, lo que, por ejemplo, el artículo primero de la Constitución Española proclama como valor superior del ordenamiento jurídico: la "justicia", que constituye, sin duda alguna, el objetivo final de la función jurisdiccional. La "justicia", como valor superior del ordenamiento jurídico, representa un ideal de la comunidad, un objetivo a alcanzar por el ordenamiento jurídico, por lo que si existe un interés público en que el resultado del proceso sea "justo", el Estado debe poner al servicio de los jueces todos los medios y poderes necesarios para que puedan alcanzar dicho fin[3].

2.- De igual modo, durante la segunda mitad del siglo XX, surgió otro fenómeno de especial relevancia para el derecho procesal, a saber, el de la "constitucionalización de las garantías procesales", que ha venido a asegurar –por vía de los textos constitucionales, en el ámbito nacional, y de tratados y convenios supraestatales de derechos humanos, en el ámbito internacional- un mínimo de garantías a favor de las partes, que deben presidir cualquier modelo de enjuiciamiento. Y a través del carácter normativo de estos textos, y de su aplicación directa e inmediata, esto es, su alcance jurídico-positivo, se pretendió evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales garantías así como que el juzgador no se viese vinculado por las mismas en la dirección de los procesos[4].

3.- Estos fenómenos procesales han generado en la doctrina un debate que se ha concretado en dos posturas antagónicas sobre cuál debe ser el modelo de juez civil: la de aquellos autores que centran su atención en las partes, a las que se les atribuye todo el protagonismo del debate procesal, evitando así el otorgamiento de facultades materiales de dirección al juez que, en opinión de estos autores, pueden suponer la ruptura del citado garantismo constitucional; y la de aquellos otros que buscando la máxima eficacia de la tutela judicial otorgan al juez ciertas facultades materiales de dirección del proceso.

En la actualidad, este debate científico esta adquiriendo una excesiva crudeza debido a su "politización", lo que ha conducido a efectuar indebidos

3 Para un estudio más detenido de este tema, con remisión a las debidas referencias bibliográficas, vid. mis trabajos *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*, en "Rivista di Diritto Processuale", nº. 6, 2007, pp. 1497 a 1518; *El juez y la prueba*, edit. J.Mª. Bosch editor, Barcelona, 2006, pp. 104 a 120; *I principi del nuovo processo civile spagnolo*, en "Rivista di Diritto Processuale", nº. 1, 2003, pp. ; 65 a 77; y *El derecho a la prueba en el proceso civil*, edit. J.Mª. Bosch editor, Barcelona, 1996, pp. 207 a 222.

4 Al objeto de efectuar un estudio más profundo de esta cuestión, me remito a mi trabajo *Las garantías constitucionales del proceso*, editorial J. Mª. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 17 a 38.

planteamientos de la discusión que, en ocasiones, y aunque sea de forma indirecta o implícita, conducen a ciertas descalificaciones personales respecto de los autores que no comparten unas mismas ideas. Se llega de este modo a lo que TARUFFO denomina una *polarizzazione simmetrica*, en la que en un polo existe el modelo dispositivo, que suele valorarse positivamente, y en el que se concibe el proceso como instrumento de resolución de conflictos; y en el polo opuesto, el modelo inquisitivo, en el que de forma autoritaria y lesionando las garantías de las partes, el proceso sólo está interesado en buscar la verdad. En este planteamiento "maniqueo", sólo existe un modelo procesal "bueno", el dispositivo, y en frente, un modelo procesal "malo", el inquisitivo[5]. Sin embargo, como podrá comprobarse, es posible articular un proceso dispositivo en el que el juez tenga cierta iniciativa probatoria y pueda velar por el respeto a la buena fe procesal de las partes, sin lesionar el derecho a un proceso con todas las garantías constitucionales (especialmente el deber de imparcialidad judicial y el derecho de defensa de los litigantes).

La crudeza de estas posiciones se ha visto reflejada en los últimos congresos nacionales e internacionales de derecho procesal, y en recientes publicaciones. Así, entre las posiciones extremas y más contundentes, debemos destacar la de excelentes procesalistas como CIPRIANI y MONTELEONE, en Italia, MONTERO AROCA, en España, o ALVARADO VELLOSO en Argentina.

Por ello, el objetivo de este trabajo es someter a crítica estos nuevos planteamientos, excesivamente ideologizados, para llegar a una solución o postura intermedia entre ambas posiciones doctrinales, logrando así su equilibrio, pues la eficacia del proceso sin garantismo es inadmisible desde un punto de vista constitucional, y el garantismo sin eficacia tampoco es aceptable si lo que se pretende es lograr la tutela judicial más justa posible, y no puede olvidarse que la "Justicia" también es un valor supremo en la mayoría de los textos constitucionales, ya venga proclamada expresamente o bien lo sea de forma implícita. Por ello, debemos esforzarnos en abandonar posiciones absolutas del problema y buscar una postura intermedia, que sin conculcar ninguna garantía constitucional de las partes logre la máxima eficacia del proceso.

II. LOS PLANTEAMIENTOS "REVISIONISTAS"

1.- Introducción

Como hemos indicado, en la doctrina procesal ha surgido un movimiento que ha venido a denominarse "revisionista", en la medida en que somete a revisión las aportaciones que ha supuesto la "publicización" del proceso civil, que centra su crítica en la posible iniciativa probatoria *ex officio iudicis*, y en el

5 TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, edit. Giuffrè, Milano, 1992, pp. 20 a 22.

control judicial de la buena fe procesal en la actuación de las partes. Para esta doctrina, tales iniciativas suponen una manifestación procesal propia de una ideología fascista o autoritaria, en la que se subordinan los derechos de las partes a los poderes del juez.

Seguidamente, para analizar de forma crítica estos planteamientos, expondré las opiniones más relevantes de esta corriente doctrinal.

2.- Las posiciones de CIPRIANI y MONTELEONE

En la doctrina procesal italiana, el autor que más se ha destacado por la crítica a la "publicización" del proceso es CIPRIANI. De sus diversos trabajos sobre el tema[6], voy a referirme especialmente al publicado en la "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile" (núm. 4 del año 2002), titulado *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, por ser el que aborda de forma más amplia el tema de la relación entre eficacia de la tutela jurisdiccional y las garantías procesales. En un documentado análisis de las verdaderas aportaciones de Calamandrei al *Codice di Procedura Civile* de 1940, destaca ya desde el inicio de su trabajo el carácter fascista del Código, indicando que "è il caso di ricordare che il c.p.c. italiano, che risale al 1940, quando il fascismo era all'apogeo, fu presentato come il *codice fascista per eccelenza*"[7].

Bajo esta premisa histórica, de gran carga ideológica, critica la "publicización del proceso" indicando: "Es cierto que en la base de la denominada concepción publicista hay un error de fondo: que el juez pueda tener en las causas civiles más protagonismo que el que tienen las partes. Sin embargo, es tiempo de convencerse que cuando se eliminan derechos de las partes y se dan poderes discrecionales al juez, esto es, cuando se busca obtener la eficacia en perjuicio de las garantías, no se resuelve ningún problema y se hace sólo un autoritarismo inútil y contraproducente"[8], y añade que "en esta perspectiva, puesto que está difundida la idea de que si se quiere un proceso eficaz, se necesita estar dispuesto a renunciar a las garantías o, al menos, a alguna garantía, me parece oportuno advertir que, en mi opinión, el proceso civil italiano, esta afectado de una especie de esquizofrenia, ya que por un lado están previstas garantías tan caras como superfluas, y por otro, nos faltan garantías

6 Así, vid. sus estudios *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, en "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 2003, 2, pp. 455 a 466; *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*, en "Rivista di diritto civile", 2003, 1, pp. 39 a 71 (especialmente pp. 45 a 47); *Il processo civile italiano tra revisionisti e negazionisti*, en "Il Foro Italiano", 2002, V, pp. 24 a 29; *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, en "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 2002, 4, pp. 1243 a 1261; *Per un nuovo processo civile*, en "Il Foro Italiano", 2001, V, pp. 321 a 327; *Autoritarismo e garantismo nel processo civile*, en "Rivista di diritto processuale", 1994, 1, pp. 24 a 61 (especialmente nota 18). En castellano, pueden consultarse algunos de estos estudios en la obra *Batallas por la justicia civil*, (edit. Cuzco, Lima, 2003) en la que la profesora Eugenia Ariano Deho realiza una excelente labor de compilación y traducción de multitud de ensayos del profesor de Bari; y también en la obra coordinada por Juan Montero Aroca *Proceso civil e ideología* (ob. cit., pp. 51 a 64, 81 a 95 y 283 a 291).

7 P. 1244.

8 P. 1250.

importantísimas y bastante menos costosas". Y para hacer más ilustrativo su pensamiento pone el ejemplo de un hospital, que en vez de construirse tomando en consideración a los pacientes se hace pensando en los médicos (en concreto afirma: "En fin, como se entenderá fácilmente, es como si los hospitales, en lugar de construirse en función de los enfermos, fueran construidos para los médicos"[9]).

De igual modo, MONTELEONE[10] se muestra partidario de esta opinión en la medida en que los poderes de dirección material del proceso del juez no son más que la concreta manifestación de una ideología fascista o totalitaria basada en la rechazable "subordinación de las partes a los poderes del juez", lo que viene a "reprimir o conculcar la libertad de los ciudadanos condicionando insoportablemente el pleno y autónomo ejercicio de sus derechos subjetivos sustanciales y procesales"[11].

3.- La posición de MONTERO AROCA

En la doctrina española, MONTERO AROCA es el autor más crítico con el fenómeno de "publicización" del proceso civil. Tras recordar el origen histórico de este fenómeno, equipara las formulaciones legales de los textos procesales con la ideología fascista o totalitaria de la época en la que se promulgaron. Así entiende que "conceder amplios poderes discrecionales al juez, y precisamente a unos jueces como el austriaco, el soviético, el alemán o el italiano de sus épocas fuertemente sujetos al poder ejecutivo, sólo se explica si al mismo tiempo se priva de esos poderes a las partes, poderes que en realidad se resuelven en garantías de las mismas en el inicio y en el desarrollo del proceso civil"[12].

En consecuencia, se muestra totalmente contrario a la atribución de iniciativa probatoria al juez civil, y al reconocimiento legal del principio de la buena fe procesal. Respecto de la primera cuestión afirma que mantener dicha iniciativa supone apostar por un "modelo de juez que está implícito en algunas ideologías [se refiere a las totalitarias, fascistas o comunistas]"[13]. Y en la misma línea, con referencia al principio de la buena fe procesal, destaca que se trata de "un mito con orígenes muy claros en la historia de las normas procesales",

9 P. 1244.

10 *Principi e ideologie del processo civile: impressioni di un "revisionista"*, "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 2003, núm. 2, pp. 575 a 582; *Diritto processuale civile*, 2ª edición, editorial CEDAM, Padova, 2000, pp. 328 y ss.; y *Enrico Finzi e la riforma (perenne) del codice di procedura civile*, en "Quaderni Fiorentini", núm. 26, 1997, pp. 363 a 375 (y especialmente pp. 369-370). En castellano, pueden consultarse algunos de estos estudios en la obra coordinada por Juan Montero Aroca *Proceso civil e ideología* (ob. cit., pp. 97 a 107 y 173 a 197).

11 *Principi …*, ob. cit., pp. 575 y 576.

12 *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 69. De igual modo, vid. su estudio *El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria*, publicado en la obra *Proceso civil e ideología* coordinada por Juan Montero Aroca (ob. cit., pp. 130 a 165) y en la "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", 2004, núm. 6, pp. 15 a 50.

13 Ob. cit., p. 120.

y cita los códigos de enjuiciamiento civil italiano y soviético, realizados en regímenes totalitarios, para concluir su reflexión indicando que "las repetidas alusiones a que el proceso es el medio para que las partes y sus abogados colaboren con el juez en la obtención de lo más justo, en el descubrimiento de la verdad o de la justicia material, sólo se comprenden en un contexto ideológico que parte de dar como sobreentendido que los ciudadanos no tienen derecho a "pelear" por lo que crean que es suyo y a hacerlo con todas las armas que les proporciona el ordenamiento jurídico. Sólo el juez autoritario, fascista o comunista, lo mismo da, es el juez que se cree ungido, por no se sabe muy bien qué fuerza de la divinidad o del destino, para hacer justicia entre los hombres. El juez liberal y garantista se limita, más modestamente, a pretender hacer efectivo el derecho positivo entre los ciudadanos, a aplicar la ley"[14].

4.- La posición de ALVARADO VELLOSO

Finalmente, en la doctrina procesal argentina también encontramos autores que asumiendo los postulados del "garantismo procesal" niegan todo tipo de intervención activa del juez en la dirección material del proceso. La opinión más significativa es la de ALVARADO VELLOSO. Este autor, recogiendo los planteamientos ideológico-políticos de las normas procesales anteriormente expuestos, destaca la similitud del código procesal de la URSS y el código nazi de 1937, para concluir indicando que ambas normativas dicen "exactamente lo mismo, totalitarismo de izquierda, totalitarismo de derecha. Y esto cuaja en el código procesal italiano de 1940"[15]. Tras esta aproximación ideológica, indica que la atribución de poderes al juez "no es una cuestión técnica" sino "puramente política", siendo la ideología política del legislador la que se plasma en las normas jurídicas[16]. Por ello, deben evitarse todos los planteamientos acogidos en las épocas dictatoriales. Y en la medida en que esto todavía no se ha producido "el mundo está yendo hacia un totalitarismo procesal angustioso y angustiante"[17], que ha provocado la verdadera "crisis judicial" del sistema[18]-[19].

14 Ob. cit., pp. 106 y 108.

15 *El garantismo procesal*, "I Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista", Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 1999 (puede consultarse en www.derecho-azul.org/congresoprocesal/Alvarado.htm, p. 2.). De igual modo, recientemente puede consultarse su monografía *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, edit, Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

16 *El garantismo procesal*, ob. cit., p. 6.

17 Ob. cit. *supra*, p. 7.

18 Ob. cit. *supra* p. 4.

19 En esta línea de pensamiento encontramos también a BENABENTOS, O. A.: *Teoría general unitaria del Derecho Procesal*, editorial Juris, Rosario, 2001, pp. 81 a 133 (este autor destaca en la nota 5 de la p. 99 que el "garantismo procesal", en el ámbito del proceso civil, "registra la paternidad de Adolfo Alvarado Velloso").

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS PLANTEAMIENTOS "REVISIONISTAS"

Las ideas expuestas sobre el juez civil totalmente pasivo, como mero resolutor de controversias, responden a un triple planteamiento que debemos analizar críticamente por separado: en primer lugar, partiendo de unos determinados datos históricos, se pretende evitar el modelo normativo de juez previsto en los códigos procesales de los estados europeos fascistas o totalitarios de la primera mitad del siglo XX, al considerarse que son jueces que necesariamente participan de la misma característica autoritaria o fascista. En segundo lugar, se entiende que el juez no debe tener iniciativas materiales de dirección en la medida en que estamos ante un proceso civil, en el que se discute un interés puramente privado, por lo que debe dejarse a la "suerte" de las partes. Y en tercer lugar, se menciona la clásica objeción de la imparcialidad del juez y su infracción con la participación activa del mismo dentro del proceso.

1.- El juez activo como juez fascista o totalitario

En nuestra opinión, el hecho histórico de que se atribuyan dichas iniciativas materiales de dirección al juez civil en los códigos procesales anteriormente indicados no tiene por qué hacerle partícipe necesariamente del carácter autoritario o fascista que se pretende. La bondad técnica (o validez) de una norma depende de su propio contenido y alcance, más que de la época en que haya sido redactada, de la ideología de su autor o de la forma en que se aplique en la práctica forense, por lo que pueden existir códigos procesales de gran rigor científico o técnicamente incorrectos con independencia del carácter más o menos liberal o social del régimen político en que fueron creados.

A) La proscripción de la mala fe procesal

El reconocimiento legal del principio de la buena fe procesal no otorga al correspondiente código procesal civil una naturaleza fascista o totalitaria[20]. Respecto a la dura crítica que los "revisionistas" efectúan a dicho principio -como analizo en otro trabajo[21]-, es posible destacar cuatro hechos que fundamentan nuestra tesis:

a) En primer lugar, la recepción normativa y con carácter general de la buena fe en el ámbito del proceso, tiene lugar mucho antes de los códigos de enjuiciamiento civil fascistas o totalitarios, y así podemos destacar distintas regulaciones para los procesos mercantiles de los

20 De igual modo CACHÓN CADENAS afirma: "[...] creo que el hecho de que un determinado ordenamiento jurídico acoja expresamente la noción de buena fe procesal no es un indicador, por sí solo, del carácter autoritario o antigarantista del sistema procesal regulado por ese ordenamiento" (*La buena fe en el proceso civil*, en "Justicia", 2005, 1-2, p. 9).

21 PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, editorial J. Mª. Bosch, Barcelona, 2003, pp. 14 y 15.

consulados del reino de Castilla de los siglos XVII y XVIII, en los que era habitual establecerse que "en los juicios se ha de proceder siempre a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada".

b) En segundo lugar, este principio, si bien se recoge en §138 párr.1 de la *Zivilprozeßordung* alemana, fruto de la reforma de 27 de octubre de 1933, por parte del poder autoritario del momento, su contenido, casi literal, ya había sido reclamado insistentemente mucho antes del *Tercer Reich*, en concreto, como destaca el excelente estudio de GROSSMANN[22], en tres ocasiones: en el Proyecto referente a la "Simplificación de la vía judicial" de 1923, en el Proyecto para la "Reforma del Procedimiento Alemán" de 1928, y en el Proyecto oficial de "Nuevo Código de Procedimiento Civil" de 1931; por lo que como indica este autor "sería erróneo suponer en la introducción de la norma [el § 138 párr.1 *ZPO*] una creación de la legislación nacionalsocialista, dado que fue sencillamente tomada de los trabajos legislativos anteriores, casi sin alteración del texto"[23]. En todo caso, la *ZPO* ha tenido diversas reformas desde 1933, y una de la más importante de ellas mediante la *Zivilprossreformgesetz*, de 27 de julio de 2001, que, pese a la profunda modificación que ha comportado para dicho texto normativo -cambiando más de doscientos preceptos de su articulado- ha mantenido intacto su § 138 párr.1, hecho que vuelve a ratificar la validez "democrática" de su contenido.

c) En tercer lugar, la buena fe procesal se recoge actualmente en los códigos de enjuiciamiento más avanzados, como en la regla 3.4.2.b de las nuevas *Civil Procedure Rules* inglesas, de 26 de abril de 1999[24]; el art. 456 del *Código de Processo Civil* portugués, modificado el 25 de septiembre de 1996[25]; o el art. 32.1 del *Nouveau Code de Procédure Civile* francés, de 5 de diciembre de 1975[26]. Y de igual modo, el respeto a la buena fe procesal también se prevé en los diversos proyectos de armonización internacional del proceso civil, como los Principles of Transnational

22 *El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles. Exposición de Derecho Comparado*, en "Jurisprudencia argentina", T. 71, 1940, p.11.

23 GROSSMANN, K.: ob. cit., p. 12.

24 Según la cual: "The court may strike out a statement of case if it appears to the court […] that the statement of case is an abuse of the court's process or is otherwise likely to obstruct the just disposal of the proceedings" (este texto normativo puede consultarse en www.lcd.gov.uk/civil/procrules-fin/update.htm).

25 Que indica: "Responsabilidade no caso de má-fé. Noção de má-fé. 1. Tendo litigado de má-fé, a parte será condenada em multa e numa indemnização à parte contrária, se esta a pedir. 2. Diz-se litigante de má-fé quem, com dolo ou negligência grave: a) Tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar; b) Tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes; c) Tiver practicado omisssão grave do dever de cooperacão; d) Tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, como o fim de conseguir um objectivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a acção da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão".

26 Que establece: "Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende de 100 F à 10.000 F, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés".

Civil Procedure[27], aprobados por el American Law Institute y la UNIDROIT en 2005[28]; y el art. 5 del "Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica" de 1988[29]; sin que por ello todos estos códigos puedan calificarse de fascistas o totalitarios, o sean menos perfectos.

d) Y, en cuarto lugar, en la "Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral" cubana, de 19 de agosto de 1977, no se recoge expresamente el principio de la buena fe procesal, como así debería suceder si realmente fuese un principio propio de un ideario comunista o dictatorial.

En definitiva, como podemos comprobar, en los códigos procesales civiles modernos y de estados totalmente democráticos se recoge el principio de la buena fe procesal, mientras que ello no sucede en otros códigos de sistemas políticos dictatoriales, lo que nos conduce a la evidente conclusión de que la vigencia de dicho principio no puede asociarse necesariamente a una determinada ideología política autoritaria o dictatorial[30].

En todo caso, no se entiende por qué si en el ámbito del derecho privado se ha reconocido, ya desde el derecho romano, el principio de la buena fe como base de las relaciones privadas y el lícito ejercicio de los derechos subjetivos y, de igual modo, se recoge en el art. 1.201 de los "Principios del Derecho euro-

27 Estos principios pueden consultarse en *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge University Press, New York, 2006 (existe una traducción al castellano titulada *Principios ALI/Unidroit del proceso civil transnacional*, publicada por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010).

28 De forma rotunda, el principio 11 establece: "1. Las partes y sus abogados deben actuar de buena fe al tratar con el tribunal y con las otras partes. 2. Las partes comparten con el tribunal la responsabilidad de promover una justa, eficaz y razonablemente rápida resolución del proceso. Las partes deben abstenerse de incurrir en abusos procesales, tales como presionar a los testigos o destruir las pruebas. 3. En la fase inicial, las partes deben presentar con razonable detalle los hechos relevantes, sus argumentos jurídicos, la pretensión pretendida, y describir con especificidad suficiente las pruebas disponibles para ser ofrecidas en apoyo de sus argumentos […] 4. El incumplimiento injustificado de una de las partes de responder oportunamente a los argumentos de la contraparte puede ser tenido por el tribunal, después de apercibir a la parte renuente, como fundamento suficiente para tener por admitidos o aceptados los argumentos de la contraparte. 5. Los abogados de las partes tienen la obligación profesional de asistirlas en la observancia de sus obligaciones procesales".

29 Que indica: "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".

30 Probablemente por ello, no hay unanimidad dentro de los propios procesalistas que integran la denominada doctrina "revisionista" sobre la vigencia del principio de la buena fe procesal: en este sentido, frente a la citada opinión crítica de Montero Aroca, Alvarado Velloso afirma que uno de los cinco principios de todo proceso jurisdiccional lo constituye el de la "moralidad procesal", destacando "si la razón de ser del proceso es erradicar toda suerte de fuerza ilegítima de una sociedad y evitar que todos se hagan justicia por mano propia, no puede siquiera concebirse que el legislador norme un medio de debate en el que pueda ser utilizada la fuerza bajo la forma de aviesa artería o traición. De ahí que la regla moral ha de presidir siempre el desarrollo del proceso y el de los actos procedimentales que lo componen, al igual que debe hacerlo en todos los demás actos de la vida jurídica" (*Garantismo procesal* ..., ob. cit., p. 266).

peo de contratos" de 1998[31], verdaderos fundamentos de la futura legislación común europea del Derecho de contratos, debe negarse su aplicación en la actuación procesal de los litigantes, esto es, por qué lo correcto y válido en el ámbito del derecho privado no lo es también en el público, y más concretamente, en la actuación procesal de las partes[32].

Sin embargo, en aras a garantizar al máximo el debido respeto al derecho de defensa, y las lógicas "estrategias procesales" que los letrados pueden idear para la mejor protección de los derechos de su defendido, la LEC española exige un uso prudente de la norma que proscribe la mala fe procesal, y así su art. 247.2 exige el carácter "manifiesto" en la actuación maliciosa de la parte. En todo caso, al limitarse un derecho fundamental -el de defensa- siempre es necesario, para impedir la eficacia del acto procesal realizado de mala fe, que se produzca la infracción de otro derecho, bien o valor constitucional de la parte contraria –como pueden ser sus derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a la igualdad de armas procesales, a un proceso sin dilaciones indebidas, entre otros-, así como que se motive debidamente la existencia de dicha actuación maliciosa, decisión judicial que será susceptible de control posterior en méritos de los recursos legalmente previstos[33].

B) La iniciativa probatoria *ex officio iudicis*

La atribución de cierta iniciativa probatoria al juez tampoco le convierte en un juez autoritario o fascista pues, como analicé en otros trabajos[34], bien delimitada dicha iniciativa se evita esta objeción. Así, entiendo que al juez se le puede atribuir iniciativa probatoria siempre que se limite a los hechos discutidos en el proceso -por lo que se protege el principio dispositivo-, a las fuentes probatorias que ya consten en la causa –impidiendo así una actuación inquisitoria, susceptible de vulnerar la debida imparcialidad judicial-, y se permita el ejercer el derecho de defensa a los litigantes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas. Con estos tres límites se evita la figura del juez autoritario o fascista. Precisamente, esta forma de entender la iniciativa probatoria del juez civil es la acogida por la reciente Ley de Enjuiciamiento Civil española, de 7 de enero de 2000, en cuyo art. 429.1.II y III LEC, establece: "Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controver-

31 Art. 1.201: "*Buena fe y lealtad*. (1) Cada una de las partes debe actuar de acuerdo con la buena fe y la lealtd. (2) Las partes no pueden excluir o limitar este deber".

32 Por este motivo, ya CHIOVENDA destacaba que "come ogni rapporto giuridico o sociale il rapporto processuale deve esser governato dalla buona fede" (*Principii di diritto processuale civile*, 4ª edición, editorial Nicola Jovene, Napoli, 1928, p. 745).

33 Para un estudio más extenso de este tema me remito a mi trabajo *El principio de la buena fe procesal*, ob. cit., pp. 75 a 96 y 114.

34 Cfr. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 267 a 271; y *La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites*, en "Revista del Poder Judicial", núm. 51, 1998, 294-295.

tidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal".

La redacción de esta norma, a pesar de que no indica con precisión si la actuación judicial es una mera sugerencia o una verdadera iniciativa probatoria[35], es mejor que la de otros textos procesales civiles en los que el poder de ordenar pruebas no se limita, al menos legalmente, a las fuentes probatorias que ya consten en los autos, lo que puede provocar que el juez, actuando de forma inquisitiva, ponga en peligro su debida imparcialidad judicial.

2.- El carácter privado del objeto discutido del proceso civil

Otro de los fundamentos sobre los que se basa la inactividad material del juez reside en el carácter privado del objeto discutido en el proceso civil, esto es, en la idea de que las partes deben ser libres en su disposición. En consecuencia, toda actividad del juez se configura como una inaceptable intromisión estatal en el libro ejercicio de los derechos de los litigantes.

Sin embargo, esta tesis se sustenta en la idea completamente abandonada de que el proceso civil es un negocio particular. Ciertamente, las concepciones privatistas del proceso como negocio particular o relación jurídica privada se encuentran desde hace tiempo superadas, a favor de una visión "publicista" o "social" del proceso, que lo concibe como el instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Si bien es cierto que lo discutido en el proceso civil tiene, por regla general, un carácter disponible o privado, ello no comporta que tales características puedan igualmente predicarse del proceso, pues las normas que conforman su desarrollo afectan también al Estado, único titular de la función jurisdiccional, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de esta función[36]-[37].

35 Tal como destaco en mi trabajo *La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso*, en "Los poderes del juez civil en materia probatoria", coordinadores J. Picó i Junoy y X. Abel Lluch, editorial J. Mª. Bosch, Barcelona, 2003, p. 94.

36 Al respecto, vid. especialmente CARNACINI, T.: *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, en "Studi in onore di Enrico Redenti", vol. II, editorial Giuffrè, Milano, 1951, pp. 695 a 772.

37 Por ello, es incorrecto el símil que efectúa CIPRIANI entre el hospital y un proceso, indicando que deben construirse antes que pensando en los médicos o los jueces, en los intereses de los enfermos o justiciables (*Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, ob. cit., p. 1244). En mi opinión, este símil no es correcto porque lo importante en ambos casos no es tanto los sujetos que intervienen (los enfermos o los litigantes) sino la función asignada al hospital y al proceso. Por ello, en ambos casos debe darse protagonismo tanto al médico como al juez, pues el hospital tiene por función ofrecer la mejor asistencia sanitaria al enfermo, y ello lo realiza el médico; y el proceso tiene por función obtener la resolución más justa posible de los conflictos intersubjetivos, y ello lo realiza el juez, por lo que de este modo se justifica que pueda atribuírsele cierta iniciativa probatoria. El

A diferencia de lo que sucede con el principio dispositivo –que posee un fundamento constitucional[38] y, por ello, es insoslayable en cualquier proceso civil-, el de aportación de parte en materia probatoria, tiene un carácter meramente técnico, que responde a un particular modo de concebir el desarrollo del proceso jurisdiccional, en el que la iniciativa de los jueces y tribunales se constriñe a la voluntad de las partes[39]. Evidentemente, atribuir un carácter técnico a este principio no significa que sea inmune a concepciones políticas, y de hecho, suele relacionarse con el principio dispositivo indicándose que, como norma general, el proceso inspirado por el citado principio lo está, igualmente, por el de aportación de parte. No obstante, la virtualidad de esta distinción se encuentra en el hecho de diferenciar con precisión el esencial y básico principio dispositivo, del eventual principio de aportación de parte. Así, mientras el legislador no puede, sin comprometer el carácter disponible del interés discutido en el proceso civil, consentir al juez tutelar dicho interés en ausencia de una demanda de parte o extralimitarse en tal tutela mas allá de lo dispuesto por los litigantes, si puede sustraerles el poder monopolístico de iniciativa probatoria incrementando, viceversa, los poderes del juez[40].

La atribución de ciertas iniciativas materiales al juzgador tiene su fundamento constitucional en el carácter Social del Estado de Derecho consagrado en el art. 1 de la Constitución Española, así como en el deber del juez de velar por la efectividad en la tutela de los intereses discutidos en el proceso para lograr, de este modo, lo que el citado artículo primero proclama como valor superior del ordenamiento jurídico: la "justicia", que constituye el objetivo final de la función jurisdiccional. Evidentemente, el problema radica en dotar de contenido o significado al valor "justicia", pues su ambigüedad y falta de concreción pueden propiciar un excesivo decisionismo judicial. Sin embargo, como concluye KELSEN en su ensayo ¿Qué es Justicia?[41], ésta "se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la

símil formulado por CIPRIANI viene a demostrar la incorrección de sus planteamientos: el hospital es el lugar donde los ciudadanos acuden para curar sus enfermedades, y a nadie se le ocurriría pensar que no son los médicos los que deben indicar las pruebas a que debe someterse el paciente y el tratamiento a seguir. De igual modo, el proceso es el lugar donde los litigantes acuden para solucionar sus conflictos, por lo que si se quiere que éstos se resuelvan de la forma más justa posible, deben dársele al juez los medios y poderes necesarios para alcanzar tal fin.

38 Tal como analizo en mi trabajo *I principi del nuovo processo civile spagnolo*, en "Rivista di diritto processuale", 2003, 1, pp. 66 y 67.

39 Acerca del carácter técnico-procesal del principio de aportación de parte me remito a mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 217-218, y a las referencias bibliográficas ahí indicadas.

40 SATTA, S., y PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, 11ª ed., editorial CEDAM, Padova, 1992, p. 188. Para un estudio sobre los eventuales componentes "privatistas" y "publicistas" de un código procesal civil me remito al análisis detenido de PROTO PISANI, A.: *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato*, en "Il Foro Italiano", 2000, 4, pp. 73 a 87, quien se muestra muy crítico con la opinión de CIPRIANI (cfr. pp. 85 a 87).

41 Este ensayo constituye su conferencia de despedida como profesor de la Universidad de California pronunciada en Berkeley el 27 de mayo de 1952. Junto con otros ensayos del mismo autor se encuentra en la obra *¿Qué es Justicia?*, editorial Ariel, Barcelona, 1991 (pp. 35 a 63).

verdad"[42]. En esta búsqueda de la "verdad" dentro del proceso -"verdad" mediatizada, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte, por los relatos fácticos de los respectivos litigantes- y respetando rigurosamente todas las garantías constitucionales de las partes, encuentra su justificación la iniciativa probatoria del juez.

Es cierto que las limitaciones propias del hombre hacen que no siempre pueda alcanzar la tan preciada "justicia", pero no lo es menos que ello no debe ser obstáculo para que el legislador ponga en manos del juzgador los medios suficientes al objeto de que ésta pueda lograrse en el mayor número de ocasiones, máxime si con ello no se infringe precepto constitucional alguno. Como ha indicado TARUFFO, al estudiar el concepto de «justicia de la decisión judicial»[43], ésta no es nunca justa si se fundamenta sobre una determinación errónea o inexacta de los hechos, por lo que concluye que la certeza del juicio sobre los hechos es una condición necesaria para que pueda afirmarse que la decisión judicial es justa. Además, todo ello es compatible con la teoría que considera que el proceso únicamente sirve para resolver conflictos: si no se acepta como válida cualquier solución del conflicto, y en su lugar se piensa que éste deber ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces ciertamente nos encontramos con el deber de reconocer que la declaración judicial certera de los hechos es una condición necesaria para lograr la solución justa del proceso.

Siguiendo con esta argumentación, observamos que nuestra Constitución recoge en su art. 24.1 el derecho fundamental de toda persona a obtener una *efectiva* tutela judicial. Para que el juez pueda otorgar esta tutela, aplicando correctamente la ley, necesita la prueba de los hechos litigiosos. En consecuencia, si el objetivo de todo proceso es que los Jueces y Magistrados apliquen la ley a unos determinados hechos, de cuya certeza deben estar convencidos, coartarles o restringirles, de un modo absoluto, la iniciativa probatoria supone, a mi entender, una limitación a la efectividad de la tutela judicial en la aplicación de la ley y, a la postre, a la búsqueda de la justicia.

En definitiva, a la luz de todas estas previsiones constitucionales, se alcanza una idónea armonización entre el carácter privado del objeto litigioso y la naturaleza pública del proceso, facilitando que los órganos jurisdiccionales pueden otorgar una efectiva y justa tutela de los intereses en conflicto.

3.- La protección de la imparcialidad judicial

Finalmente, la pasividad del juez dentro del proceso suele fundamentarse en la necesidad de proteger su debida imparcialidad. Sin embargo, atendiendo a los límites que anteriormente se han indicado sobre la iniciativa probatoria del juez, y en concreto, la imposibilidad de ordenar medios de prueba sobre fuentes probatorias que no consten en los autos, se evita que el juez

42 P. 63.

43 TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, ob. cit., p. 43.

pueda actuar inquisitivamente, buscando pruebas más allá de las libremente introducidas por las partes. Este límite se recoge correctamente en el art. 429.1.II LEC, cuando exige que la iniciativa probatoria del juez se ciña "a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos"[44].

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA: El debate abierto por la doctrina "revisionista" esta mal planteado en la medida en que mediante la ideologización de las iniciativas materiales de dirección del proceso que se otorgan al juez pretende politizarse una cuestión puramente técnica. Lo relevante no es si el juez debe tener iniciativa probatoria o no, o si debe velar por el respeto a la buena fe de las partes, sino cuáles deben ser los límites de tales iniciativas.

SEGUNDA: La postura radical de la doctrina "revisionista", negando todo tipo de iniciativa material del juez, supone restar eficacia al proceso como instrumento del Estado para la justa tutela de los intereses litigiosos. En mi opinión, no debe buscarse el garantismo sin tener en cuenta la función que cumple el proceso, ni tampoco la eficacia olvidándose las garantías constitucionales del proceso. El garantismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso, y la eficacia extrema puede propiciar la vulneración de las garantías básicas de la actividad del juez –con su deber de imparcialidad- y de las partes –con sus derechos a la defensa-. Por ello, el debate garantismo-eficacia no debe plantearse en términos de prevalencia de uno sobre otro, sino de compatibilidad, esto es, debe buscarse la máxima eficacia del proceso respetando las garantías procesales del juez y de las partes.

TERCERA: Las posturas "revisionistas" parten de un planteamiento "perverso" de la cuestión, pues impiden el diálogo o debate con la doctrina que no opina de igual modo, ya que colocan necesariamente a los autores que integran este último sector bajo la descalificación –aun indirecta- de ser fascistas o autoritarios. Por ello, para evitar enfrentamientos más ideológicos que técnicos, debe hacerse siempre una lectura garantista de las normas procesales en orden a obtener la máxima eficacia de las mismas. Y esta lectura, como se ha podido comprobar, no es incompatible con el hecho de atribuir cierta iniciativa probatoria al juez civil, o permitirle el control de la buena fe procesal de las partes.

44 Además, esta iniciativa probatoria, como he analizado en otro trabajo (*Los principios del nuevo proceso civil*, ob. cit., p. 54), tampoco supone la destrucción de la carga de la prueba, que seguirá aplicándose en aquellos supuestos en los que a pesar de la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso, determinados hechos continúen siendo inciertos.

CUARTA: En definitiva, entiendo que en el debate procesal lo verdaderamente relevante no es tanto buscar el origen histórico de una determinada institución, o más concretamente, el régimen político en el que ha surgido, sino analizar si dicha institución es o no válida para lograr la mejor justicia sin sacrificar ninguna garantía procesal. O si se quiere, examinar si las instituciones presuntamente autoritarias o de origen fascista, vulneran alguna garantía procesal. Sólo en este caso deberemos optar por el garantismo. De lo contrario, entre dos opciones igualmente válidas y garantes, deberemos optar por aquella que permita la más justa decisión del caso concreto, pues así se alcanzará la mayor eficacia posible del sistema procesal. Por ello, el juez que vela por el respeto a la buena fe procesal o actúa una iniciativa probatoria, con los límites que se han indicado, no es un juez fascista o autoritario, sino simplemente un juez comprometido en la obtención de la solución más justa posible de los conflictos. Probablemente por este motivo, en la mayoría de los ordenamientos procesales actuales, así como en las propuestas internacionales de *lege ferenda*, se acoge este modelo de juez civil.

ACTIVISMO Y GARANTISMO EN UN PROCESO CIVIL MODERNO

Ángel Landoni Sosa[1]

1.- INTRODUCCIÓN.

El tema así planteado – garantismo versus activismo- por la autodenominada doctrina garantista o revisionista[2] implica un paralogismo de falsa oposición.

En efecto, como lo señalara el filósofo uruguayo Carlos Vaz Ferreira[3]: "Una de las mayores adquisiciones del pensamiento se realizaría cuando los hombres en general comprendieran –no sólo comprendieran, sino sintieran- que una gran parte de las teorías, opiniones, observaciones, etc., que se tratan como opuestas, no lo son. Es una de las falacias más comunes y por la cual se gasta en pura pérdida la mayor parte del trabajo pensante de la humanidad, la que consiste en tomar por contradictorio lo que no es contradictorio, en crear falsos dilemas, falsas oposiciones. Dentro de esa falacia, la muy común que consiste en tomar lo complementario por contradictorio no es más que un caso particular de ella, pero un caso práctico muy importante".

Lo dicho por Vaz Ferreira es perfectamente aplicable en el caso, ya que se pretende afirmar por la doctrina autodenominada garantista o revisionista que un juez activo no garantiza los derechos de los justiciables lo que no es exacto.

Que la referida falsa oposición es un debate mal planteado ya lo había señalado con acierto Joan Picó i Junoy[4] y lo ha reiterado en fecha más reciente Luis Ernesto Vargas Silva[5].

1 Catedrático de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Director del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal. Presidente de la Asociación Uruguaya de Derecho procesal "Eduardo J. Couture". Secretario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

2 Integrada entre otros por los autores italianos Franco Cipriani y Girolamo Monteleone, el español Juan Montero Aroca y los argentinos Adolfo Alvarado Velloso y Omar Benabentos.

3 Vaz Ferreira, Carlos, "Lógica viva", Talleres Gráficos A. Barreiro y Ramos, 1916, Montevideo, p. 9.

4 Pico i Junoy, Joan, "El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado", ponencia presentada en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 29 – 31 de octubre de 2003; también en la RUDP 3/2003 y en "Studi… in onore di Giuseppe Tarzia", Giuffre Editore 2005.

5 Vargas Silva, Luis Ernesto, "Las ideologías en el proceso civil contemporáneo. Entre politización y falacias", Libro de las XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Lima, 2008, Universi-

2.- ¿POR QUÉ DECIMOS QUE LA REFERIDA DOCTRINA PLANTEA UNA FALSA OPOSICIÓN?

Porque un juez activo no sólo no disminuye sino que, por el contrario, ofrece mayores garantías a los justiciables.

En efecto, haciendo un símil con un partido de fútbol, ¿sería concebible o preferiríamos un árbitro que en vez de estar al lado de la jugada, estuviere sentado en lo más alto de la tribuna y desde allí decidiere si existió foul, offside, penal, goal o cualquiera de las incidencias que se pudieran suscitar en el transcurso del partido?

Puesto el ejemplo, no hay duda de que la inmensa mayoría, por no decir la unanimidad, nos inclinaríamos por el árbitro que estuviere próximo a los jugadores y cobrando las faltas o los goles con pleno conocimiento de lo ocurrido en el campo de juego.

En el proceso jurisdiccional ocurre algo semejante, y es por ello que la mayoría de las legislaciones de los países más avanzados y de su doctrina se han inclinado por un juez activo, dirigiendo el proceso y controlando de cerca, no sólo la actividad de las partes y limitando sus excesos, sino también actuando en la actividad probatoria.

3.- LA TRASCENDENCIA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA APROBADO EN LAS XIAS. JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL (RÍO, 1988).

El mencionado Código Modelo que luego se transformara en ley en el Uruguay – Código General del Proceso – que entró en vigencia el 20 de noviembre de 1989, significó una verdadera renovación en los sistemas procesales que siguieron su orientación al consagrar un proceso por audiencias, al establecer claramente el rol del juez como director del proceso y una serie de principios generales que son instrumentos muy valiosos para la correcta interpretación e integración de las normas procesales.

La referida influencia es dable de apreciar en los siguientes Códigos procesales: Perú (1993), Provincias Argentinas de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (agosto 1994), de la Pampa (febrero 2001).

Asimismo el Texto Único Ordenado del Código Judicial de Panamá (2001) y el Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador que entrará en vigencia el 1º de octubre de 2009 siguen también con pequeñas variantes las líneas directrices del Código Modelo.

dad de Lima Fondo Editorial, ps. 27 - 64.

Cabe comprender en el grupo de países con legislación vigente parcialmente inspirada en el Código Modelo a Brasil[6] ya que el Código de Proceso Civil de 1973 al ser reformado en 1994 adoptó los principios más característicos de aquél, consagrando en forma mitigada la oralidad y la inmediación, reglamentando audiencias: de conciliación, de instrucción y juzgamiento en el proceso ordinario de conocimiento; con mayor intensidad y concentración en el proceso sumario.

Asimismo recoge modernas directivas de la ciencia procesal al regular los sujetos principales del proceso, la actividad procesal, la prueba y la tutela provisoria.

Candido Rangel Dinamarco[7], por su parte, destaca que luego de la reforma están presentes en la denominada audiencia de conciliación prevista en el art. 331 del Código del Proceso Civil brasileño las finalidades manifiestamente atribuidas a la audiencia preliminar en el Código Modelo para el proceso civil: conciliar, decidir sobre la materia procesal, delimitar el objeto de la discusión y cómo probar.

En la Argentina también se ha incorporado la audiencia preliminar en sistemas procesales básicamente escritos como ocurre en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en los Códigos de la Provincia de Río Negro y de Corrientes.

4.- LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO EN EL CÓDIGO MODELO Y EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO DE URUGUAY.

La escuela garantista, partidaria a ultranza de la vigencia del principio dispositivo en el proceso civil, ha puesto en tela de juicio la subsistencia de dicho principio en el Código Modelo para el proceso civil.

Trataremos de demostrar, a continuación, que tal tesis no es correcta.

Para ello, comenzaremos definiendo con Palacio[8] al principio dispositivo como "… aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de los materiales sobre los cuales ha de versar la decisión del juez. La vigencia de este principio se manifiesta en los siguientes aspectos: iniciativa, disponibilidad del derecho material, impulso procesal, delimitación del thema decidendum, aportación de los hechos y aportación de la prueba".

6 Cfe. Simón, Luis M. " La aplicación del Código Procesal Civil Modelo en Iberoamérica" RUDP 3/2003, ps. 379-397

7 Dinamarco, Candido Rangel, "A reforma do Codigo de Processo Civil", Malheiro Editores, Sao Paulo, 1995, p. 119.

8 Palacio, Lino Enrique, "Manual de Derecho Procesal Civil", Lexis – Nexis Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 17ª edición, 2003, ps. 62 – 63.

Podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que hoy en día no existen sistemas procesales puros, exclusivamente dispositivos o exclusivamente inquisitivos, pues la tendencia moderna indica que las legislaciones procuran alcanzar un sistema efectivo y eficiente en el que estén adecuadamente equilibrados ambos principios.

4.1- En cuanto a la iniciativa del proceso y su finalización.

Podemos observar que tanto en el Código Modelo como en el CGP uruguayo y lo propio ocurre en los Códigos que han seguido la inspiración de aquél, son las partes quienes tienen la iniciativa del proceso y ellas son quienes pueden disponer de sus derechos en el mismo (C. Modelo, art. 1 CGP, art. 1).

Por consiguiente, no habrá proceso si no existe iniciativa de parte interesada, ya que la jurisdicción tanto la oficial como la arbitral sólo se pondrá en movimiento cuando se ejercite por el interesado su derecho de acción.

La necesaria iniciativa de parte resulta con absoluta claridad de diversas disposiciones:

Así ocurre en el proceso de conocimiento: respecto del proceso ordinario (C. Modelo, art. 298; CGP, art. 338); acerca del proceso extraordinario (C. Modelo, art. 306; CGP, art. 346); en relación al proceso de estructura monitoria (C. Modelo, art. 312; CGP, art. 352).

Lo propio sucede en el proceso de ejecución (C. Modelo, art. 317; CGP, art. 371); en el proceso voluntario (C. Modelo, art. 335; CGP, art. 404); en el proceso concursal (C. Modelo, art. 354.2; CGP, art. 455 y 456); en el proceso arbitral (C. Modelo, art. 363; CGP, art. 472); en los procesos preliminares (C. Modelo, arts. 263 y ss; CGP, arts. 293 y ss.); en el proceso cautelar (C. Modelo, art. 274; CGP, art. 311);y en los procesos incidentales (C. Modelo, art. 282 y ss.; CGP, arts. 318 y ss).

Corresponde destacar, además, que la interposición de cualquiera de los medios impugnativos previstos en la ley – vía recursiva, incidental, excepcionamiento o juicio ordinario posterior – requiere también la necesaria iniciativa de la parte, de los terceros interesados, de los sucesores y demás sujetos alcanzados por la decisión y a los que ésta cause perjuicio (C. Modelo, arts. 192 y 212; CGP, arts. 218 y 242).

Las hipótesis en las que el tribunal podría iniciar de oficio un proceso son excepcionales y están relacionadas con el interés público en tutelar la persona y los derechos que a ella puedan corresponder ya sean menores o incapaces.

Al respecto, tanto el C. Modelo (arts. 310.3 y 310.4) como el CGP (arts. 350.4 y 350.5) prevén que en las pretensiones relativas a menores o incapaces se considerará prioritaria la tutela de su interés por el tribunal y que en tales situaciones el órgano judicial dispondrá de todos los poderes de instrucción que la ley acuerda a los tribunales penales en el sumario, sin perjuicio del respeto al principio de contradicción y a los propios del debido proceso legal.

Corresponde realizar la precisión, de que aún cuando exista interés público en que el tribunal inicie de oficio el proceso, generalmente se confía la iniciativa a órganos públicos distintos a los jurisdiccionales, por ejemplo, el Ministerio Público a fin de separar las calidades de parte y de decisor. Así sucede respecto del proceso de incapacidad donde el Ministerio Público deberá intervenir necesariamente desde su iniciación (C. Modelo, arts. 346 y ss.; CGP, art. 445.3).

Corroborando lo antes expresado el Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay (Ley 17.823 de 7 de setiembre de 2004) en su art. 207 ha establecido que corresponde al Ministerio Público la iniciativa para demandar "… siempre que tenga conocimiento de alguno de los hechos que puedan dar lugar a la pérdida, limitación o suspensión de la patria potestad".

Asimismo, se prevé en los incisos 2º y 3º de dicha norma lo siguiente:

"Cuando el Juez de Familia recibe información fehaciente que aconseje la separación de un niño o adolescente de su familia de origen, previo asesoramiento técnico deberá dar cuenta al Ministerio Público a fin de que éste determine si ejerce la facultad conferida en el inciso anterior (…).

Lo dispuesto en este artículo no modifica la posibilidad de deducir la demanda por quienes asimismo poseen legitimación activa (art. 289 del C. Civil)9.

De la transcripción efectuada resulta: que en estas hipótesis debería tener la iniciativa el Ministerio Público y para el caso de que éste no deduzca la pretensión, podría sí actuar de oficio el tribunal en virtud de los poderes que le fueran otorgados en los arts. 350.3, 350.4 y 350.5 del CGP.

Con relación a la finalización del proceso corresponde precisar que una vez iniciado éste las partes conservan la potestad de clausurarlo mediante los denominados "Medios extraordinarios de conclusión del proceso" (C. Modelo, arts. 196 – 210; CGP, arts. 223 – 240), a saber: conciliación, transacción, desistimiento, perención de la instancia, determinando con su voluntad expresa o tácita el cese de la actividad jurisdiccional.

Señala Simón10 que: "A la posibilidad de disponer del proceso (comenzándolo o no, poniéndole fin en forma unilateral o bilateral) se agrega el dominio de las partes en punto a la facultad de disponer del objeto litigioso (disponibilidad del derecho material) con la consecuente eficacia refleja de lo sustantivo en lo procesal".

---

9 Código Civil, art. 289: "Sólo podrán deducir la acción para provocar la pérdida, limitación o suspensión de la patria potestad el padre, la madre, los ascendientes, los colaterales dentro del cuarto grado y el Ministerio Público.
Sin embargo podrán deducirla los tenedores del niño, siempre que promuevan el juicio con fin de legitimarlo adoptivamente, invocando la causal prevista en el numeral 7º del artículo 285 y el Instituto Nacional del Menor en los casos previstos por la ley.
Los padres deberán ser oídos en todos los casos."

10 Simón, Luis M., "El equilibrio entre los principios dispositivo e inquisitivo en los modernos procesos civiles por audiencias", en el Libro de las XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal", FCU, Montevideo, 2002, ps. 213 – 231.

En síntesis: afirmamos la plena vigencia del principio dispositivo en el Código Modelo y en el derecho uruguayo, tanto en la iniciativa del proceso, cuanto en la clausura del mismo ya sea por vía uni o bilateral, así como, la posibilidad de disponer de sus derechos, salvo aquellos indisponibles.

4.2 – En lo referente al impulso ulterior.

El Código Modelo y el CGP en su art. 3, con idéntica redacción, establecen que: "Promovido el proceso, el tribunal tomará de oficio las medidas tendientes a evitar su paralización".

Las legislaciones modernas como forma de lograr un proceso de duración razonable han establecido: por un lado, que los plazos señalados a las partes para realizar los actos procesales, salvo disposición en contrario, son perentorios e improrrogables (Código Modelo, art. 88; CGP, art. 92), razón por la cual ellas tienen la carga de realizarlos dentro del término fijado y para el caso de que ello no ocurra operará la preclusión.

Por otro lado, se le impone al tribunal el poder – deber (Código Modelo y CGP, art. 3) de adoptar de oficio las medidas tendientes a proseguir con el proceso evitando su paralización y adelantando su trámite con la mayor celeridad posible.

Al impulso ulterior de oficio se le añade el otorgamiento al tribunal de los poderes de ordenación y dirección del proceso (Código Modelo y CGP, arts. 2 y 6) así como para rechazar las maniobras que obstaculicen su normal desarrollo u observen una conducta incompatible con el decoro y la dignidad de la justicia (Código Modelo, arts. 6, 33 Nº 7, 8 y 11; CGP, arts. 6, 24 Nº 7, 8 y 11).

Complementariamente y como una forma de lograr que el proceso se desarrolle en el menor tiempo posible se establece (Código Modelo, art. 96; CGP, art. 101) que: "La fecha de las audiencias se deberá fijar con la mayor contigüidad posible, a los efectos de procurar la continuidad del proceso y la identidad del titular del órgano jurisdiccional".

Si bien el legislador ha atribuido al tribunal el impulso una vez que haya sido iniciado el proceso, no obstante, el principio dispositivo sigue primando, ya que son las partes quienes pueden clausurarlo en forma uni o bilateral e inclusive están habilitadas para disponer del tiempo en el proceso, ya que pueden suspender su trámite por el lapso que estimen conveniente, conforme lo establecen el Código Modelo, art. 88 inc. 1º, y el CGP, art. 92, inc. 2º.

4.3 – En la incorporación de los hechos al proceso.

Incumbe a las partes proporcionar al tribunal los hechos, lo que deberá hacerse fundamentalmente en los escritos iniciales de demanda y contestación

y sólo excepcionalmente en otras oportunidades a través de la invocación de hechos nuevos[11].

El tribunal está limitado por los hechos aportados por las partes y ello demuestra la plena vigencia del principio dispositivo, como surge de las normas que determinan los requisitos de la demanda (Código Modelo, art. 110 Nº 4; CGP, art. 117, Nº 4), de la contestación (Código Modelo, art. 120; CGP, art. 130), la producción de prueba la que está limitada a los hechos alegados y controvertidos (Código Modelo, arts. 127, 129; CGP, arts. 137, 139) y respecto del contenido de la sentencia (Código Modelo, art. 184.2 y 184.3; CGP, art. 198).

Resulta claro, por ende, que el tribunal está impedido de verificar la existencia de hechos no afirmados por las partes o terceros intervinientes y que tampoco puede indagar acerca de la veracidad o no de un hecho que afirmado por una parte haya sido expresamente admitido por la contraria.

Acerca del derecho aplicable al caso concreto, el tribunal goza de amplia libertad y no está limitado, en principio, al invocado por las partes o terceros interesados en aplicación del principio "iura novit curia".

4.4 – El equilibrio entre los principios dispositivo e inquisitivo en la etapa instructoria.

Sin duda, tanto el Código Modelo como el CGP le han otorgado al Juez mayores poderes en lo relativo a la prueba y ellos surgen de las siguientes disposiciones que le permiten:

Código Modelo, art. 33; CGP, art. 24, con idéntica redacción.

Nral. 4º: ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes;

Nral 5º: disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito;

Nral 6: rechazar las pruebas inadmisibles, así como las manifiestamente inconducentes e impertinentes.

Asimismo, el Código Modelo en su art. 301 Nº 6 y el CGP en el art. 341 Nral. 6 prevén que el tribunal puede rechazar las pruebas innecesarias.

Afirmamos que son verdaderos poderes – deberes, en virtud de lo que establecen el C. Modelo art. 34.2 y el CGP art. 25.2 con idéntica redacción: "El tribunal deberá emplear las facultades y poderes que le concede este Código para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes; la omisión en el cumplimiento de estos deberes le hará incurrir en responsabilidad".

11 Landoni Sosa, Ángel, "Los hechos nuevos y su prueba en el proceso civil", en Xas. Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal, Colonia del Sacramento, Uruguay, editorial Surcos 1999, ps. 423 – 441.

Una lectura aislada de esta disposición – como se ha señalado por Simón[12]- podría conducir a entender erróneamente que, dado que se responsabiliza al Juez por el no uso de sus potestades de averiguación de la verdad, la iniciativa probatoria del mismo podría llegar a sustituir, en cualquier caso, la actividad o inactividad de las partes, realizándose de modo completamente ajeno a la conducta de los litigantes.

Sin embargo- aclara dicho autor- el establecimiento de un sistema de carga de la prueba; de preclusiones para su ofrecimiento, producción y diligenciamiento; la circunstancia de que se mantenga el rol exclusivo de las partes en el aporte de los hechos a la causa, y de que en aplicación del principio de congruencia se exija un ajuste de la sentencia a las pretensiones y plataforma fáctica introducidas por los litigantes, le permiten concluir que la iniciativa probatoria del tribunal en la generalidad de los procesos civiles por audiencia no alcanza a transformarlo en un verdadero juez inquisidor.

Distinta es la situación en los procesos relativos a menores o incapaces y aquellos de la materia laboral, agraria y demás de interés social en los cuales tanto el Código Modelo como el CGP otorgan al Tribunal las potestades de instrucción propias de los jueces en el sumario del proceso penal que sí son típicamente inquisitivas y absolutamente independientes de lo que hagan o dejen de hacer las partes (Código Modelo, art. 310 Nº 2, 3 y 4; CGP, art. 350.3, 4 y 5).

Estos poderes excepcionales otorgados al tribunal constituyen una clara indicación de una tutela diferenciada en esa clase de procesos distinta del común de los procesos civiles.

El Código Modelo y el CGP han establecido un juez activo en la averiguación de la verdad – claro está dentro del límite de los hechos alegados por las partes- y con suficientes poderes para ser el verdadero director del proceso.

Indicaba con acierto el Magistrado Van Rompaey, integrante de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay[13], con palabras que compartimos que "… en nuestro medio los jueces siguiendo la tradición en la materia han hecho un uso razonable y prudente de los poderes que les asigna el Código General del Proceso y que los elevan desde la absoluta figura del juez espectador pasivo, al rango de verdadero director del proceso, con un protagonismo activo esencial, en todas las etapas del mismo".

La posición activa del órgano judicial respecto a la prueba -como lo sostienen Barbosa Moreira y Berizonce[14]- no es incompatible con la preservación de su imparcialidad.

12 Simón, Luis M., "El equilibrio entre los principios dispositivo e inquisitivo…", ob. cit., p. 223.

13 Van Rompaey, Leslie, "La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el derecho procesal uruguayo", LJU, Tomo CXI, p. 454.

14 Barbosa Moreira, José Carlos. "Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba" RUDP 4/84, ps. 463-467.
Berizonce, Roberto. "Poderes del juez e iniciativa de los abogados en el trámite probatorio", en VIas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Paysandú 18-21 de abril de 1991, ed. Universidad, ps. 133-141.

Podemos reconocer -afirma Barbosa- el riesgo de una actuación parcial del juez, que se concretaría si él ejercitase sus poderes en el interés exclusivo de una de las partes. Mas el riesgo de la parcialidad ronda al juez, que es y no puede dejar de ser humano, a lo largo de toda su actividad; y la única manera de eliminarlo completamente sería confiar a una máquina la dirección del proceso.

El destacado profesor brasileño, en conferencia pronunciada en el XXIII Congreso Argentino de Derecho Procesal[15], complementaba su pensamiento en estos términos: "El uso ex officio de poderes de instrucción por el juez no desequilibra la balanza de la Justicia: al contrario, puede concurrir y con frecuencia concurre, para reequilibrarla. Recuérdese que al órgano judicial no debe serle indiferente el resultado del proceso. El juez consciente de su misión que es la de impartir justicia, necesariamente quiere que salga vencedor el litigante que tiene mejor derecho, no el que tiene más recursos o mejor abogado.

Atribuirle al órgano judicial las facultades indispensables para conducir el pleito a una conclusión justa de manera alguna es señal de autoritarismo".

Barbosa Moreira destaca que tanto Inglaterra con las Civil Procedure Rules de 1998 y Alemania con la reforma de la ZPO de 2001 aumentaron los poderes del juez en la instrucción probatoria y de ninguna manera se podría decir que esos países viven bajo regímenes autoritarios, en el sentido peyorativo de la palabra. Lo que sí reluce es el carácter eminentemente público del proceso. El litigio puede ser privado, el proceso jamás.

Como se ha señalado por Simón[16], "En el rediseño del rol del juez en materia de prueba, se tiende también a asegurar su iniciativa probatoria, para que, sin dejar su esencial imparcialidad ni su tarea de director del proceso, participe más activamente de él y complemente la labor de las partes en la búsqueda de los medios de prueba que puedan ilustrar sobre el objeto litigioso para así obtener una mayor realización de los fines privados y públicos de todo proceso".

"Esto no convierte al proceso civil en inquisitivo, ni aún en aquellos casos excepcionales en que para ciertos procesos se asignan al juez poderes de instrucción intensos, similares a los del juez penal en el sumario clásico, porque su iniciativa se ejerce sobre el material fáctico que solamente las partes pueden delimitar a través de sus actos de proposición, con fundamento en los hechos controvertidos por los litigantes, sin sustituir a éstos ni derogarse las reglas de la carga de la prueba ni desconocerse el principio de congruencia o demás derivados del dispositivo".

15 Barbosa Moreira, José Carlos, "La significación social de las reformas procesales", en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año VI, Nº 9, 2006, ps. 23 – 37.

16 Simón, L. M., "El equilibrio entre los principios dispositivos e inquisitivo en los modernos procesos civiles por audiencia", XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal, FCU, Montevideo, 2002, ps, 230 – 231.

5.- EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y SU RELACIÓN CON LA DEBIDA CONGRUENCIA DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES.

5.1 – Concepto de congruencia.

El Código Modelo y el CGP en el Libro I de "Disposiciones Generales", si bien establecieron en los arts. 1 a 11 del Titulo I los "Principios generales", no previeron específicamente el principio de congruencia. No obstante, éste ha sido implícitamente consagrado en el art. 184 del Código Modelo y en el art. 198 del CGP.

El Diccionario de la Real Academia[17] define a la congruencia como la "conformidad de extensión, concepto y alcance entre el fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el juicio".

Conceptualizando dicho principio ha señalado Devis Echandia[18]: "Se entiende por congruencia o consonancia el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes".

Guasp por su parte[19] ha definido a la congruencia como la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones, que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto.

En nuestra opinión[20] la congruencia debe entenderse como una relación entre dos elementos: uno de ellos es la sentencia y más concretamente su parte dispositiva (fallo) y el otro, el objeto del proceso concreto.

Con referencia a este segundo elemento Véscovi y colaboradores[21], ante la interrogante de si puede el juez en el momento de fallar apartarse de lo oportunamente diseñado en la audiencia preliminar sobre el objeto para contemplar lo pedido por las partes en los actos de proposición, o si en mérito a la preclusión operada estará impedido de fallar al respecto, responde en los siguientes términos: "Creo que para poder vislumbrar una respuesta a este cuestionamiento debemos partir de la idea de que la noción de objeto del proceso es evolutiva, y por tanto, la sentencia, para ser congruente, siempre tiene que referir al objeto actual si el originario sufrió modificaciones, intencionales o voluntarias de las partes o jurídicamente impuestas, por ejemplo: desistimiento, conciliación, transacción, pérdida superviniente de parte del objeto,

17 Diccionario de la Lengua Española, XXIa. edición, 1992, p. 541.

18 Devis Echandia, Hernando, "Teoría general del proceso", ed. Universidad SRL, Buenos Aires, 1985, Tomo II, p. 523.

19 Guasp, Jaime, "Derecho Procesal Civil", Tomo I, 4ª edición, Civitas S.A., España 1998, p. 483.

20 Landoni Sosa, Ángel (Director), "Código General del Proceso. Comentado, anotado, con jurisprudencia",editorial B. de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, Vol. 2B, p. 626.

21 Véscovi, Enrique y colaboradores, "Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado. Ed. Abaco, Buenos Aires, 2000, T. 6, p. 104.

etc. Es necesario estar al último diseño que puede ser, incluso, diferente al definido en la audiencia preliminar".

5.2 – Fundamento del principio de congruencia.

Coincidimos con De Hegedus[22] en que el fundamento de este principio es de base constitucional, resulta aplicación directa del principio dispositivo y, a la vez, constituye una de las garantías del debido proceso en la medida que se convierte en el límite que se le impone a la judicatura de no introducir cuestiones de hecho respecto de las cuales las partes no hayan podido ejercer su plena defensa.

5.3 – Alcance del principio de congruencia.

El principio de congruencia se aplica a las resoluciones a dictarse tanto en los procesos contenciosos como voluntarios y alcanza inclusive al proceso arbitral, por cuanto se prevé en el Código Modelo (art. 369) así como en el CGP (art. 499), que cabe el recurso de nulidad contra el laudo, entre otras hipótesis posibles: "2º Por haberse expedido sobre puntos no comprometidos; 3º Por no haberse expedido sobre puntos comprometidos".

Se aplica, asimismo, en la segunda instancia donde el tribunal que va a conocer estará limitado por los agravios invocados y no podrá reformar la sentencia de primer grado en perjuicio del único apelante.

Igualmente en los recursos de casación y de revisión, ya que el tribunal deberá expedirse sobre las causales específicas que el recurrente deberá alegar para que sea admisible el medio impugnativo utilizado.

La sentencia o en su caso el laudo arbitral deberá ser congruente en el elemento subjetivo, es decir, limitarse a quienes han sido partes en el proceso, incluidos los terceros cuando la ley los considera partes y los casos de sucesión y de sustitución procesal.

La observancia del principio de congruencia supone el respeto riguroso de los hechos introducidos tanto por el actor en su demanda (Código Modelo, art. 110 Nº 4; CGP, art. 117 Nº 6) como por el demandado en su contestación (Código Modelo, art. 120; CGP, art. 130) o los alegados como hechos nuevos con posterioridad.

El tribunal no puede modificar, ampliar o restringir ni apartarse de la plataforma fáctica alegada por las partes, sino que simplemente deberá limitarse a la verificación de esos hechos, efectuar su calificación jurídica y resolver las peticiones formuladas.

La sentencia no sólo debe ser congruente con el objeto del proceso, sino que además debe tener congruencia interna.

22 De Hegedus, Margarita, "El principio de congruencia y el principio de "iura noivt curia" Su conciliación", en "Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart", ed. FCU, 1999, p. 517 – 528.

Arazi y Rojas[23], comentando la jurisprudencia argentina refieren que: "Han interpretado nuestros tribunales que la contradicción de la parte dispositiva de la sentencia en sus considerandos precedentes determina su nulidad por ser la misma incongruente, y asimismo que la inobservancia del principio de incongruencia, al apartarse el juez de lo peticionado por las partes (extrapetita), o resolver más allá de lo pedido (ultrapetita), o bien omitiendo resolver cuestiones debidamente articuladas (citra petita), constituye un típico caso de sentencia arbitraria, en la doctrina de la Corte Suprema".

5.4 – Clases de incongruencia.

Tradicionalmente, se han distinguido dos tipos de incongruencias: por exceso (extra petita y ultra petita) y por defecto (citra o minus petita). También, cuantitativas o cualitativas, positivas o negativas.

a) Incongruencia por exceso. Comprende diversas hipótesis, algunas de ellas relativas a las peticiones y otras referidas a los hechos. Las primeras se dan cuando, en la sentencia, el tribunal resuelve una petición que no fue planteada por las partes y no integra el objeto del proceso o concede algo adicional a lo requerido. Las segundas se presentan cuando el magistrado acepta o rechaza el requerimiento, pero basándose en hechos distintos de los que formaban parte del objeto del proceso, o resuelve en contradicción con los hechos admitidos por las partes (extra petita).

También, hay incongruencia por exceso, cuando el tribunal otorga cuantitativamente más de lo pretendido (ultra petita).

b) Incongruencia por defecto. Ocurre cuando el tribunal no se pronuncia sobre algún requerimiento que formaba parte del objeto del proceso, omite resolver alguna de las proposiciones puestas oportunamente a su consideración (citra petita). Hay quienes entienden que no vicia la resolución, cuando se desprende de un pronunciamiento tácito, no expreso, como por ejemplo, el juez acoge la pretensión principal del actor y omite resolver sobre la subsidiaria[24].

Sin embargo, Abal Oliú[25] postula el deber del tribunal de pronunciarse sobre todas las excepciones y defensas, fundamentalmente con miras a un fin práctico, que es el caso en que la sentencia fuera apelada por la parte contraria a quien alegó el requerimiento subsidiario; el tribunal ad quem sólo podrá pronunciarse por aquella objeto de agravio, pero no sobre la omitida por el aquo.

Las sentencias deberán contener decisiones precisas, expresas y positivas sobre los requerimientos que integran el objeto del proceso, fundándose en los hechos denunciados por las partes que lo integran. También, deberán contener pronunciamientos sobre las condenaciones procesales, independiente-

23 Arazi, Roland y Rojas, Jorge, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado", Rubinzal Culzoni, Tomo 1, p. 101.

24 Devis Echandía, Hernando, "Teoría…", ob. cit., p. 445).

25 Abal Oliú, Alejandro "Estudios del Código General del Proceso" ed. F.C.U. 1994 Tomo II pag. 4l

mente de que tal cuestión haya sido o no requerida por las partes. Este aspecto no se encuentra alcanzado por la congruencia, sino que es un deber del tribunal el resolverlo acorde con lo que corresponda a cada caso concreto (C. Modelo arts. 66 y ss CGP arts. 56 y ss.).

5.5 – El principio de congruencia y el "iura novit curia".

El principio de congruencia no limita, en principio, al tribunal en la tarea de la calificación jurídica de los hechos y en la elección de la norma jurídica que debe aplicarse a ellos. En este sentido, el juez no está vinculado por los fundamentos jurídicos realizados por las partes en mérito al principio "iura novit curia".

Nuestra jurisprudencia[26], siguiendo a Alsina, ha sostenido que "para la justa interpretación de lo controvertido, a los jueces se les permite ir más allá de los términos de la demanda y contestación y buscar en la prueba la exacta reconstrucción de lo sucedido, excluyendo "sutilezas y ateniéndose a la buena fe". Sólo le está vedado al juez invocar hechos no alegados por las partes, pero a él le corresponde calificar la relación sustancial de la litis y determinar las normas que la rigen. Poco importa que el actor llame depósito al contrato cuyos términos corresponden al de compraventa, pues el juez dará su verdadera calificación y de acuerdo a ella resolverá el litigio".

Aquí, en opinión de De Hegedus[27], se encuentra el límite difícil de precisar y ello porque traspasado el mismo, el fallo judicial puede resultar viciado de incongruencia, ya que es justamente cuando el juez realiza tareas de interpretación de la demanda o contestación, cuando puede incurrir en exceso, imputando a las partes peticiones que no solicitaron.

Compartimos las conclusiones de De Hegedus[28] en cuanto a que "el poder deber de los jueces de interpretar lo pedido por las partes, en aplicación del principio "iura novit curia" tiene el límite infranqueable de no alterar los hechos constitutivos alegados y su causa de pedir so pena de incurrir en incongruencia. Lo contrario importaría conculcar la garantía de defensa en juicio.

La potestad otorgada a los jueces de suplir el derecho no puede significar nunca que pueda suplir la deficiencia en el planteo de la pretensión de la parte, ni que por esta vía interpretativa deduzca lo que se reclama.

Es función específica de las partes, en íntima relación a su situación jurídica en el proceso, aportar los hechos que constituyen el fundamento de su pretensión en forma clara y precisa.

26 Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno Nº 266/77, publicada en RUDP 3 -4/1977 caso 716 y citada por De Hegedus, Margarita en "El principio de congruencia…", ob. cit., p. 525.

27 De Hegedus, Margarita, ob. cit., p. 525.

28 De Hegedus, Margarita, ob. cit., p. 526.

6.- EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN Y LA EFECTIVIDAD DE LA JUSTICIA.

El Código Modelo y el CGP consagran con idéntica redacción la inmediación procesal en su art. 8, estableciendo que: "Tanto las audiencias como las diligencias de prueba que así lo permitan, deben realizarse por el tribunal no pudiendo éste delegarlas so pena de nulidad absoluta, salvo cuando la diligencia deba celebrarse en territorio distinto al de su competencia".

Del art. 8 transcripto resulta:

1) la presencia obligatoria del juez en todas las audiencias sin excepción y en las diligencias de prueba que lo permitan.
2) La norma exige, además, que las actuaciones deben realizarse por el propio tribunal, no pudiendo éste delegarlas so pena de nulidad absoluta.
3) Sólo se admite la delegación por excepción, cuando la diligencia deba practicarse en territorio distinto al de la competencia del tribunal.

El principio de inmediación es uno de los pilares fundamentales del nuevo sistema. Sus ventajas son evidentes ya que se trata de un instrumento sumamente eficaz para la búsqueda de la verdad en el proceso. El poder deber del magistrado de estar presente en las audiencias, de escuchar y fundamentalmente dialogar con las partes, los abogados, los testigos y demás personas que actúan en el proceso, le permite ponderar no sólo las palabras, sino también –lo que es más importante- las reacciones y gestos, de fundamental importancia para apreciar la verdad o la falsedad de una declaración[29].

Existe una relación estrecha entre el contacto directo del juez con las partes y las pruebas y la justicia de la sentencia a dictarse. La justicia intrínseca del fallo está casi inexorablemente predeterminada por el alcance y medida de lo que el juez pueda percibir en forma inmediata a través de sus sentidos[30].

Tanto el Código Modelo como el CGP uruguayo consagran un sistema procesal en el que luego de la demanda y contestación escritas, las partes y el juez se reúnen en audiencia, frente a frente, los litigantes y sus abogados, con la presencia e intervención activa del juez como director. Se trata de llegar prioritariamente a una conciliación total o parcial y, en su defecto, se realiza el debate y se fijan los puntos en disputa de manera clara y concreta. Se hacen efectivos así los principios procesales fundamentales y especialmente se garantiza la inmediación.

Se trata de un proceso que es realizado efectivamente y en su conjunto por los tres principales sujetos (las partes y el juez), conjuntamente con los auxiliares y sujetos complementarios, obteniendo así un efectivo acercamiento a la

29 Cfe. Pereira, Santiago, "Mecanismos legales para garantizar la efectiva aplicación del principio de inmediación en el proceso por audiencias", en el Libro de las XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal, editorial FCU, 2002, p. 159 – 184.

30 Pereira, Santiago, ob. cit., p. 162.

realidad concreta que forma el objeto sustantivo del proceso, concentrándose en sus actuaciones.

La sede del tribunal deja de ser el lugar en donde se presentan y se intercambian escritos para formar el expediente, y se transforma en el lugar donde se hace el proceso con la presencia de sus protagonistas esenciales[31].

Pero, sin duda, lo más trascendente – como lo señala Santiago Pereira[32]- es que el CGP –al igual que el Código Modelo- establecen los siguientes mecanismos para garantizar efectivamente que el principio de inmediación se cumpla cabalmente:

"a) Se le confieren al tribunal poderes – deberes que le permiten ser el verdadero director del proceso, sin perjuicio de la inquebrantable vigencia del derecho de defensa de las partes.

b) Se sanciona con nulidad absoluta todo lo actuado en las audiencias que se celebren sin la presencia del juez, sin perjuicio de la responsabilidad funcional en la que pueda incurrir éste por no asumir la dirección de la audiencia.

c) Se prevé la identidad entre el juez que toma las audiencias de un proceso y el que dicta la correspondiente sentencia (la regla tiene excepciones).

d) Es preceptiva la presencia personal de las partes personas físicas en la audiencia preliminar (las personas jurídicas y los incapaces obviamente comparecen por representante), salvo motivo fundado.

e) Se sanciona al actor con el desistimiento de la pretensión cuando injustificadamente no comparece a la audiencia preliminar, salvo que se tratare de derechos indisponibles.

f) Se sanciona al demandado con la admisión de los hechos alegados por el actor cuando injustificadamente no comparece a la audiencia preliminar, salvo que se tratare de derechos indisponibles.

g) Se sanciona con una presunción desfavorable –relativa- a la parte que injustificadamente no comparece a la audiencia complementaria, a la audiencia de conciliación previa o a otras audiencias del proceso.

h) Se dispone la indelegabilidad de la función jurisdiccional, que implica que, de principio, la oficina sólo podrá realizar actividades de apoyo material (oficios, notificaciones, embargos, etc.) pero de manera alguna actos procesales que sustraigan al decisor del conocimiento y participación directa en toda la secuencia procedimental de la causa (audiencias, resoluciones, actos de producción de prueba, etc.) y se regula la recepción de prueba en audiencia.

Nuestros jueces, teniendo en cuenta el rigor de las sanciones por violaciones al principio de inmediación, han hecho un uso ponderado y razonable de las facultades de conceder prórrogas de las audiencias en caso de que la parte justifique, fundadamente, los motivos de su incomparecencia".

31 Exposición de Motivos del CGP "Enfoque general del Anteproyecto"

32 Pereira, Santiago, "El proceso civil ordinario por audiencias. La experiencia uruguaya en la reforma procesal civil. Modelo teórico y relevamiento empírico", publicación del CEJA, editorial Amalio Fernández, Montevideo, 2008, p. 43.

Complementariamente, el poder de dirección del tribunal, estrechamente vinculado con la inmediación, se advierte en todos los aspectos de la prueba:

a) en la potestad para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito (Código Modelo, art. 33 Nº 5; CGP, art. 24 Nº 5).

b) para rechazar en la audiencia preliminar las pruebas inadmisibles, así como las manifiestamente inconducentes, impertinentes o innecesarias (Código Modelo, art. 33 Nº 6 y 301 Nº 6; CGP, art. 24 Nº 6 y 341 Nº 6).

c) para dirigir todo el procedimiento de producción y diligenciamiento de la prueba, el que de regla no puede ser objeto de delegación y debe realizarse en audiencia con la presencia del tribunal.

d) para prescindir en casos excepcionales de algunas probanzas, por ejemplo, por resultar innecesaria en razón de que el demandado, al contestar, admitió el hecho, o dar por finalizada la práctica de algunos medios (Código Modelo, art. 151 Nº 3; CGP, art. 161 Nral. 3º).

e) La inmediación está presente también en el dictado de la sentencia, ya que prescribe el art. 18.3 del Código Modelo, y con igual redacción en el CGP, "en el proceso por audiencia se pronunciará la sentencia al final de ésta", pudiendo diferirse si fuera menester la redacción de los fundamentos del fallo…"

La inmediación está contemplada, asimismo, en las diversas estructuras procesales previstas en el Código Modelo y en el CGP, las que en homenaje a la brevedad de este trabajo no desarrollaremos.

A continuación, vamos a transcribir lo que han manifestado los protagonistas del proceso, según resulta del relevamiento empírico realizado sobre las audiencias del proceso civil ordinario en Uruguay[33]:

"La inmediación es real, efectiva y eficiente.

- Las audiencias son el acto vital del proceso en el cual, mediante la interacción, el diálogo constructivo y la producción de la prueba se encamina el proceso hacia lo principal: la efectividad de los derechos sustanciales.
- Los jueces asisten a todas las audiencias.
- Las partes y sus abogados comparecen de regla a las audiencias, salvo motivo fundado.
- Las personas físicas comparecen en forma personal (y no por representante) en la mayor parte de los casos.
- Los abogados no arriesgan a que su cliente no comparezca a una audiencia, por las importantes consecuencias desfavorables que pueden padecer.
- Las audiencias muestran gran utilidad para cumplir diversas actividades concentradas de diálogo, ordenación y contralor (sanear el proceso,

33 Pereira, Santiago, "El proceso civil ordinario por audiencias…", ob. cit., Capítulo VI "Relevamiento empírico sobre las audiencias del proceso civil en el Uruguay", p. 119.

fijar el objeto del proceso y de la prueba, admitir o rechazar la prueba a diligenciarse, designar peritos o impugnar su designación o su dictamen, realizar el reconocimiento de documentos y controlar los mismos, etc.).
- Todas las resoluciones dictadas en audiencia quedan notificadas en la propia audiencia.
- El justiciable, destinatario último y fundamental del servicio de justicia, aprecia en el contacto directo con el juez de "su" caso y con la contraparte que el proceso es el medio idóneo para resolver pacíficamente el conflicto.
- Todo lo expuesto demuestra que el sistema del CGP que establece sanciones por la incomparecencia del juez y de las partes a las audiencias es efectivo y realizable, lográndose el objetivo de inmediación perseguido."

7.- ACERCA DE LA PROBIDAD Y BUENA FE EN EL PROCESO, ASÍ COMO EL DEBER DE COLABORACIÓN CON EL TRIBUNAL.

7.1 La tendencia a la moralización del proceso y a su humanización.

Mirando en perspectiva los debates de las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal[34] realizadas en Memoria de Eduardo J. Couture (Montevideo,13 al 15 de mayo de 1957) y analizando la posición de aquellos que se oponían a la vigencia de la regla moral en el proceso, podemos apreciar que hoy, ella ha sido francamente superada por la tesis positiva.

Similar evolución también ha ocurrido en Europa, donde la doctrina discutió, ampliamente, acerca de la oportunidad de introducir en las nuevas leyes procesales un deber de actuar de buena fe y especialmente un deber de verdad.

Señalaba Cappelletti[35] que procesalistas de gran fama y valor como, en Alemania Adolfo Wach y Richard Schmidt, o como Piero Calamandrei y Enrico Redenti en la doctrina italiana de este siglo, combatieron el deber de verdad, considerándolo un instituto inquisitorio y contrario a la libre disposición de las partes, un "instrumento de tortura moral" contra la parte en el proceso civil. Pero hoy en día, la doctrina europea considera a esta concepción como un reflejo procesal de la ideología individualística, del "laissez faire" y tiende, consiguientemente, a establecer el principio de moralidad como un deber

34 Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año VIII Nº 3 pag. 951 y 952 y IX, Nº1 pag 11. a 326.

35 Cappelletti, Mauro. "El proceso civil en el Derecho Comparado", EJEA, Buenos Aires 1973, pág. 79-82.

de las partes en el proceso civil y postula su conciliabilidad con el principio dispositivo.

En paralelo con la tendencia que procura la moralización del proceso, encontramos la que busca en un mundo globalizado su humanización.

Así, el tema central del Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil celebrado en Gante en 1977 fue "Para una justicia humanizada" y en su Convocatoria[36] se indicaba: "En una sociedad cada vez más compleja, el derecho procesal debe poder funcionar de una manera más accesible, humana, rápida y eficaz, para que todo ciudadano pueda hacer valer sus derechos."

Para alcanzar los referidos objetivos, señalaba Gelsi en las conclusiones de su relato general para dicho Congreso[37], que era menester "la humanización de los sujetos y, en especial, de su conducta" por lo que, destacamos que el establecimiento por el legislador de imperativos éticos y de sanciones para las conductas desleales o fraudulentas que los violen, resulta fundamental en la búsqueda de la humanización del proceso, ya que ello nos permitirá alcanzar la meta de una justicia efectiva y eficiente al servicio de los hombres.

7.2 - La importancia de la regla moral en el proceso.

7.2.1 - El fin y los medios.

Indicaba Gelsi[38] que es necesario poner "... el acento -de la mayor significación ética- en el problema de la utilización del proceso, que como es un medio o instrumento jurídico, debe estar sujeto al enfoque adecuado al medio, a la ética de los medios, que abarcan "lo que se hace" (el modus operandi), además de aquello para lo cual se hace (fin)".

Y agregaba: "En rigor no puede nunca prescindirse del fin cuando se habla del medio: aquel funciona como "causa" final de éste; no se realiza el medio sino en vista de la finalidad que con él se persigue (y, a veces, se consigue: resultado). Pero, además, el medio tiene consistencia propia, en parte modelada en vista del fin, pero que de ningún modo se confunde con éste. Por ende, la eticidad del medio deberá establecerse más que en el fin perseguido (el objetivo que a veces se confunde con el objeto) que tiene su propia eticidad, en relación a: a) aquello en que el medio consiste; b) el modo de usar, de ejercer o de ejecutar, de realizar el mismo instrumento."

36 Gelsi Bidart, Adolfo. "La humanización del proceso" Off-print from: "Towards a Justice with a human face. The First International Congress on the Law of Civil Procedure". Ghent, 1977.

37 Gelsi Bidart, Adolfo, ob.cit. en Nota 35, pág. 297.

38 Gelsi Bidart, Adolfo, "Abuso del proceso", publicado en el Libro del XI Congreso Argentino de Derecho Procesal .La Plata ,1981 pag. 209-226 y también en RUDP 3/1981 pag. 203-213.

7.2.2 - Los imperativos éticos. Los parámetros de la conducta debida.

La consagración legislativa del Principio de Moralidad en el proceso requiere, a los efectos de su actuación efectiva, la presencia de dos aspectos complementarios: por un lado, el establecimiento de determinados imperativos éticos, y, en forma concomitante, el dictado de normas particulares que establezcan sanciones ante la violación concreta de dichos imperativos.

Ambos aspectos pueden ser perfectamente individualizados tanto en el Código Modelo como en el CGP.

Así, ingresando en el primero de los aspectos reseñados, es decir, el relativo al establecimiento de determinados imperativos éticos y entendiendo al Principio de Moralidad como el "conjunto de reglas de conducta, presididas por el imperativo ético, a que deben ajustar su comportamiento procesal todos los sujetos procesales"[39], resulta que los parámetros generales de conducta debidos, se encuentran claramente delimitados en el inciso 1ro del art. 5to del C. Modelo y del Código General del Proceso, a saber: dignidad de la Justicia, respeto entre los litigantes, lealtad y buena fe.

¿Cómo debe ser la actuación en el proceso según el Código Modelo y el legislador uruguayo?

A) Respetuosa de la dignidad de la Justicia;

Sin duda, el legislador tuvo presente y recogió en el texto legal el pensamiento de Couture para quien la idea de dignidad de la Justicia se basa en una malla entretejida y sutil de diversos elementos: garantías constitucionales que otorguen a los jueces independencia y autoridad, pero que correlativamente hagan efectiva su responsabilidad; procedimientos simples que faciliten el acceso a la Justicia y que ésta llegue prontamente, pues su tardanza configura ya una injusticia; otorgamiento de poderes suficientes al Juez que le habiliten para ordenar y dirigir adecuadamente el proceso, evitando que sea un mero espectador del drama que se está desarrollando y viviendo ante sus ojos y que pueda reprimir los eventuales abusos que se puedan cometer en su transcurso.

La independencia del Juez -nos decía Couture en su obra "La Justicia inglesa" - es el secreto de su dignidad, pero la autoridad de que se le revista será la clave de su eficacia.

Esa "dignidad de la Justicia" como valor importante del entramado sustentador de una sociedad democrática, el legislador lo ha tratado de preservar imponiendo a todos los sujetos partícipes del proceso el deber de respetarlo y para el caso de que no lo acaten ha establecido entre las facultades del Tribunal –C. Modelo art. 33 y CGP art. 24 - las siguientes: "10.- Para imponer a los procuradores y abogados sanciones disciplinarias y multas en los casos previstos legalmente; 11.- Para dirigir el proceso y aplicar las sanciones que

39 Conforme Clemente Díaz, citado en "Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado." Obra colectiva dirigida por Enrique Véscovi, editorial Abaco, Tomo I, pág. 125.

correspondan a quienes obstaculicen indebidamente su desarrollo u observen conductas incompatibles con el decoro y dignidad de la justicia."

La ley uruguaya 15.750, del 24 de junio de 1985, Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales prevé a tales efectos en el artículo 148 que "Los abogados podrán ser corregidos disciplinariamente en los siguientes casos:

1) Cuando en el ejercicio de la profesión faltaren de palabra, por escrito o de obra al respeto debido a los Magistrados;

2) Cuando en la defensa de sus clientes se expresaren en términos descompuestos u ofensivos contra sus colegas o contra los litigantes contrarios;

3) Cuando llamados al orden en las alegaciones orales no obedecieren al Magistrado;

4) Cuando alegaren hechos cuya falsedad se hallare probada en los autos o dedujeren recursos expresamente prohibidos por la ley."

Y el artículo 149 de la citada ley 15.750, establece que las correcciones a los abogados pueden ser las siguientes: 1) prevención, 2) apercibimiento, 3) multa, 4) suspensión temporaria en el ejercicio de la profesión que no puede exceder de un año.

La corrección en los tres primeros casos puede ser impuesta por el Tribunal que esté conociendo la causa, y la suspensión temporaria sólo por la Suprema Corte de Justicia.

Corresponde precisar que conforme lo dispone el artículo 159 de la referida ley 15.750, las previsiones de sus artículos 148 y 149 también son aplicables a los procuradores y en lo pertinente a las partes cuando puedan litigar por sí mismas.

B) Acorde con el respeto que se deben los litigantes

El debate procesal conforme lo concibe el legislador debe ser efectuado sin utilizar expresiones agraviantes u ofensivas para con el contrario ni para el Juez, y si ello ocurriese, el Magistrado puede no sólo llamar al orden al infractor, de acuerdo con los citados art. 33 Nº 10 y 11 del C. Modelo y artículo 24 Nº.10 y 11 del C.G.P., sino que también podrá conforme a los artículos 80 y 73 de dichos cuerpo normativos: "... mandar testar, haciéndolas ilegibles, las expresiones ofensivas de cualquier índole que se consignaren en los escritos, sin perjuicio de la aplicación de las medidas disciplinarias que correspondieren" y a las que hemos hecho referencia en el apartado anterior.

C) El debate debe ser leal y de buena fe.

Respecto al tema de la lealtad y probidad en el debate judicial, Couture se planteaba la interrogante de saber si era posible consagrar en un texto legal el deber de decir la verdad en el proceso civil[40].

40 Couture, Eduardo J. "El deber de las partes de decir la verdad", originariamente en " La Ley" Tomo 9 pag. 30 y sgts., RDJA Tomo 36 pag. 53 y sgts. y en "Estudios de Derecho Procesal Civil" ed. Depalma, 1978, Tomo 3 pag. 235-258.

Hacía referencia a que el tema había sido resuelto en sentido afirmativo, pero con escasa vigencia temporal, por la Real Cédula de Aranjuez de 1794, que al instituir el Tribunal de Consulado en tiempos de la Colonia Española, consignó en un lapidario precepto el deber de actuar en juicio, "a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada".

Cabe precisar, que posteriormente el deber de decir verdad no fue consagrado ni en las clásicas Leyes de Enjuiciamiento Civil españolas de 1855 y 1881, ni en las primeras leyes americanas, y que recién aparece en el Código Austríaco de fines del siglo pasado y es reproducido, posteriormente, en varios códigos europeos y en especial en la ley alemana de 2 de octubre de 1933.

Resulta oportuno destacar que en la etapa en que se estaba dando forma al que luego fuera el Código Procesal italiano de 1940, el proyecto que fuera elaborado por Solmi, en su artículo 26 establecía: "Las partes, los procuradores y los defensores tienen obligación de exponer al Juez los hechos según la verdad y de no proponer demandas, defensas, excepciones o pruebas que no sean de buena fe."

El texto definitivo del Código Italiano, redactado por Carnelutti, Calamandrei y Redenti, en su artículo 29 -actual artículo 88- se apartó de la fórmula originaria preceptuando: " Deber de lealtad y probidad. Las partes y sus defensores tienen el deber de comportarse en juicio con lealtad y probidad".

El cambio operado era notorio, ya que el precepto originario establecía un deber de decir verdad y el mismo fue sustituido en la redacción definitiva por un deber de probidad y lealtad, lo que llevó a Couture a consagrar en su Proyecto un precepto general de probidad, lealtad y respeto a la Justicia, además de un deber estricto de verdad.

"A nuestro modo de ver -decía Couture- el deber de decir la verdad existe, porque es un deber de conducta humana. Pero lo que el proceso requiere no es solamente la verdad formal, requiere la lealtad, el juego limpio y no el subterfugio"; y agregaba en la "Exposición de Motivos" de su Código[41]: "... El Proyecto no ha querido hacer de la probidad procesal un problema de cátedra, sino una cuestión de vida o muerte para el prestigio de la Justicia", y a tal efecto incorporó en el texto un sinnúmero de soluciones tendientes a desestimular los incidentes maliciosos, las apelaciones impremeditadas o simplemente dilatorias, las argucias, dilaciones y ocultaciones de la prueba, la que en su inmensa mayoría fueron recogidas en el Código General del Proceso.

Pero en la búsqueda del equilibrio, encuentra que al poner el acento en el principio de probidad no debe dejar de resaltar al mismo tiempo el papel de la buena fe.

"Se trata -nos decía [42]- de que si bien es necesario prevenir y reprimir la malicia, es menester tener confianza en la honradez y en la rectitud natural de

41 Couture, Eduardo J. "Proyecto de Código de Procedimiento Civil. Exposición de Motivos" Impresora Uruguaya S.A., Montevideo, 1945 pag.108

42 Couture, Eduardo J. "Proyecto..." ob. cit. ps. 115-116

los hombres. Los recelos sobre los pillos no deben hacer más fatigoso el camino de las personas honradas"y, agregaba, "... es preciso tener fe y confianza en que los hombres no son normalmente falsificadores ni perjuros".

Pero ¿qué debemos entender como buena fe procesal?

Couture en su Vocabulario Jurídico[43] la definía como la "calidad jurídica de la conducta, legalmente exigida, de actuar en el proceso con probidad, en el sincero convencimiento de hallarse asistido de razón.".

Y cómo se materializa en el proceso ese actuar de buena fe:

a) brindando al tribunal la información veraz y completa de cómo ocurrieron los hechos, sin ocultamientos, reticencias o ambigüedades;
b) aportando la prueba de cargo y de descargo sin retaceos.
   Este tema ha dado lugar a interesantes elaboraciones doctrinarias (Peyrano: Cargas probatorias dinámicas; Morello: visión solidaria de la carga de la prueba) y jurisprudenciales (Van Rompaey, "La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el derecho procesal uruguayo"), las que hemos analizado en el trabajo que se cita al pie[44].
c) utilizando en forma correcta las vías procesales y no abusando de ellas para procurar fines ilícitos, no promoviendo procesos infundados, innecesarios, no utilizando vías inadecuadas, no deduciendo excepciones, incidentes o recursos maliciosos.
d) colaborando con el tribunal en el desarrollo del proceso y en especial de la audiencia, ya que la actividad conjunta del juez y de las partes es esencial para lograr la efectiva tutela de los derechos sustanciales.

El principio de probidad que Couture plasmó en el artículo 7º de su Proyecto de 1945[45], tuvo más tarde aceptación a nivel latinoamericano, habiendo sido recogido en las "Bases uniformes para la Reforma de la Legislación Procesal Civil en América Latina" que, redactadas por los Profesores Gelsi Bidart y Véscovi fueron aprobadas en las Vas. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal realizadas en Bogotá en 1970.

Posteriormente el referido principio de buena fe y lealtad procesal integró el Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (art.5)aprobado en las Jornadas Iberoamericanas realizadas en Río de Janeiro en 1988, y finalmente, es el artículo 5 del C. Modelo y del Código General del Proceso, vigente en Uruguay desde noviembre de 1989.

Por último, debemos destacar que la disposición en cuestión contiene una formulación subjetiva amplia, en tanto vincula a "Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, a todos los partícipes del proceso...", de forma

43 Couture, Eduardo J. "Vocabulario Jurídico", Ed. Depalma, Sexta Reimpresión, 1997 Voz: Buena fe (procesal), pág. 127.

44 Landoni Sosa, Ángel "Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba" RUDP 1/97, pág. 97-113.

45 Proyecto Couture art. 7: "Principio de probidad. El juez deberá tomar, de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendientes a prevenir o sancionar cualquier acto contrario a la dignidad de le justicia, al respeto que se deben los litigantes y las faltas a la lealtad y probidad en el debate".

tal que se encuentran alcanzados también los magistrados, los funcionarios, los terceros interesados intervinientes en el proceso, los testigos, los peritos, etc.; y que el principio de moralidad en el proceso debe ser analizado en forma interactuante con las restantes ideas directrices consagradas en el C. Modelo y en el C.G.P., ya sea expresamente en el Título I o aún inferidas de las propias disposiciones legales, de forma de alcanzar su complementación en la realización de la finalidad última del proceso, consistente en la efectividad de los derechos sustanciales - pauta interpretativa de la norma procesal, expresamente consagrada en el inciso 1ro del art. 14 del C. Modelo y del CGP -.

7.3 - La importante contribución realizada por el proceso por audiencias a la efectiva vigencia del principio de moralidad.

El C. Modelo y el C.G.P. han utilizado diversos instrumentos dirigidos a promover un debate veraz, transparente y sin trampas.

Ellos han sido, entre otros, los siguientes:

a) en la demanda y en la contestación se deben exponer los hechos en forma clara y en capítulos numerados, fundar el derecho, acompañar los medios de prueba disponibles y referir los que se van a utilizar y formular con precisión el petitorio (C. Modelo arts.110,111,120 y 121 C.G.P. Arts. 117, 118 130 y 131).
b) el demandado debe pronunciarse categóricamente sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de los documentos que se hubieren acompañado y cuya autoría le fuese atribuida (C.Modelo art. 120.2 y CGP art. 130.2).
c) el silencio o las respuestas ambiguas o evasivas se tendrán como admisión de los hechos y de la autenticidad de los documentos (C. Modelo art 120.2 in fine y CGP art. 130.2 in fine).
d) el contralor inicial de la demanda por parte del Tribunal, con la posibilidad de rechazar de plano aquella que sea manifiestamente improponible (C. Modelo art. 112.2 y CGP art. 119.2)
e) la aplicación del principio de eventualidad, en virtud del cual el demandado deberá asumir las diversas actitudes posibles en forma simultánea y en el mismo acto (C. Modelo art.122 y CGP Art. 132).
f) la rebeldía del demandado determinará que el Tribunal deba tener por admitidos los hechos alegados por el actor, en todo lo que no resulten contradichos por la prueba de autos.(C. Modelo art. 299.4 y CGP art. 339.4).
g) en los incidentes, las resoluciones que no los decidan sólo admiten el recurso de reposición y la que lo decida, el recurso de apelación con efecto diferido a la sentencia definitiva. (C. Modelo art.286 y CGP. Art.322).
h) el despacho saneador, la delimitación del objeto del proceso y la determinación de los medios de prueba admisibles en la audiencia preliminar (C .Modelo art.301 y CGP art. 341).

i) la presencia del Juez en las audiencias -so pena de nulidad, C. Modelo arts.8 y 95 CGP arts. 8 y 100- asegura la inmediación de éste con las partes y con las pruebas y aleja las posibilidades de un actuar desleal.
j) la apelación y la adhesión no fundadas se rechazarán de plano, teniéndose por desistidos a los recurrentes (C. Modelo art. 223.1 in fine y CGP art. 253.1 in fine).
k) se le han impuesto al Tribunal los deberes:
    * de impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria (art. 5 inc.2);
    * de ordenar y dirigir el proceso debiendo prevenir y eventualmente sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso (art. 6);
    * de tomar todas las medidas necesarias para lograr la más pronta, eficiente y económica administración de la justicia (art. 9).

Los mencionados instrumentos, unidos a otros que en homenaje a la brevedad hemos omitido, han significado un importante avance en la moralización del proceso, ello se ha traducido en una mayor transparencia, en una sensible reducción de sus tiempos de duración, y en una más efectiva y eficiente administración de la justicia.

8.- EL DERECHO A LA EFECTIVA TUTELA JUDICIAL.

El derecho a la tutela judicial efectiva ha sido consagrado como un derecho fundamental por la Constitución española en su art. 24.1[46]. Nuestra Carta no lo ha recogido expresamente, pero ese derecho en tanto inherente a la personalidad humana y derivado de la forma republicana de gobierno, debe considerarse que está reconocido implícitamente por el art. 72 de la Constitución uruguaya.[47]

Para que el juez pueda otorgar esta tutela, aplicando correctamente la ley, necesita la prueba de los hechos litigiosos. En consecuencia, si el objetivo de todo proceso es que los jueces apliquen la ley a unos determinados hechos de cuya certeza deben estar convencidos, coartarles o restringirles de un modo absoluto la iniciativa probatoria supone una limitación a la efectividad de la tutela judicial en la aplicación de la ley y, a la postre, a la búsqueda de la justicia[48].

La experiencia comparativa demuestra que en los principales ordenamientos europeos (Francia, Suiza, Inglaterra y Alemania) –sobre cuyo carácter de-

46 Constitución española, art. 24.1: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

47 Cfe. Garderes , Santiago "La inembargabilidad de los bienes estatales y el derecho a la tutela judicial efectiva" RUDP 1/ 2006

48 Cfe. Pico i Junoy, Joan, "El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia…", ob. cit., p. 406 – 407.

mocrático no es sensatamente posible tener incertidumbre- se configura un rol activo del juez en la adquisición de las pruebas relevantes para la decisión sobre los hechos y que es infundado el temor de que el juez, ejercitando un rol activo, resulte por esto mismo parcial e incapaz de valorar correctamente el material probatorio que ha sido adquirido en el juicio también sobre la base de su iniciativa.

Indica Michele Taruffo[49] que: "Un sistema puede no inspirarse en la ideología del liberalismo del ochocientos, sin con esto dejar de ser democrático, y sobretodo sin resultar autoritario o totalitario sólo porque atribuye un rol activo al juez en la adquisición de las pruebas. Asimismo, con respecto a este propósito, es oportuno un uso cuidadoso de los conceptos; una cosa es el juez, potencialmente "activo" al integrar las iniciativas probatorias de las partes, inserto en un contexto procesal en el cual estén aseguradas las garantías de las partes en el ámbito de un sistema político democrático, mientras otra cosa completamente diversa es el juez inquisidor en un sistema político y procesal de estampa autoritaria. La primera situación es aquella que tiene lugar en los ordenamientos procesales modernos, en los cuales el principio dispositivo y las garantías de la defensa y del contradictorio son respetadas, pero el juez dispone de poderes más o menos amplios de iniciativa instructoria. La segunda situación no tiene lugar, en realidad, en ninguno de los ordenamientos europeos, ni en la mayor parte de los ordenamientos extra – europeos. La diferencia entre el juez "activo" y juez "autoritario" está confirmada por las circunstancias de que la función activa del juez en orden a la adquisición de las pruebas se configura claramente en forma integradora y supletoria de la actividad probatoria de las partes, con la consecuencia de que cuando éstas ejercitan acabadamente su derecho de producir todas las pruebas disponibles y, por consiguiente, proveen al juez elementos suficientes para la comprobación de los hechos – como frecuentemente sucede en la práctica- no hay ninguna necesidad que el juez ejercite sus poderes".

Y agrega más adelante el mismo autor, "Si se piensa en un "buen juez" capaz de ejercitar correcta y racionalmente sus poderes, entonces no hay razón para temer que él resulte parcial, e incapaz de valorar las pruebas, por el sólo hecho de que él mismo ha dispuesto o sugerido la adquisición. Sólo si se piensa en un juez incapaz y psíquicamente débil se puede temer que él pierda la propia imparcialidad en el momento en que decide sobre la oportunidad que una prueba ulterior se adquiera, o que no esté en grado de valorar una prueba en modo equilibrado sólo porque ha sido dispuesta por él".

Para finalizar, como lo ha señalado Joan Picó[50], no debe buscarse el garantismo sin tener en cuenta la función que cumple el proceso, ni tampoco la eficacia olvidándose de las garantías constitucionales del proceso.

49 Taruffo, Michele, "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa", en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año 6, Nº 10, 2007, publicación del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, ps. 305 – 340, en especial 324, 325, 338 y 339.

50 Pico i Junoy, Joan, ob. cit., p. 407.

El garantismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso, y la eficacia extrema puede propiciar la vulneración de las garantías básicas de la actividad del juez- con su deber de imparcialidad- y de las partes- con sus derechos a la defensa.

Por ello, el debate garantismo – eficacia o activismo no debe plantearse en términos de prevalencia de uno sobre otro, sino de compatibilidad, esto es, debe buscarse la máxima eficacia del proceso respetando las debidas garantías.

9.- LOS LOGROS ALCANZADOS EN EL URUGUAY CON EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.

9.1 – La inmediación en el proceso.

La efectiva inmediación del juez con las partes y con las pruebas y de las propias partes entre sí, ha posibilitado que en el proceso se logre una justicia más próxima a la realidad de las circunstancias de hecho, ya que el juez conoce con más profundidad y en mejor forma las cuestiones a decidir.

9.2 – La aceleración del proceso y la efectividad de las decisiones judiciales.

La aceleración de los procesos a partir de la vigencia del Código General del Proceso en el Uruguay (20 de noviembre de 1989) es una realidad tangible y ello resulta de los datos emergentes de las estadísticas de la Suprema Corte de Justicia.

A la abreviación de los procesos como resultado de la aplicación del método utilizado por el nuevo Código, debemos agregar la mayor efectividad de las decisiones jurisdiccionales, lo que se ha obtenido:

a) Como consecuencia de las facultades otorgadas al tribunal para aplicar conminaciones económicas y personales en cualquier etapa del proceso de ejecución, para lograr el cumplimiento de sus providencias (Código Modelo, art. 320; CGP, art. 374).
b) Con la facultad otorgada al ganador en el proceso, de poder solicitar la ejecución provisional de la sentencia de condena, prestando garantía (Código Modelo, art. 230; CGP, art. 260) para responder por los gastos judiciales y los eventuales daños y perjuicios que pudiera ocasionar a la parte contraria.
c) Con el derecho otorgado al ganador, de poder exigir el cumplimiento de una sentencia dictada en segunda instancia y que le fuere favorable, pese al recurso de casación interpuesto por el contrario, el que ya no tendrá efecto suspensivo, con lo que se evitarán las dilatorias maliciosas. El perdedor, por su parte, podrá evitar la ejecución mientras se tramita el

recurso de casación, prestando garantía suficiente para responder por los eventuales perjuicios que se le puedan irrogar a la contraria como consecuencia de la demora (Código Modelo, art. 245.1 y 245.2; CGP, arts. 275.1 y 275.2).

No obstante, es preciso poner de relieve, que aún el proceso de ejecución no es en nuestro país todo lo eficaz que debiera ser y, en tal sentido, será menester en el futuro introducirle las mejoras necesarias para lograr su mayor efectividad, siguiendo para ello los lineamientos ya trazados por las legislaciones más avanzadas.

9.3 – El mejoramiento de la justicia sin desmedro de la calidad de sus decisiones.

La aceleración del proceso y la reducción de los plazos de que disponen los magistrados para dictar sentencia, podrían hacer pensar en un posible desmejoramiento en el nivel de calidad de las decisiones.

Transcurridos casi veinte años desde la vigencia del nuevo Código podemos afirmar que ello no ha ocurrido y demuestra que el proceso por audiencias sirve para todo tipo de procesos tanto los simples como los más complejos.

9.4 – La justicia ha adquirido un rostro más humano.

La participación directa de los justiciables en el proceso, la presencia del magistrado en las audiencias escuchando las alegaciones de las partes, recibiendo la prueba, proponiendo medios conciliatorios, en fin, dirigiendo al proceso, ha tenido un efecto beneficioso respecto de todos aquellos que acceden al sistema de justicia que ahora lo ven como algo propio y que está a su servicio.

El Código General del Proceso uruguayo ha cumplido, en este aspecto, con la prédica de la más moderna doctrina procesal de la que Cappelletti ha sido su abanderado, de poner el acento en la perspectiva de los consumidores del servicio de justicia.

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DISPOSITIVO E INQUISITIVO EN LOS MODERNOS PROCESOS CIVILES POR AUDIENCIAS *

Luis María Simón[1]

SUMARIO: I.- *Por qué interesa examinar la aplicación de los principios dispositivo e inquisitivo en el proceso civil latinoamericano.* ***II.-*** *La actual visión latinoamericana de los principios dispositivo e inquisitivo.* ***III.-*** *Plena aplicación del principio dispositivo en la iniciativa del proceso y posibilidad de clausurarlo.* ***IV.-*** *El principio dispositivo en la aportación de hechos al proceso.* ***V.-*** *El principio inquisitivo en el* impulso *sucesivo.* ***VI.-*** *Los principios dispositivo e inquisitivo en la instrucción probatoria.* ***VII.-*** *Los límites de la iniciativa probatoria del Tribunal.* ***VIII.-*** *El principio dispositivo en la sentencia: la regla de congruencia.* ***IX.-*** *Reflexiones finales.-*

I.- POR QUÉ INTERESA EXAMINAR LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DISPOSITIVO E INQUISITIVO EN EL PROCESO CIVIL LATINOAMERICANO.-

Señala **Linn Hammergren** que *"desde comienzos de la década de 1980, los gobiernos, los líderes judiciales, las organizaciones de la sociedad civil y una serie de agencias de ayuda externa se han comprometido a realizar esfuerzos regionales para reformar las instituciones del sector de la justicia en Latinoamérica. Basados con frecuencia en movimientos iniciados décadas atrás, sanciones dirigidas al problema del desempeño sectorial y a las formas en que puede mejorarse, han introducido cambios*

1 Miembro de los Institutos Iberoamericano y Uruguayo de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Profesor Titular de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor Agregado de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Ministro del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno (Uruguay).
Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Organización de las Naciones Unidas

en el marco legal, la organización y los recursos presupuestales del sector en la mayor parte de los países; han generado un número creciente de programas de reforma que cuentan con ayuda externa, y han involucrado una serie de actores externos, regionales y nacionales en debates acerca del papel que deben jugar las entidades judiciales y otras del sector..." [2]

En el ámbito de la reforma legislativa del proceso civil[3], el más significativo índice de la tendencia general radica en la aprobación del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, por las XIas. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Rio de Janeiro, 1988), como culminación de una labor conjunta de los miembros del Instituto, comenzada ya en 1967 (en las IVas. Jornadas Iberoamericanas realizadas en Venezuela) y cristalizada en el proyecto diseñado por una Comisión integrada por los insignes Profesores uruguayos homenajeados en estas Jornadas, los Dres. Enrique Véscovi, Adolfo Gelsi Bidart y Luis Alberto Torello.

En el marco del panorama de reforma mencionado, se han elaborado – y continúan redactándose - múltiples proyectos de ley relativos al proceso civil [4], con mayor o menor inspiración en el Código Modelo para Iberoamérica; y han entrado en vigencia Códigos y Leyes [5] con similar inspiración, en distintos países; todos instaurando procesos civiles por audiencias, en ocasiones para todos los juicios "civiles" (en sentido amplio) y en otras, para ciertas especies procesales (v.g.: en materia de familia).

La mayoría de tales leyes o proyectos contiene un capítulo inicial o título preliminar donde se enuncian los principios generales que informan el régimen procesal establecido, aludiéndose usualmente al principio dispositivo,

2 * Este trabajo fue presentado en las XVIIIas. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal y publicado por FCU, Montevideo, setiembre de 2002.
Linn Hammergren, de USAID Global Center for Democracy and Governance, en *"Quince años de reforma judicial en América Latina: dónde estamos y por qué no hemos progresado más"*, pub. en *"Reforma Judicial en América Latina"*, ed. por Corporación Excelencia en la Justicia y Alfredo Fuentes Hernández, Santafé de Bogotá, abril de 1999, pág. 3.

3 Se emplea la expresión "proceso civil" en sentido amplio, comprensivo de procesos relativos a la materia civil en sentido estricto, comercial, laboral, de familia, contencioso-administrativa de reparación, concursal y cualquier otra temática no penal ni de menores infraccional.

4 Por ejemplo, el Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial para la Provincia de Buenos Aires elaborado por los Profs. Augusto Mario Morello, Roland Arazi, Isidoro Eisner y Mario Kaminker; el de la ciudad de Buenos Aires redactado por los mismos procesalistas; los Proyectos de Códigos Procesales Civiles de las Provincias argentinas de Mendoza y Chubut; el Anteproyecto de Código Procesal General de Guatemala, redactado por una Comisión integrada por el Prof. Mario Aguirre Godoy y los Dres. Roberto Aguirre Matos y el Licenciado Jorge Andrino, con la consultoría uruguaya de la Dra. Margarita De Hegedus; el anteproyecto de Código Procesal General de Costa Rica, redactado por los Dres. Ricardo Zeledón, Rodrigo Montenegro y Sergio Artavia; el de Código del Proceso Civil de Bolivia y el Proyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo en Venezuela.-

5 Código General del Proceso vigente en Uruguay desde el 20/11/1989; Código Procesal Civil del Perú desde julio de 1993; Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero de la Provincia argentina de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur desde agosto de 1994; Código Procesal Civil de la Provincia argentina de La Pampa desde febrero de 2001; Ley de Enjuiciamiento Civil de España desde enero de 2001; las reformas parciales del Código Procesal Civil de Portugal de enero de 1997, del Código Procesal Civil de Brasil en 1994 y del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en Argentina (Capital Federal y Fuero Provincial) de mayo de 2002; y del procedimiento sumario de asistencia familiar de Bolivia, desde 1997.

y también – sin nombrarlo – al inquisitivo, al regular las potestades del Juez (generalmente en materia de dirección, ordenación e impulso del proceso, por ejemplo).

Sucede que ambos principios son los que definen el modo de organizar los roles de las partes y del Juez en el proceso; su combinación trasunta una determinada concepción acerca de cuáles han de ser, en los pleitos, la actividad de los litigantes y la función del Estado (a través de su representante, el Juez); temas que en definitiva reflejan los valores, ideología y políticas sociales imperantes en la comunidad que diseña su forma de proceso.

Interesa por tanto determinar de qué manera las disposiciones concretamente adoptadas hacen efectiva la consagración de notas dispositivas o inquisitivas en el proceso civil, ésto es, precisar cuáles son los mecanismos legales cuya instrumentación permite vislumbrar la efectiva aplicación de esos principios, pues los mismos configuran claros índices de la modalidad de organización adoptada; y la comprensión de ésta facilita conocer la filosofía del régimen, y saber cuáles son los valores cuya consecución persigue el legislador; todo lo cual resulta esencial para la adecuada interpretación, integración y aplicación del sistema normativo, en el ámbito de un Estado de Derecho.-

II.- LA ACTUAL VISIÓN LATINOAMERICANA DE LOS PRINCIPIOS DISPOSITIVO E INQUISITIVO.-

Sabido es que en la actualidad, ningún sistema puede ser calificado como puramente dispositivo o netamente inquisitivo, pues la tendencia mundial es hacia la compaginación de ambos en la estructuración de procesos, de modo tal que en la realidad de los Derechos Positivos, los procesos serán predominantemente dispositivos o inquisitivos, pero no responderán en exclusividad a una sola de las categorías, porque siempre evidenciarán alguna nota propia de la antagónica.

Los procesos dispositivos o inquisitivos puros constituyen modelos teóricos, no reflejados en su plenitud en ninguna especie procesal concreta, sino solamente en fases o etapas de procesos, o aportando notas características a determinadas funciones procesales o soluciones normativas.

En teoría, un proceso regido por el principio dispositivo está organizado por *"...el señorío ilimitado de las partes, tanto sobre el derecho sustancial motivo del proceso litigioso, como sobre todos los aspectos vinculados con la iniciación, marcha y culminación de éste"*. [6] Las partes son las encargadas del grueso de la actividad procesal: de ellas depende no solamente el comienzo del proceso, mediante el planteo de los hechos a debatir y pretensiones sobre las cuales fallar, sino también el aporte de las pruebas para esclarecer esos hechos, el contínuo impulso

6 Cf. Véscovi, Enrique; De Hegedus, Margarita; Klett, Selva; Landeira, Raquel; Simón, Luis María y Pereira, Santiago, en *"Código General del Proceso – Comentado, anotado y concordado"*, Tomo 1, pág. 56, Ed. Abaco, Montevideo, julio de 1992.

del proceso a lo largo de todo su desarrollo, que pueden suspender o terminar en cualquier momento; reservándose al Tribunal únicamente una labor de control del ajuste de la actividad de los litigantes a las pautas establecidas por el legislador, y la final decisión del asunto propuesto, delineado e instruído exclusivamente por los interesados. La figura del Juez queda prácticamente limitada al momento final del proceso, donde se le confía la resolución, pero durante todo el desarrollo del juicio su papel se circunscribe a verificar que el mismo se lleve a cabo respetándose "las reglas del juego" [7], en actitud pasiva de observación y no activa de participación.

Para **Lino Enrique Palacio**, el principio dispositivo se define como *"...aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de los materiales sobre los cuales ha de versar la decisión del Juez. La vigencia de este principio se manifiesta en los siguientes aspectos: iniciativa, disponibilidad del derecho material, impulso procesal, delimitación del "thema decidendum", aportación de los hechos y aportación de la prueba."* [8]

Un proceso signado por el principio inquisitivo, en cambio, responde a las características contrarias: puede comenzar a iniciativa del Tribunal, a quien incumbe impulsarlo, introducir los hechos y obtener la prueba necesaria para adoptar decisión, suspenderlo o culminarlo en cualquier momento; con una actividad procesal centralizada en sus funciones y no en las partes o sus intereses privados, que permanecen completamente supeditados al superior interés público.

Puntualiza así **Enrique Véscovi**, con referencia al proceso inquisitivo, que *"...es el Tribunal el que lo inicia, averigua y decide con libertad, sin estar encerrado en los límites fijados por las partes"*. [9]

En pleno auge durante el siglo XIX (cuando se sancionó la mayor parte de la legislación procesal civil iberoamericana), la aplicación a rajatabla del principio dispositivo, representativo de una ideología de corte liberal e individualista a ultranza, condujo a soluciones contempladas como insatisfactorias por la sociedad civil, llegándose al extremo de convertir al proceso en un torneo de habilidad y astucia forense, lento, ineficaz e ineficiente, productor de una "verdad formal", alejada muchas veces de la realidad y de los intereses de los sujetos involucrados, así como de los intereses y valores sociales más relevantes, como los de justicia, certeza y paz social.

Paulatinamente, la doctrina fue advirtiendo que el proceso civil no sustancia cuestiones de exclusivo interés para las partes (aunque sean de predominante interés de ellas), sino que también se halla involucrado el cometido público esencial de brindar justicia mediante una sentencia que se corresponda con la verdad, cuya consecución únicamente puede lograrse si se asigna al

7 La expresión no es más que la traducción del inglés "the rules of the game", noción introducida por Roscoe Pound para las reglas de procedimiento y evidencia (prueba), en *"The causes of popular dissatisfaction with the Administration of Justice"*, U.S.A, 1906.

8 Cf. *"Manual de Derecho Procesal Civil"*, Tomo I, 10ª Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 77.

9 Cf. *"Manual de Derecho Procesal"*, pág. 62, Ediciones Idea, Montevideo, abril de 1991.

representante del Estado en el proceso (Juez) una mayor actividad, no limitada a observar pasivamente lo que hacen o no las partes, sino encaminada a obtener de éstas la necesaria colaboración para alcanzar fines y valores comunes, tutelados por el Derecho Objetivo, en cuya observancia está interesada toda la comunidad.

En un fenómeno prácticamente mundial, las legislaciones procesales civiles fueron introduciendo notas inquisitivas en los procesos civiles, diseñando en definitiva proceso mixtos, con características de las dos categorías en examen; como forma de atenuar los rigores y negativas consecuencias a que conduciría el dejar exclusivamente en manos de las partes toda la actividad procesal, a fin de evitar dilaciones e ineficiencias que en última instancia únicamente benefician a aquel que no tiene razón, desprestigiando la administración de justicia y dejando sin tuición efectiva al titular de los derechos ameritantes de protección estatal.

Particularmente desde la postulación filosófico-política de un Estado social de Derecho, se reclamó dotar a los jueces de mayores facultades y poderes en el proceso, para asegurar que, además de la adecuada contemplación de los intereses privados, el mismo persiguiera la satisfacción del interés público subyacente, asegurase un verdadero trato igualitario de los litigantes y un desarrollo ético de los procesos hacia sus modos naturales de culminación.

Naturalmente, tal postura requiere corregir los defectos de procesos puramente dispositivos a través de la introducción de notas tomadas del modelo inquisitivo, sin abandonar por ello la estructuración esencial en base al modelo tradicional, puesto que tampoco se propugna desconocer las bondades de un régimen afincado en la libertad y el reconocimiento de derechos fundamentales a los litigantes.

Así como un proceso puramente inquisitivo provocaría actualmente el rechazo técnico y popular, por su carácter autoritario, no contemplativo ni garante de un ámbito de libertad; un proceso exclusivamente organizado en base al principio dispositivo, tampoco reflejaría las aspiraciones sociales latinoamericanas, pues existe en la comunidad mundial contemporánea una tendencia hacia el activismo judicial, que conduce a rectificar los errores del último sistema mediante la dotación al juez de un rol más activo, sin perseguir autoritarismo, pero involucrando al Estado directamente en el desarrollo eficaz del proceso hacia una solución favorecedora de la realización de todos los intereses y valores en juego, no abandonado éstos a la mera actividad o inactividad de los litigantes.

Como señalan **Marcel Storme** y **Dagmar Coester-Waltjen** *"...ha devenido claro que la "justicialización" de nuestra sociedad ha hecho del juez, nolens volens, uno de los actores principales, si no el actor principal, de lo que se ha transformado actualmente en la parte más importante del proceso jurídico, la jurisprudencia. No olvidemos que el juez dice el Derecho (ius dicere) no solamente para las partes litigantes – lo que podríamos caracterizar como el microproceso – sino también para la*

sociedad toda. En este último caso podemos hablar de macroproceso..." [10]*; y "...podemos preguntarnos ...si esta distinción clásica* – entre el sistema inquisitorio y el dispositivo – *no ha sido ya en cierto modo reemplazada por un gran empuje mundial hacia un activismo judicial sin precedentes".* [11]

Se preguntan los autores últimamente nombrados: *"¿ No sería más próximo a las transformaciones actuales del derecho judicial decir que el litigio es cosa de las partes y el proceso – una vez desencadenado por las partes – es cosa del Juez ?"*; y retomando expresiones del procesalista mexicano Héctor Fix-Zamudio, indican que: *"Existe, por tanto, una tendencia vigorosa en los ordenamientos procesales de nuestra época hacia el otorgamiento de amplias facultades al juzgador para realizar una función activa de dirección del proceso, y por ello en la actualidad se considera que el juez asume el papel esencial de director del proceso."* [12]

El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, y el Código General del Proceso vigente en Uruguay, justamente reflejan esa versión moderna del principio dispositivo balanceado con el inquisitivo, producto del desarrollo del procesalismo en la región.

Por ende, corresponde examinar sus soluciones, a fin de determinar de qué manera concreta se manifiestan tales principios en las disposiciones adoptadas, y conocer qué actos, funciones o etapas quedan predominantemente regidos por una u otra orientación; de modo de saber cuál es, en definitiva, la aplicación específica de tales reglas que han hecho los dos cuerpos normativos citados, a los que se reducirá el análisis, por su representatividad en el ámbito latinoamericano, sin perjuicio de comentarse en particular alguna solución de interés que contengan otros proyectos o leyes de la región en la materia.-

III.- PLENA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO EN LA INICIATIVA DEL PROCESO Y POSIBILIDAD DE CLAUSURARLO.-

El art. 1º del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica [13] y el 1º del Código General del Proceso [14] proclaman la vigencia del principio dispositivo al comienzo y fin del proceso, puesto que confían a las partes el impulso inicial y la posibilidad de terminarlo unilateral o bilateralmente (v.g. a través de desistimiento por el actor, transacción entre ambos litigantes).

La norma del Código Modelo incluye también la posibilidad de iniciativa de oficio por el tribunal cuando exista autorización legal expresa, confirman-

10 Cf. *"El activismo del Juez"*, Relato general de los distinguidos Profesores de Gante y Munich para el IX Congreso Mundial de Derecho Procesal (Coimbra-Lisboa, agosto de 1991), pub. por la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 1991, pág. 405; traducción del francés por el ponente.

11 Cf. op. cit. en nota precedente, pág. 424.

12 ídem nota que antecede.

13 En lo sucesivo, "CM".

14 En adelante, "CGP".

do la vigencia de la regla dispositiva mediante la consagración de esta excepción.

La solución de principio recoge entonces el aforismo "nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio": la jurisdicción no se ejercita sin previa acción, la puesta en marcha del aparato estatal incumbe a los interesados, pues los procesos civiles (en sentido amplio) quedan sometidos a la regla de oportunidad (no son de necesaria existencia ni el Estado los comienza de oficio, sino que corresponde a la parte interesada optar entre someter o no la cuestión al mecanismo heterónomo de solución que es el proceso oficial).

Aún luego de poner en marcha el proceso, los interesados conservan la posibilidad de clausurarlo, a través de los llamados modos extraordinarios (diversos a la sentencia) determinando con su voluntad (expresa o tácita) el cese de la actividad jurisdiccional; estándole vedado al Juez ejercer su función si las partes, a pesar de haberla reclamado oportunamente, optan luego por prescindir de la búsqueda de la solución de autoridad propia de la sentencia.

A la posibilidad de disponer del proceso (comenzándolo o no, poniéndole fin en forma unilateral o bilateral) se agrega el dominio de las partes en punto a la facultad de disponer del objeto litigioso (disponibilidad del derecho material), con la consecuente eficacia refleja de lo sustantivo en el ámbito procesal.

De manera que la vigencia del principio dispositivo resulta plena en cuanto al impulso inicial del proceso y la posibilidad de clausura del mismo, así como en lo relativo a la disposición sobre el objeto sustantivo procesado; tratándose de áreas confiadas a la autonomía de la voluntad.

La regla tiene múltiples aplicaciones normativas posteriores, como por ejemplo, la reiteración, por los arts. 3 del CM y del CGP, de la necesaria promoción del proceso por las partes (impulso inicial), para que luego el tribunal pueda ejercitar el impulso sucesivo; la expresa regulación del derecho al proceso como poder jurídico de accionar, sujeto en su ejercicio a la invocación de interés y legitimación en la causa, contenida en los arts. 11 del CM y del CGP; el comienzo de todo proceso contencioso o voluntario a través de demanda o petición (arts. 298.1 CM y 338.1 CGP para proceso ordinario; 306 CM y 346 CGP con su remisión al ordinario, para el proceso extraordinario; 311 y 313 CM, 353 y 354 CGP para proceso ejecutivo y arts. 316 CM y 363 CGP para los demás procesos de estructura monitoria; 317 CM y 371 CGP para procesos de ejecución [15]; 333 CM y 402 CGP para procesos voluntarios en general; 363 CM y 472 CGP para proceso arbitral; etcétera).

Inclusive en procesos que evidencian un aumento de las potestades del Tribunal, como el de herencia yacente, el de incapacidad o el concurso civil, la promoción depende de la existencia de denuncia de interesados o legitimados (arts. 344, 346 y 357 CM; 429.1, 439 y 454 CGP).

15 Requiere por ejemplo la iniciativa de partes en la ejecución, el caso resuelto por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno en Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 4/2001, c. 607, pág. 616, Ed. F.C.U., Montevideo, marzo de 2002.

La regla dispositiva en la introducción de la instancia se reitera para el segundo grado, pues no existe apelación de oficio sino apertura de la segunda instancia por la actividad recursiva de partes (arts. 218, 223 y 227.2 CM; 248, 255 y 257.2 CGP); así como en la instancia de casación (arts. 242 CM y 272 CGP) y en el recurso extraordinario de revisión (arts. 254 CM y 284 CGP).

Similar solución existe para las diligencias preparatorias y procesos preliminares (arts. 272 CM y 306 CGP), procesos y medidas cautelares (arts. 274 CM y 311 CGP), conciliación previa (arts. 263 CM y 293 CGP) y proceso de jactancia (arts. 268 CM y 299 CGP).

Resultan escasas las excepciones a la aplicación del principio dispositivo en la promoción de procesos, pues la posibilidad extraordinaria de que un proceso civil sea comenzado de oficio por el tribunal queda limitada a la existencia de expresa autorización legal, que no es frecuente. Por otra parte, cuando existe interés público como para que el Estado comience por sí el proceso, generalmente se confía la iniciativa a órganos públicos distintos a los jurisdiccionales, como por el ejemplo el Ministerio Público, a fin de separar las calidades de parte y decisor. Así sucede, por ejemplo, en el proceso de incapacidad (arts. 346 y ss., CM; 439 y ss., CGP) y en Uruguay, en ciertos casos de pérdida de la patria potestad o nulidad de matrimonio (arts. 200 y 289 del Código Civil).

Pero puede citarse como excepciones algunos procesos en que la legislación sustantiva habilita al Tribunal a proceder sin previa iniciativa de parte, como ocurre en Uruguay con algunos procesos concursales en ciertas hipótesis (v.g.: arts. 1569 inciso 2º, 1553, 1572, 1582 y 1782 del Código de Comercio para la quiebra de comerciantes); o con la posibilidad de que en un proceso pendiente, el Tribunal comience de oficio el proceso de declaración de inconstitucionalidad de la ley eventualmente aplicable, provocando así la intervención del órgano competente (art. 518 CGP).

Asimismo, en algunos supuestos excepcionales, se habilita al Tribunal a adoptar cautelas por su sola iniciativa, como por ejemplo, en procesos de incapacidad, relativos a tenencia de menores o pérdida de la patria potestad (arts. 290 del Código Civil; 151 y 114 del Código del Niño; 350.3, 442 y 444 CGP; 310 numeral 3 y 347 CM).

También existe la posibilidad de que se plantee procesos incidentales de oficio, oyéndose a las partes sobre cuestiones relevables por el Tribunal (v.g.: la validez o nulidad del propio proceso, la eventual ausencia de presupuestos procesales, etcétera).

Finalmente, la plena vigencia del principio dispositivo en la posibilidad de culminación del proceso por acto de partes, con o sin disposición del objeto sustantivo en juego, se corrobora por normas relativas al desistimiento (arts. 199 y ss. CM, 226 y ss. CGP); perención o caducidad de la instancia (204 y ss. CM, 233 y ss. CGP); conciliación y transacción (arts. 196 y 267 CM, 223 y 297 CGP); etcétera.-

IV.- EL PRINCIPIO DISPOSITIVO EN LA APORTACIÓN DE HECHOS AL PROCESO.-

La introducción de hechos a la causa queda enteramente reservada a las partes, a través de sus actos iniciales de proposición (demanda, contestación) o de las escasas oportunidades posteriores en que ello les es admitido (v.g.: invocación de hechos nuevos).

El Tribunal abandonaría su rol imparcial si realizara aporte de hechos, porque durante el proceso no puede realizar afirmaciones fácticas, salvo que se trate de temas en que ambas partes estén contestes.

La solución, que es una consecuencia natural de la plena vigencia del principio dispositivo en la introducción de las instancias, se encuentra principalmente comprendida en las normas que regulan el contenido de los actos de proposición y sus efectos (arts. 110 numeral 4º, 114, 115 numerales 3º y 4º y 120 CM; 117 numeral 4º, 121, 122 numerales 3º y 4º y 130 CGP); en las que delimitan el objeto de prueba, restringiéndolo a los hechos invocados por las partes que resulten controvertidos (arts. 127 CM y 137 CGP); y en las que rigen la introducción de las instancias de apelación, casación o revisión, requiriendo a las partes la expresión de agravios o causales del recurso respectivo, como forma de diseñar el contenido de estas instancias (arts. 227.2, 242, 243 y 256 CM; 257.2, 272, 273 y 284 CGP).

Naturalmente, el Juez siempre puede seleccionar entre los hechos invocados por las partes aquellos que resultan más relevantes para fundamentar su decisión; así como buscar interpretación flexible de los actos de proposición [16], a fin de establecer si determinado hecho puede considerarse invocado, a pesar de no habérselo alegado en forma expresa, por su calificación como hecho secundario, derivado, consecuencial o implícito. Pero siempre ha de encontrar la invocación (expresa o tácita) del hecho en los actos de las partes; manejándose con extremado cuidado para no ser él quien resulte introduciendo un determinado hecho a la causa.

Inclusive le está vedado hacer caudal de los acontecimientos que conoce por su saber personal, o de aquellos que surgen del material probatorio recogido, si las partes no los alegan; admitiéndosele únicamente relevar los llamados "hechos de la experiencia" (pautas de experiencia media de las personas; arts. 131 CM y 141 CGP) y los "hechos procesales", ésto es, aquellos que ocurren en su presencia durante el proceso (v.g.: en una audiencia una parte admite un determinado hecho controvertido o se comporta de modo que luego fundamentará sanción procesal por conducta desleal u obstructiva).

También se ha sostenido la posibilidad de que el Juez releve hechos que constituyen la base del control sobre presupuestos procesales (v.g. relativos a la existencia de cosa juzgada o litispendencia), puesto que le compete el

16 Tendencia postulada, por ejemplo, por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno, en c. 488, pág. 384 de la Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 3/1997; Ed. F.C.U., Montevideo, abril de 1998.

contralor de oficio de la eventual verificación o ausencia de tales presupuestos (arts. 33 numeral 2º y 123 in fine CM; 24 numeral 2º y 133 in fine CGP); y los datos indicativos de la existencia de fraude o colusión en el proceso, porque le incumbe el poder-deber de investigarlos y eventualmente sancionarlos (arts. 33 numerales 9º y 11º y 64 CM; 24 numerales 9º y 11º y 54 CGP). [17]

En el campo del Derecho, en cambio, el Juez goza en principio de libertad, no estando constreñido por las postulaciones de las partes, o las calificaciones jurídicas realizadas por éstas, en virtud de la aplicación del principio iura novit curiae ("el Tribunal conoce el Derecho"), fórmula contraria a la propiciada en el Derecho Medioeval, que autorizaba, en caso de duda, a fallar non liquet, ésto es, manifestando no saber la solución (arts. 34.1 y 133 CM; 25.1 y 143 CGP).

Ello no obstante, la jurisprudencia ha impuesto límites al empleo del principio iura novit curiae por los Tribunales, indicando por ejemplo que no puede dársele alcance tan amplio como para permitir apartarse de la relación de hechos aceptados por ambas partes [18]; que su aplicación está habilitada siempre que el objeto del litigio se mantenga incambiado [19] y que no se lesione el derecho de defensa de los litigantes[20].-

V.- EL PRINCIPIO DISPOSITIVO EN EL IMPULSO SUCESIVO.-

Aunque las partes son las encargadas de promover el proceso, en aplicación del principio dispositivo, luego del impulso inicial que éstas realizan, el desarrollo de cada instancia instaurada por los litigantes se efectúa a impulso del Juez; pues la codificación procesal civil moderna no ha querido dejar abandonada la marcha sucesiva del proceso a la actividad o inactividad de partes, como sucedía en los regímenes propios del siglo XIX.

Así es que se consagra el impulso subsiguiente o sucesivo de oficio, en los arts. 3 CM y CGP, de idéntico texto.

La finalidad legislativa al incluir esta nota de inquisitividad en el desarrollo del proceso, se evidencia por la misma norma que estatuye el principio: se busca evitar la paralización y adelantar el trámite con la mayor celeridad posible.

17 Cf. Véscovi, Enrique; De Hegedus, Margarita; Klett, Selva; Cardinal, Fernando; Simón, Luis María y Pereira, Santiago en. *"Código General del Proceso – Comentado, anotado y concordado"*, Tomo 4, págs. 44 a 46, Ed. Abaco, Buenos Aires, abril de 1998.

18 Cf. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 4/2001, c. 580, págs. 613-614; Ed. F.C.U., Montevideo, marzo de 2002.

19 Cf. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno en Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 1/1992, c. 168, pág. 120; Ed. F.C.U., Montevideo, diciembre de 1992.

20 Cf. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º Turno en Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 3/1999, c. 440, pág. 497 y c. 189, pág. 459, Ed. F.C.U., Montevideo.

Por consiguiente, la sustitución del impulso sucesivo a cargo de las partes, por el impulso de oficio, responde a una necesidad de economía procesal y eficiencia en la administración de justicia (arts. 9 CM y CGP), acorde con los tiempos actuales; considerándose negativa la inercia de los litigantes, para los intereses particulares y generales, especialmente, por la potencial afectación de la duración razonable que ha de tener todo proceso (arts. 11.4 CM y CGP), que en muchos ordenamientos se considera integrante de la garantía del debido proceso. [21]

La regla del impulso de oficio se complementa con el establecimiento de preclusiones que permiten el pasaje automático del proceso de una etapa a la fase siguiente, sin necesidad de petición de los litigantes, generalmente merced a la perentoriedad de los plazos procesales (arts. 88 CM y 92 CGP); y constituye una consecuencia natural de la indisponibilidad de las normas procesales que usualmente consagran los diversos ordenamientos (arts. 16 CM y CGP).

También contribuye a facilitar su aplicación, el establecimiento de pautas de continuidad y contigüidad de las audiencias (arts. 96 CM y 101 CGP); y el diseño del régimen de notificaciones y demás comunicaciones procesales (en principio en la Oficina, en forma automática por el mero transcurso del breve tiempo estipulado para comparecer; en audiencia para todos los presentes o ausentes legalmente convocados; admitiéndose medios eficaces y céleres de comunicación, como el fax o el correo electrónico en ciertos casos; etcétera; arts. 82 y ss. CM, 76 y ss. CGP).

Asimismo, la nota inquisitiva del impulso de oficio es complementada por la asignación al tribunal de poderes de dirección y ordenación del proceso, sancionatorios de conductas obstructivas y habilitantes del rechazo de actos procesales dilatorios (arts. 2, 6, 33 numerales 7º, 8º y 11º, 313.4, 319.2 y .4, CM; 2, 6, 24 numerales 7º, 8º y 11º, 355.2, 373.2, 393.4, CGP).

La contemplación del principio inquisitivo en punto al impulso subsiguiente del proceso no es sin embargo absoluta, porque en el fondo, la solución continúa siendo dispositiva cuando ambas partes están de acuerdo, porque en esa hipótesis, pueden clausurar bilateralmente el proceso, como ya se comentó, u obtener su suspensión durante el lapso que determinen, como les garantizan los arts. 88 inciso 1º CM y 92 inciso 2º CGP.

De manera que, a pesar de atribuírse al Tribunal el impulso subsiguiente o sucesivo, las partes continúan conservando en su poder la llave que les permite clausurar el proceso o suspenderlo, bastando a tal fin con su sola voluntad bilateral.

La final preeminencia del principio dispositivo sobre el impulso de oficio, cuando existe acuerdo de partes, revela que en los procesos civiles continúa reconociéndose la prevalencia del interés particular por sobre el general; y

21 El derecho a un proceso de duración razonable se encuentra proclamado en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) vigente en muchos países de la región (art. 8.1).

ha llevado a los Tribunales a admitir en la práctica incluso suspensiones por tiempo indefinido (sin establecerse el plazo a que alude la normativa citada), puesto que si los litigantes así lo desearan, podrían acordar sine die sucesivas suspensiones por plazos determinados. La práctica tiene particular incidencia en la prórroga de audiencias, resultando común, por ejemplo, que se convenga postergar señalamientos, o prorrogar audiencias para mejor realizar actividades extraprocesales (conciliación, transacción) o intraprocesales (alegatos finales).

Todo ello puede llevar a desvirtuar el propósito legislativo de celeridad y economía procesal, por lo cual puede asistirse en breve a un replanteo de la cuestión, al menos desde la óptica del modo en que los tribunales están cumpliendo con la pronta y eficiente administración de justicia que les requieren las normas, que puede conducir a no considerar conveniente para los intereses de terceros o de la comunidad, la excesiva tolerancia en las dilaciones acordadas por las partes.

Debe tenerse presente que sin perjuicio de estarse a la conveniencia para los intereses privados de los litigantes, en punto a la posibilidad de suspensión, el interés público también puede estar siendo tutelado, desde que las soluciones acordadas son también protegidas por el ordenamiento jurídico y porque, en definitiva, la prolongación en el tiempo de las suspensiones no obsta a que pueda advenir la realización del valor paz social, ínsito en el instituto de la perención o caducidad de la instancia, que puede operar, aún con declaración de oficio, luego de cierto lapso de inactividad de partes; y provocar a su vez la incidencia de instituciones sustantivas como la prescripción extintiva, que responde al valor certeza; por todo lo cual, valores fundamentales del régimen procesal, en que está interesada toda la comunidad, igualmente podrían tener realización.-

VI.- LOS PRINCIPIOS DISPOSITIVO E INQUISITIVO EN LA INSTRUCCIÓN PROBATORIA.-

En materia de iniciativa probatoria y conducción de la prueba, los modernos procesos civiles (en sentido amplio) por audiencias, han abandonado la tradicional figura del juez espectador por la de un juez director, cuyas potestades probatorias no se limitan a las clásicas diligencias para mejor proveer dictadas al final de un proceso enteramente librado a las partes.

Como puntualiza **Roberto Berizonce**, *"en la valoración de las distintas actitudes que puede asumir el juez en la sociedad contemporánea, superado el modelo tradicional que lo concebía como instrumento meramente pasivo, vocero inanimado de la voluntad general, el denominado "activismo judicial" intenta responder a las reales*

y concretas exigencias de una sociedad globalizada, democrática, pluralista, dinámica y participativa" [22]

Señalan **Marcel Storme** y **Dagmar Coester-Waltjen** que el sistema mixto que combina elementos dispositivos (acusatorios) e inquisitivos es el más preponderante pues, *"... a justo título insiste sobre el hecho de que la búsqueda de la verdad es una obra común para la cual deben colaborar el juez y las partes"* [23] y concluyen que se avizora en el horizonte *"...una sola máxima común al mundo procesalista: la Kooperationsmaxime"* [24] (máxima de la cooperación).

La pauta de cooperación se encuentra claramente reflejada en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y en el Código General del Proceso uruguayo, que equilibran adecuadamente los roles de las partes y del Juez en la actividad probatoria.

Así, la aportación de pruebas incumbe en principio a las partes, a quienes se somete a un sistema de preclusiones en el ofrecimiento y producción, y de carga de la prueba, cuya existencia no tendría sentido si su inactividad pudiere ser siempre sustituída por la iniciativa probatoria del tribunal (arts. 110 numeral 4º, 111, 121, 127, 128, 129.1, 285.2 y 301 numeral 6º, CM; 117 numeral 4º, 118, 131, 137, 138, 139.1, 321.2 y 341 numeral 6º, CGP).

En forma complementaria de la actividad de partes, se asigna al Tribunal iniciativa probatoria (arts. 33 numerales 4º y 5º, 129.2, 182, 285.3 y 304.3, CM; 24 numerales 4º y 5º, 139.2, 193, 321.3 y 344.3 CGP) así como potestades de rechazo de medios de prueba inadmisibles, innecesarios, manifiestamente inconducentes o impertinentes (arts. 33 numeral 6º, 134 y 301 numeral 6º, CM; 24 numeral 6º, 144 y 341 numeral 6º, CGP).

Una lectura aislada del texto idéntico de los arts. 34.2 del CM y 25.2 del CGP, podría conducir a entender que dado que se responsabiliza al Juez por el no uso de sus potestades de averiguación de la verdad, la iniciativa probatoria del mismo podría llegar a sustituir, en cualquier caso, la actividad o inactividad de partes, realizándose de modo completamente ajeno a la conducta de los litigantes.

Sin embargo, el establecimiento de un sistema de carga de la prueba; de preclusiones para su ofrecimiento, producción y diligenciamiento; el hecho de que se mantenga el rol exclusivo de las partes en el aporte de hechos a la causa (ya comentado) y de que se exija un ajuste de la sentencia a las pretensiones y plataforma fáctica introducidos por los litigantes, en base al principio de congruencia (que se examinará ulteriormente); permiten concluir que la iniciativa probatoria del tribunal en la generalidad de los procesos civiles por audiencias no alcanza a transformarlo en un verdadero juez inquisidor, ni puede sustituir completamente la actividad o inactividad de las partes, co-

22 Cf. Roberto Berizonce: *"Recientes tendencias en la posición del Juez"*, en *"El Juez y la Magistratura – Tendencias en los albores del siglo XXI"*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, julio de 1999, pág. 58.

23 Op. cit. pág. 439.

24 Op. cit., pág. 486.

rrespondiéndose en puridad con una idea de complementación de la labor cumplida u omitida por los litigantes. [25]

A la misma solución lleva la distinción que los ordenamientos jurídicos realizan entre diferentes clases de procesos, a la hora de determinar las potestades probatorias del tribunal.

Así por ejemplo, en procesos relativos a menores e incapaces, y aquellos de la materia laboral, agraria y demás de interés social, tanto el Código Modelo como la legislación uruguaya confieren al Tribunal las potestades de instrucción propias de los jueces en el sumario del proceso penal, que sí son típicamente inquisitivas y absolutamente independientes de lo que hagan o dejen de hacer las partes (arts. 310 numerales 4º, 3º y 2º, CM; 350.5, .4 y .3, CGP). La asignación de poderes *"de instrucción"* (esto es, exclusivamente probatorios) propios de los jueces penales en una fase inquisitiva del proceso criminal como lo es el sumario en la mayoría de los regímenes latinoamericanos, constituye clara indicación de una tutela diferenciada en esa clase de procesos, distinta del común de los procesos civiles. [26] Ello permite advertir que ninguna necesidad habría habido de diferenciar las soluciones, si el juez del proceso civil común (no relativo a menores ni incapaces, ni a pretensiones laborales, agrarias o demás de carácter social) tuviere potestades verdaderamente inquisitivas, eventualmente sustitutivas de las de las partes, como el juez de los procesos alcanzados por especial tuición.

La solución consagrada con carácter general, entonces, viene a acompasarse con la que antiguamente era el común entendimiento para las diligencias para mejor proveer: posibilidad de complementar la prueba aportada por las partes pero no de prescindir de las cargas probatorias atinentes a ellas, ni de sustituírlas en forma total. Simplemente, con saludable criterio de economía procesal, teniendo presente la directa participación del juez a lo largo de todo el proceso (en virtud del principio de inmediación), se adelantó el momento para que el juez ejercitara su iniciativa, fijando como oportunidad ideal al efecto – de regla - la audiencia preliminar, en la misma ocasión en que el tribunal ha de pronunciarse sobre los medios de prueba ofrecidos por los litigantes.

Se atenúan así los rigores del excesivo apego al principio dispositivo en el proceso civil común, propio de la legislación anterior, donde tímidamente se confería potestades probatorias al tribunal, que en la práctica rara vez ejercía.

---

25 Esta idea de complementación ha sido postulada en jurisprudencia uruguaya anterior y posterior a la entrada en vigencia del Código General del Proceso, como por ejemplo la emanada de los Tribunales de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno (Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 4/1987, c. 745, pág. 501); 3er. Turno (Revista cit. Nº 2/1990, c. 705, pág. 329); 6º Turno (Revista cit., Nº 1/1992, c. 710 a 712, pág. 203 y Nº 3/1999, c. 188, pág. 459); 7º Turno (Revista cit., Nº 2-3/1994, c. 973 y 974, pág. 355-356).

26 El carácter pleno de la potestad inquisitiva de instrucción en estos procesos especiales ha sido reconocido por la jurisprudencia uruguaya, como por ejemplo, lo sostenido por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º Turno en c. 201 y 202, pág. 373 de la Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 3-4/1998, Ed. F.C.U., Montevideo; y c. 936, pág. 188 de Revista cit., Nº 1/1993.

La asignación de iniciativa probatoria al Juez se acompasa con el rol activo y directivo que le confiere en general el ordenamiento procesal, adecuándose cómodamente a la máxima de **cooperación** aludida por la doctrina. Bien puede afirmarse que tal faceta de la figura del Juez constituye el reverso del deber de colaboración impuesto a las partes, a quienes se requiere prestar su concurso a la Justicia para la mejor realización de las actividades procesales, particularmente las probatorias y decisorias (arts. 5, 22.2, 177.1 y .3 del CM; 5, 21.3, 189.1 y .3 del CGP); puesto que así como las partes han de cooperar con el Tribunal para que éste pueda cumplir sus cometidos, el mismo es dotado del poder de colaborar con éstas en la búsqueda de la verdad, y del deber de ejercitarlo toda vez que ello resulte útil para los fines del proceso, respetando las garantías del contradictorio y de la defensa.

La idea de cooperación entre las partes y el Juez en la instrucción probatoria, con adecuada combinación de notas dispositivas e inquisitivas, plasma así el modo de actuar dialogado y en reunión propio de los procesos por audiencias, que persiguen el concurso de los principales sujetos procesales para el cumplimiento de las funciones, bajo la égida del principio de buena fe y lealtad procesal, pilar capital de los regímenes que instauran esta especie de procesos, que impone no solo a los litigantes sino también al tribunal, un desempeño leal de colaboración para la consecución de los legítimos fines privados y públicos que todo proceso persigue.

Precisa el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er Turno que *"La facultad de los jueces ... de ordenar diligencias necesarias para el esclarecimiento de la verdad es ... una apertura o atenuación, en relación con el anterior ordenamiento adjetivo, del formalismo procesal en la búsqueda de la sentencia justa. Y en la búsqueda de ese resultado, corresponde tanto a las partes como al Juez, compartir una empresa común en la actividad probatoria...la valoración jurisdiccional supone en no pocas ocasiones... la aportación..."* [27]

Pero ello no significa que se haya abandonado completamente el principio dispositivo, ni que se haya adoptado un modelo inquisitivo para todos los procesos civiles, en punto a la prueba; porque lo último únicamente es cierto para ciertas especies procesales requeridas de tutela diferenciada, como las citadas ut supra, donde el interés público o social subyacente justifica la mayor intensidad de los poderes de instrucción asignados al tribunal.

Es que, como indica la doctrina requirente de activismo judicial, *"la justicia, debiendo ser el resultado de un conocimiento exacto y completo de los hechos de la causa, no puede depender de una visión totalmente desentendida"* [28]

Contra la asignación de potestades probatorias al tribunal, junto al reconocimiento de la iniciativa y cargas probatorias de las partes, no puede legítimamente argüirse en base a eventual violación de la imparcialidad o de

27 Cf. Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 4/2001, c. 250, pág. 561.
28 Cf. Marcel Storme y Dagmar Coester-Waltjen; op. cit., pág. 423.

la igualdad de tratamiento de los litigantes [29], pues como enseña **José Carlos Barbosa Moreira**, "*a diferencia de lo que sugiere una larga tradición, alimentada con las ideas típicas del liberalismo clásico, refractario a cualquier intervención del Estado en el juego de la "libre concurrencia", imparcialidad no significa indiferencia del juez respecto al resultado del proceso. El juez no puede dejar de tener interés en que su sentencia sea justa y, por consiguiente, en que la actividad procesal le suministre, cuanto posible, los medios necesarios para decidir bien. No sería razonable acusarlo de parcial por el solo hecho de que, ejerciendo los poderes otorgados por la ley, y respetando las garantías de la defensa, tome las iniciativas que le parezcan indispensables en miras a la aclaración de los hechos, aunque el éxito de las providencias de instrucción por él ordenadas venga a beneficiar, en definitiva, a uno de los litigantes. De lo contrario, también la abstención del órgano judicial, al fin y al cabo, comprometería su imparcialidad, en tanto y cuanto resultaría benéfica para la otra parte...*" [30] y "*... no se logrará jamás suprimir o reducir la desigualdad material de las partes sin que el órgano judicial asuma decididamente un papel más activo en el proceso.*" [31]

Como ha opinado el ponente con anterioridad, *"Pese a haberse levantado algunas voces que intentan descalificar la solución del Código Modelo, tildándolo de autoritario por la inclusión de amplia iniciativa probatoria del Juez* [32]*, las legislaciones inspiradas por el Modelo han sabido captar la realidad, y comprender que en puridad, la existencia de ciertas notas de inquisitividad no obsta en forma alguna al predominio fundamental del principio dispositivo en el comienzo, desarrollo y fin del proceso. Sucede que el régimen del Código Modelo y aquellos que lo siguen, simplemente intentan atenuar los rigores más severos de la aplicación a rajatabla del principio dispositivo, que conduce a la existencia de un proceso tan puramente liberal que reduce la igualdad que han de tener los litigantes a un mero postulado formal, sin base en la realidad, que evidencia en múltiples ocasiones desigualdades sustanciales, que en visión aristotélica de la equidad requieren un tratamiento desigual de los desiguales, y la concesión al Juez de mayores poderes, a fin de que pueda obtenerse la consecución de los objetivos del Derecho sustantivo en juego en cada litis . Asimismo, el excesivo apego al principio dispositivo en materia probatoria, lleva a la glorificación de la obtención de una verdad formal, que en esencia no cabe calificar de verdad; mientras la introducción de iniciativa probatoria del tribunal, más allá de la que corresponde a las partes y de la implementación de un sistema de onus probandi a cargo de las mismas, permite alcanzar de mejor manera los fines naturales de todo proceso, y particularmente, la*

29 En el mismo sentido igualitario, indicativo del carácter no sancionatorio ni beneficioso de la diligencia probatoria de las partes que cabe atribuir al ejercicio de iniciativa probatoria por el juez, se ha pronunciado el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno en c. 249, pág. 561 de la Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 4/2001.

30 José Carlos Barbosa Moreira, *"La igualdad de las partes en el proceso civil"*, pub. en Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 2/1987, pág. 118, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, agosto de 1987.

31 Idem, pág. 122.

32 El tema ha suscitado algún debate principalmente en la Argentina, pero la mayoría de los procesalistas de ese país y de los iberoamericanos, entiende que el rol más activo del juez no afecta las garantías de las partes, sino que, al contrario, tiende a posibilitar un proceso que en la realidad sea el debido, sin mengua alguna de las garantías esenciales de los litigantes.

efectividad de los derechos sustanciales implicados en el objeto litigioso. Por lo demás, ni el Código Modelo ni las disposiciones inspiradas en el mismo conciben la figura de un Juez inquisidor, limitándose a permitirle dirigir el proceso y ejercer iniciativa probatoria complementaria de la que se atribuye a las partes, dentro de los límites precisos demarcados por los actos de proposición de éstas, puesto que son ellas las únicas que pueden introducir los hechos a probar en la causa, ya que ello le está vedado al Juez, quien ha de ejercer sus potestades con respecto al objeto litigioso delineado por los litigantes, con estricto apego a las garantías del contradictorio y de la defensa, para resolver en definitiva sobre las pretensiones formuladas por las partes, en acatamiento del principio de congruencia, y contemplando las soluciones que el régimen de carga de la prueba indique para los casos de ausencia o insuficiencia de ilustración probatoria." [33]

VII.- LOS LÍMITES DE LA INICIATIVA PROBATORIA DEL TRIBUNAL.-

Además de las limitaciones resultantes de la ya comentada distinta intensidad otorgada a la iniciativa probatoria del tribunal en los procesos civiles comunes y en aquellos relativos a menores o incapaces, laborales, agrarios o demás de interés social, el poder probatorio del juez se encuentra sujeto a otras restricciones.

Así, únicamente puede ejercitarse sobre hechos que hayan introducido las partes y requieran ser probados por haber sido controvertidos, porque el principio dispositivo en el diseño del objeto del proceso y de la prueba, obsta a que pueda el tribunal aportar probanza sobre hechos que no estén comprendidos en dichos objetos, cuya demarcación no le incumbe sino que resulta de los actos de proposición de los litigantes. Es decir que, por la vía indirecta de introducir medios probatorios al proceso, no puede el juez realizar aquello que le está vedado por vía directa: el aporte de hechos o la delimitación del objeto de prueba. El respeto de los límites impuestos por el contradictorio opera en todos los procesos civiles, aún en aquellos donde las potestades de instrucción son plenas [34]

A su vez, el ejercicio de iniciativa probatoria por el tribunal no le habilita a introducir prueba inadmisible, impertinente ni inconducente (tampoco lo permite el régimen para las partes); ni a prescindir de las garantías de defensa de los litigantes, en cuanto a controlar tales requisitos en la prueba ordenada por el Tribunal, participar en la producción, ofrecer y producir contraprueba,

33 Cf. Luis María Simón en: *"La aplicación del Código Procesal Civil Modelo en Iberoamérica"*, Relato general para el Congreso Internacional de Derecho Procesal de mayo de 2002, en la Universidad romana "Tor Vergata", págs. 21 y 22.

34 Cf. Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er. Turno en Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 1/1991, c. 181, pág. 95 y Nº 3/1996, c. 200, pág. 473;

pronunciarse sobre la valoración, etcétera. [35] Una precisa contemplación de estas garantías de los litigantes ante la prueba incorporada por el Tribunal resulta por ejemplo del régimen de las diligencias para mejor proveer (arts. 182 CM; 193 y 194 CGP). [36]

La producción de prueba de oficio tampoco puede implicar desconocimiento del régimen legal de valoración de la prueba; involucrar empleo del saber privado del Juez; ni soslayar preclusiones operadas como sanción al litigante no colaborador o negligente[37], pues la jurisprudencia ya ha indicado que: *"El art. 24.4 del CGP no faculta al Juez a desconocer en su virtud el sistema de plazos, preclusiones y caducidades establecidas por el Código, que representa un régimen de garantías para las partes"* [38]; y que: *"No corresponde distinguir el mayor o menor alcance del poder-deber del Juez en la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes, cuando la ley adjetiva establece sanciones específicas a la conducta omisa de la parte interesada"* [39]. Constituiría ejemplo de esta hipótesis de inviabilidad de superar la omisión de partes y la preclusión, mediante el ejercicio de la iniciativa del tribunal, la aplicación de sanciones por la no presentación de documentos cuya agregación se intimó por una parte a su contraria, al amparo de los arts. 158 CM y 168 CGP; o el advenimiento de autenticidad por la no impugnación tempestiva de un documento privado emanado de las partes (arts. 160.2 CM y 170.2 CGP).

Tampoco resulta admisible para el Tribunal ordenar el diligenciamiento de aquellos medios de prueba cuya naturaleza revela la exclusiva iniciativa de los litigantes, como la declaración formal de parte mediante absolución de posiciones, donde la necesaria formulación de aseveraciones conspiraría contra el papel imparcial ínsito en la prestación del servicio jurisdiccional (arts. 140.1 CM y 150.1 CGP). [40]

Finalmente, el rito procedimental, en cuanto a las formas, oportunidades, requisitos y sistemas de valoración de la prueba, en tanto garantía para los litigantes, constituye siempre un límite infranqueable a la actividad probatoria del Tribunal, quien por ejemplo, no puede ejercitar su iniciativa de cualquier

35 Cf. Enrique Véscovi et alter, op. cit., Tomo 1, pág. 380.

36 El art. 364 ap. 3 inc. 2º del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial para la Provincia de Buenos Aires, impone al Juez anunciar en la audiencia previa o preliminar, las especiales exigencias probatorias a que se considere sometida alguna de las partes (v.g.: anuncio de la eventual aplicación del sistema de las cargas probatorias dinámicas, o de presunciones). Tal garantía resulta de árduo cumplimiento sin caer en el prejuzgamiento, porque la temática involucrada forma parte de la tarea de valoración probatoria propia de la sentencia definitiva, adonde se hace efectiva la regla de juicio en que consiste la carga de la prueba, ya que antes de esa oportunidad se ignora cuál será el resultado de la actividad probatoria.

37 Cf. Luis María Simón, *"El proceso laboral luego del Código General del Proceso"* pub. en Revista Judicatura Nº 40, Ed. F.C.U., Montevideo, agosto de 1999, pág. 202.

38 Cf. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº4/2000, c. 317, pág. 622 con cita doctrinaria de Enrique Véscovi y otros, en op. cit., Tomo 1, pág. 337.

39 Cf. Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno en Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 4/2000, c. 331, pág. 623.

40 Idem nota nº 36.

manera ni en cualquier momento, ni desconocer el legítimo derecho de las partes a intentar probar por los medios que ellas ofrecen, que integra la garantía del debido proceso. [41]

Por lo demás, en la mayoría de los procesos, el Juez habrá de obtener de la propia causa los datos o elementos imprescindibles para que pueda ejercitar su iniciativa, puesto que por imaginativo que sea su proceder, para disponer de oficio la agregación de un documento, la citación de un testigo o cualquier otro medio probatorio, primero ha de contar con datos mínimos que le permitan saber de la existencia y eventual utilidad de esos medios, que generalmente no pueden sino resultar de los actos de partes o del diligenciamiento de la probanza ofrecida por las mismas, respondiendo rara vez a la sola actividad del Juez desde su despacho. Podrá también requerirse informes a sujetos públicos o privados, pero si se cuenta con elementos que permitan saber a quién requerirlos y con qué contenido. Quizá pueda resultar más fácil, en el plano fáctico, acudir a medios probatorios típicamente propios del Tribunal, como la inspección de personas, lugares o cosas; o las pericias, cuando se advierta la necesidad de contar con auxilio técnico especializado para la oportuna adopción de decisión sobre los hechos debatidos. Es que, en última instancia, aunque quisiera el Juez ejercer su iniciativa probatoria en forma sustitutiva de las partes, le sería árduo lograrlo eficazmente, ya que por su ignorancia de los hechos a probar, por no haber participado en los mismos, generalmente ignorará también cuáles son los medios probatorios idóneos para acreditarlos, resultando imprescindible al efecto el concurso de los litigantes.-

VIII.- EL PRINCIPIO DISPOSITIVO EN LA SENTENCIA: LA REGLA DE CONGRUENCIA.-

Los modernos regímenes que instauran procesos por audiencias, mantienen la tradicional aplicación del principio dispositivo y su corolario de congruencia, en cuanto a los temas que el Tribunal ha de resolver en su sentencia; que se virtualiza a través de la prohibición de fallar más, menos o algo diferente de lo pedido (ultra, minus y extrapetita).

La regla tiene consagración en los arts. 184.2, .3 y .4 del CM, 197 y 198 del CGP, relativos a la forma y contenido de la sentencia en general; en los arts. 227.1, .2, .3 y .4, CM, 257.2 , .3, .4 y .5, CGP, para las sentencias de segunda instancia, referentes a la prohibición de reformatio in peius (no revocar en perjuicio del apelante si no existe agravio expuesto por otro litigante) y a la

41 Cf. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno, en el sentido que el Juez no puede, durante el juicio, imponer su criterio en punto a cuáles son los medios probatorios idóneos para acreditar los fundamentos fácticos de la pretensión, por ser ello tarea de la sentencia definitiva (Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 1/1993, c. 274, pág. 84). Cabe acotar que ello sí le está permitido en supuestos de manifiesta inconducencia del medio ofrecido (v.g. pretender probar por testigos la existencia de un negocio jurídico requirente de documentación como exigencia ad solemnitatem o ad probationem).

máxima tantum devolutum quantum appellatum (el agravio es la medida de la apelación); que restringen las posibilidades de decisión a aquellas cuestiones que hubieren planteado las partes.

Se complementa, en materia de casación y revisión, con el establecimiento de causales específicas que la parte ha de esgrimir para la introducción de estos recursos, y que son las únicas que el órgano jurisdiccional competente puede examinar; y en materia de declaración de inconstitucionalidad de la ley, con la imposibilidad de relevar normas constitucionales vulneradas, o preceptos violatorios, más allá de lo argumentado por los litigantes.

La aplicación plena del principio dispositivo en este aspecto, a través del principio de congruencia, constituye una garantía que se considera esencial para la defensa en juicio, pues evita que se sorprenda a los litigantes con decisiones apartadas del material de hecho debatido durante el curso del proceso.

Las pretensiones y resistencias de las partes, todas ellas, solamente ellas y nada diferente de ellas, han de ser objeto de decisión.

La jurisprudencia ha controlado el estricto acatamiento de este principio, repeliendo por ejemplo el planteo en segunda instancia de cuestiones que no hubieren sido objeto de debate en la primera y no tuvieren vía lícita de inserción en el grado[42]; corrigiendo los excesos judiciales por incursión en temática inhabilitada [43], o las omisiones por el no tratamiento de los puntos oportunamente propuestos por los litigantes [44].

Incluso en procesos en que parte de la doctrina sustantivista reclama dotar al Juez de la facultad de fallar ultrapetita, como por ejemplo el laboral o demás de interés social, la normativa y la jurisprudencia vedan tal posibilidad. Se entiende que las particularidades de los objetos de tales procesos resultan adecuadamente contempladas con el aumento de los poderes de instrucción del tribunal, y la protección de la parte débil admitiendo la modificación de la pretensión luego de haber sido contestada (si carencias ostensibles de información o asesoramiento han afectado a dicha parte y si se concede adecuada oportunidad de defensa a la contraparte), al amparo de los arts. 310 numeral 2º CM y 350.3 CGP. Pero se postula que habilitar el fallo ultrapetita determinaría un exceso de tuición y provocaría que el tribunal abandonara su rol imparcial, afectándose garantías esenciales de la defensa, sin que ello resulte necesario, en realidad, para la contemplación de la desigualdad de partes, ya atendida con soluciones como las referidas y demás que facilitan el acceso a la justicia.

42 Cf. Tribunales de Apelaciones en lo Civil de 1º y 6º turnos, y Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º Turno, respectivamente en Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 4/2000, c. 1238, pág. 761, c. 1243, pág. 762 y c. 1252, pág. 763; Ed. F.C.U., Montevideo, marzo de 2001.

43 Cf. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno, indicando que el empleo del principio iura novit curiae no puede implicar variar la base fáctica ni modificar el objeto de la demanda, en Revista cit. en nota precedente, c. 1302, pág. 771.

44 Cf. Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno, Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 4/2000, c. 1309, pág. 772-773; Ed. F.C.U., Montevideo, marzo de 2001.

Por ende, también en estos procesos como el laboral, la jurisprudencia realiza aplicación estricta del principio de congruencia, [45] que vuelve a reflejar, al final del proceso, la plena vigencia del principio dispositivo que se había exigido para la promoción del mismo.-

IX.- REFLEXIONES FINALES.-

A guisa de consideraciones conclusivas, corresponde indicar que:

1.- El proceso civil por audiencias regulado en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, en los Códigos nacionales y proyectos de leyes de la región en él inspirados (como el Código General del Proceso de Uruguay), continúa rigiéndose en forma predominante por el principio dispositivo, sin perjuicio de la introducción de algunas notas propias del principio inquisitivo en la estructuración de las distintas especies procesales; garantizándose la efectiva aplicación de los dos principios fundamentales aludidos, a través de las soluciones e instrumentos concretamente adoptados.-

2.- La aplicación del principio dispositivo se refleja principalmente en la promoción del proceso, apertura de cada instancia y posibilidades de las partes de suspenderlos o clausurarlos en cualquier momento; en la aportación de hechos a la causa y diseño del objeto litigioso, con facultades de disposición de los derechos sustantivos involucrados; en la conservación de un sistema de carga de la prueba que grava a los litigantes, y de la necesaria delimitación del objeto de la prueba en base a sus actos de proposición; y finalmente, en la determinación de los límites de la decisión judicial requerida, a través de la aplicación del principio de congruencia.-

3.- Las notas inquisitivas introducidas dicen relación fundamentalmente con el impulso de oficio del proceso, una vez que ha sido instaurado por los litigantes; para lo cual se dota al Juez de poderes de dirección y ordenatorios que implican abandonar el papel de mero espectador propio de los regímenes tradicionales; con la asignación de iniciativa probatoria al Tribunal, y de importantes potestades de contralor de la admisibilidad, conducencia, necesariedad y pertinencia de la prueba, para el eventual rechazo de la ofrecida por las partes, en ocasión de ordenarse el diligenciamiento de medios probatorios; tornándolo en partícipe activo y activista de la función de instrucción, dentro del objeto probatorio delineado por las partes, y de los límites establecidos

45 V.g.: Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º Turno en Revista cit. en nota precedente, c. 1314, pág. 773, en Anuario de Jurisprudencia Laboral 1992, c. 1626, pág. 390 y en Anuario cit. 1996-1997, c. 1742, págs. 664-665; Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er. Turno en Anuario de Jurisprudencia Laboral 1992, c. 473, pág. 293 y Anuario cit. 1994/1995, c. 89, págs. 36-37; Suprema Corte de Justicia en Anuario cit. 1996-1997, c. 1428, pág. 535.

para garantizar el debido proceso legal y la protección de los derechos de defensa inherentes a aquéllas.-

4.- El objetivo perseguido por la consagración de las notas inquisitivas reseñadas, en el seno de procesos predominantemente regidos por la orientación contraria, radica en atenuar los rigores del excesivo apego al principio dispositivo y eliminar las negativas consecuencias que podría provocar el dejar todas las funciones procesales exclusivamente en manos de las partes; pues se busca que el proceso pueda satisfacer, al mismo tiempo, los legítimos derechos e intereses que a ellas incumben, y los valores e intereses sociales y públicos subyacentes, tutelados por el Derecho Objetivo; en el marco de un Estado social de Derecho propio de los avances políticos, jurídicos y sociales de los países iberoamericanos.-

5.- El rediseño de la figura del Tribunal, y la dotación al mismo de poderes de dirección e instrucción, no reflejan en absoluto la instauración de un régimen procesal autoritario, sino que se mantiene la plena vigencia de las garantías esenciales de los litigantes; y esa asignación tiene por norte exclusivo la búsqueda de efectividad de los derechos sustanciales que ha de calificar a todo instrumento y actividad procesal; ya que *"el activismo del Juez es perfectamente conciliable con un activismo de partes conscientes y cooperadoras".-* [46]

6.- El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, y las legislaciones y proyectos normativos en él inspirados (como el Código General del Proceso uruguayo) alcanzan un adecuado equilibrio entre las notas dispositivas e inquisitivas con que se estructura el proceso civil moderno, entre los derechos de los litigantes y los poderes del Juez; permitiendo que, en un ámbito de leal cooperación entre las partes y el Tribunal, respetándose las libertades y garantías de la defensa de aquéllas, y, a la vez, el rol directivo y activista que se atribuye al último, se cumpla más eficazmente la modalidad de actuación dialogada y en reunión que caracteriza a los procesos por audiencias.-

46 Cf. Marcel Storme y Dagmar Coester-Waltjen, op. cit., pág. 486.

La introducción del material fáctico en el proceso civil

Delimitación y forma de las alegaciones[1*]

José Bonet Navarro[2]

Principales siglas, acrónimos y abreviaturas utilizadas

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
CE	Constitución española
CEE	Comunidad europea
CFPC	Código Federal de Procedimientos Civiles (*México*)
CGP	Código General del Proceso (Uruguay)
Cit.	Citado/a
CPCBA	Código Procesal Civil y Comercial de Buenos Aires (Argentina)
CPCDF	Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (México)
CPCE	Código de Procedimiento Civil (Ecuador)
CPCET	Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tabasco (México)
CPCMI	Codigo Procesal Civil Modelo para Iberoamérica
CPCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina)
CPCPA	Código Procesal Civil (Paraguay)
CPCPC	Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba (Argentina)
CPCPE	Código Procesal Civil (Perú)
CPCSF	Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe (Argentina)
CPCV	Código Procesal Civil (Venezuela)
ed.	Edición
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (España)
LJCA	Ley 29/1998, 13 julio, Reguladora Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (España)
LPCALE	Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (Cuba)
LPL	Ley de Procedimiento Laboral (España)
pág.	Página
PCPC	Proyecto de Código Procesal Civil (Chile)
RD	Real Decreto
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Ss	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
LO	Ley Orgánica

1 [*]El presente trabajo se enmarca en el tema de la ponencia general titulada "postulación y defensa" que se presentó en las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebrado en Santiago de Chile en agosto de 2010.

2 Profesor Titular de Derecho Procesal. Universitat de València (España). jbonet@uv.es

I. PRESENTACIÓN

El presente trabajo versa sobre la denominada genéricamente como "postulación". Esta cuestión, sin embargo, no viene referida a su ámbito o concepto más estricto, esto es, a las cuestiones relativas a la representación y defensa de las partes; sino que se centrará en la introducción del material fáctico en el proceso. Elemento fáctico que requerirá ser fijado para poder obtener una resolución favorable.

Constará de dos partes relativamente autónomas. La primera, la delimitación temporal de la introducción por las partes del elemento fáctico o de los datos que han de ser fijados, partiendo de la regla general de introducción en el momento de la demanda o de la contestación a la misma (o, de la reconvención o su contestación), se precisarán las diversas excepciones a dicha regla. La segunda se centrará en el aspecto de la forma, oral o escrita, con que se pondrán de manifiesto las alegaciones de las partes.

Ambas cuestiones tienen un indudable contenido técnico, si bien la relativa a la forma oral o escrita de las alegaciones se ha presentado tradicionalmente tan polémica que ha llegado a suponer incluso una cierta alternativa inconciliable en la que, en muchas ocasiones, parecía necesario adscribirse. Como veremos en estas páginas, y sin perder la perspectiva de la general conveniencia en mi opinión de la oralidad, actualmente parece adecuado mantener posiciones más pragmáticas o eclécticas, optándose por las soluciones que, atendidas las circunstancias concretas, puedan ofrecer puntualmente mejores resultados.

De otro lado, debo indicar que para la elaboración de este trabajo he partido del ordenamiento jurídico español, si bien contando también con la regulación del Proyecto de Código Procesal Civil chileno así como con esclarecedores y sugestivos informes nacionales elaborados por procesalistas expertos y de prestigio de Argentina, Cuba, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela[3]. A todos ellos quiero agradecer expresa y formalmente su desinteresada colaboración.

3 He contado con el apoyo de los siguientes procesalistas, autores de los informes nacionales: Argentina, Andrea A. Meroi; Cuba, Juan Mendoza Díaz; Ecuador, Juan Falconi Puig (con la colaboración de Verónica Hernández); México, José Ovalle Fabela; Paraguay, Rodolfo Duarte Pedro; Perú, María Elena Guerra Cerrón; Uruguay, Santiago Pereira Campos (con la colaboración de Clarisa Rodríguez); y Venezuela, Rodrigo Rivera Morales. Hago constar una vez más mi agradecimiento expreso a todos ellos por su tiempo y dedicación.

II. DELIMITACIÓN TEMPORAL PARA LA INTRODUCCIÓN POR LAS PARTES DEL ELEMENTO FÁCTICO EN EL PROCESO

1. Regla general

En el proceso civil, regido por la autonomía de la voluntad y con vigencia de los principios dispositivo y de aportación de parte, el elemento fáctico se introduce por las partes con carácter general en los actos iniciales del proceso[4]. Así lo aconseja la necesidad de estabilización del objeto del proceso para su resolución, el buen orden del proceso, la certeza, la brevedad procesal y la inviolabilidad de la defesa[5]. La introducción de elementos fácticos en momentos posterior ha de ser, a lo sumo, excepcional, para que pueda avanzar el proceso, evitando estancarse en alegaciones y contraalegaciones.

Así ocurre igualmente en el Código Modelo (arts. 110.4[6], 120 y 126 CPCMI) y en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos iberoamericanos, como el español. En éste, con toda la aparente rotundidad, se prevé que *"establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvención, las partes no podrán alegarlo posteriormente"* (art. 412.1 LEC 1/2000). En fin, el momento ordinario será la demanda, contestación y, en su caso, la reconvención y contestación a la misma en la práctica totalidad de los ordenamientos procesales. Es el caso entre otros del argentino (arts. 330, 356, 357 y 358 CPCN); cubano (art. 224 y 235.2 LPCALE)[7]; ecuatoriano (arts. 67 y 102 CPCE); paraguayo (art. 215.d), 235 CPCPA); peruano (arts. 424.3, 442.4, 445

4 Las últimas tendencias a fomentar soluciones antocompositivas, de eficacia que, en mi opinión, debería evaluarse, se materializan en algunos ordenamientos como el peruano introduciendo actos previos de conciliación necesarios para la admisibilidad de la demanda (art. 6 CPCPE). Esto provoca que el momento de introducción del material fáctico pueda adelantarse a estos intentos de conciliación extraprocesal. En el Perú, desde el 28 de junio de 2008, tras el Decreto Legislativo 1070 por el que se modifica la Ley de Conciliación, de manera "extraordinaria" se impone la introducción del material fáctico –siempre que la conciliación sea obligatoria, esto es, cuando se trate en general de derechos disponibles- mediante la solicitud de conciliación. Potenciación de esta vía autocompositiva que llega al extremo de establecer en caso de inasistencia de la persona invitada la *"presunción legal relativa de verdad sobre los hechos expuestos en el Acta de Conciliación y reproducidos en la demanda"* (art. 15 CPCPE).

5 Cfr, VÉSCOVI, DE HEGEDUS, KLETT, MINVIELLE, SIMÓN y PEREIRA, *Código General del Proceso. Comentado, Anotado y Concordado,* Tomo 3, pág. 227 (citado por PEREIRA en su informe nacional).

6 En el Código Modelo, además, junto a la demanda (y contestación por remisión del art. 121 CPCMI) habrán de acompañarse no solamente toda la prueba documenta (reseñando su contenido y lugar en que se encuentre si no se dispusiere de alguno de los documentos), sino incluso también el nombre y domicilio de testigos y de los demás medios de prueba de que intente valerse, hasta el punto de que *"sólo las pruebas supervenientes o las referidas a hechos nuevos o a los mencionados por la contraparte al contestar la demanda o la reconvención, podrán ser propuestas posteriormente"* (art. 111 CPCMI).

7 La introducción del material fáctico en Cuba se produce como regla general en la primera de las fases de su procedimiento, llamada "de alegaciones", que es el momento ordinario para la aportación del material fáctico y comprende, la demanda, contestación, reconvención, contestación a la misma, así como la réplica y dúplica. Al igual que en ordenamientos como el mexicano, se prevé

CPCP, se entiende que cuando no sea preceptiva la conciliación previa); venezolano (arts. 343, 364 y 868 CPCV); uruguayo, reflejado en la necesidad de que en dichos momentos incluso se proponga toda la prueba (arts. 117, 118, 130, 131 y 136 CGP); también el mexicano (arts. 255 fracción V, 260, fracciones III y VI, y art. 272 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; arts. 322, fracción III, 329 y 333 del Código Federal de Procedimientos Civiles[8]; y, entre otros, art. 204 fracción VII, 215, 219 y, en definitiva, art. 227 del Código de Tabasco[9]); y en el Proyecto de Código Procesal Civil chileno (arts. 231.4º, 232, 248.3, 250, 251, 313 y 316 PCPC).

Sin embargo, la regla general no impide que excepcionalmente puedan introducirse nuevos elementos fácticos. Así lo aconsejan diversos intereses[10]: el del demandante, para que se admita la modificación en cuanto haya podido alterarse el estado de hechos en el que se basó la pretensión (por ejemplo, porque se producen o se conocen hechos nuevos, o se encuentran documentos fundamentales); el del demandado, que comparte el mismo interés por cuanto pueda introducir hechos nuevos o desconocidos, si bien también le conviene que no se permita la modificación por parte del actor en cuanto dificulta su defensa; y también el interés público en lograr la economía procesal que pueda aconsejar tanto que se abran como que se cierren las oportunidades de alegación (si no se modifica, se favorece la simplificación, pero si modifica podrá prevenirse un eventual recurso ulterior)[11]; y, por último, el desarrollo suficiente de la contradicción puede aconsejar cierta apertura en las alegaciones. Por todo ello, a continuación, en el mismo art. 412.2 LEC, la antes citada regla general se matiza cuando advierte de que no podrá alegar posteriormente: *"sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias, en los términos previstos en la presente ley"*.

En diversos ordenamientos procesales, como hemos visto que ocurre en el español, puede establecerse no solamente la posibilidad de formular alega-

una ficta confessio sobre los hechos perjudiciales en caso de que no se confiesen o nieguen los hechos (art. 242 LPCALE).

8 La principal diferencia con el CDPDF se centra en que no se requiere en la demanda hacer constar el nombre de los testigos así como, sobre todo, las consecuencia del silencio o evasiva del demandado sobre los hechos pues, en este caso, la presunción no es *iuris tantum* sino *iuris et de iure*, al no admitir prueba en contrario (art. 330 CFPC). El art. 215 CPCET se limita a indicar que *"el silencio y las evasivas harán que se tengan por admitidos los hechos sobre los que no se suscitó controversia"*. Al no hacerse previsión expresa, como entiende Ovalle, la presunción será *iuris tantum*.

9 Prevé que *"los escritos de demanda y contestación, así como, en su caso, aquellos en que se haga valer la reconvención o la compensación y en los que se conteste a éstas, fijarán normalmente el debate"*. Nótese la expresión *normalmente* que evoca las excepciones y posibilidades de fijación ulterior.

10 Cfr. ORTELLS RAMOS, M., "Capítulo 13. Otros actos de alegación", en *Derecho Procesal Civil,* (con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA y MARTÍN), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 9ª ed., 2009, págs. 331-2.

11 Sobre este último, en la doctrina argentina, MEROI parafrasea a HITTERS ("Hechos nuevos, sobrevinientes, nuevos hechos y nuevos documentos", Revista Jurídica La Ley, 2008-B, pág. 998), para afirmar que las posibilidades de alegación de hechos nuevos o de nueva noticia en general hacen honor al principio de economía procesal, porque de no ser admitidos, se permitiría que los principios de formalidad o preclusión triunfen sobre verdad o bien habría que reeditar el proceso con los inconvenientes que ello acarrea.

ciones aclaratorias y complementarias, sino incluso autorizar, aunque sea con limitaciones, otras ampliatorias de hechos, y no solamente los determinantes de la satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto. Estas posibilidades se podrán actualizar, aunque no solamente, a través de la modificación de la pretensión antes de la notificación a la parte contraria de la demanda (o de la reconvención), lo que en principio no parece ofrecer mayores problemas de admisión[12], o incluso antes de que se produzca la contestación a pesar de haber sido ya notificada como ocurre en el Proyecto de Código Procesal Civil chileno (art. 235). Será así porque, en definitiva, las modificaciones previas al momento en que el demandado toma conocimiento de la pretensión, y hasta incluso –aunque con mayores dudas- antes de la contestación, no supondrán afección al menos significativa respecto del derecho de defensa y de la debida contradicción[13]. Otra cosa es que la ampliación deba inadmitirse, por razones procedimentales al carecer de trámite para dar traslado de la ampliación y por tanto no poderse garantizar el ejercicio del derecho de defensa y la contradicción. Todo ello sin perjuicio de que se consienta la dudosamente aceptable creación procedimental por el juzgador.

En esta misma línea cabe entender las aptitudes de introducción de material fáctico, básicamente aclaratorio, que derivaría de las posibilidades de subsanación de las irregularidades en los correspondientes actos de demanda, reconvención y contestación a todo ello, que se podrán producir también de oficio. Aunque pueda suponer que se dilate en el tiempo el trámite de admisión, ha de considerarse como una actividad ordinaria posterior en el tiempo, pues consistirá en definitiva en subsanar requisitos o presupuestos de los actos ordinarios aunque sea en un momento posterior[14].

12 Buen ejemplo de esta autorización es el art. 114.1 CPCMI, según el cual, *"podrá cambiarse la demanda antes de que haya sido contestada"* (con la mismas palabras incluso el art. 121 CGP uruguayo). Ello no obstante resultar dudoso dicho "cambio" en determinados procedimientos, como el monitorio, debido a su particular estructura. En el Paraguay, el art. 217 CPCP autoriza al actor a ampliar, modificar o retirar su demanda antes de su notificación. Y en la misma línea otros ordenamientos. Así, el peruano permite la modificación de la demanda y reconvención antes de la notificación (art. 428 CPCPE); y el cubano en el que se autoriza mediante los escritos de réplica y dúplica conformar progresivamente el objeto del proceso dentro de la fase de alegaciones, de modo que pueden modificar, ampliar o adicionar hechos (art. 241 LPCALE).

13 En ese sentido, el art. 235 PCPC prevé que *"estas modificaciones se considerarán como una demanda nueva para los efectos de su notificación, y sólo desde la fecha en que esta diligencia se practique correrá el término para contestar la primitiva demanda"*.

14 Con carácter general, el art. 112.1 CPCMI dispone que, presentada una demanda en condiciones que no se ajusten, entre otras, a las previsiones sobre la demanda, en la que se incluye la necesaria "narración precisa de los hechos y la invocación del derecho en que se funda y los medios de pruebas pertinente (art. 110.4 CPCMI), *"el Tribunal dispondrá que se subsanen los defectos en el plazo que señale, bajo apercibimiento de tenerla por no presentada"*. Con carácter especial, se contemplan estas posibilidades de subsanación en algunos supuestos, por ejemplo, en el art. 78.1 CPCPI, por el que, en relación con la determinación del domicilio *"el Tribunal mandará subsanar, en cualquier momento que la advierta, la omisión de este requisito. Si advertida no fuere subsanada, se tendrá por constituido el domicilio en los estrados a todos los efectos"*. Por su parte, en el Proyecto de Código Procesal Civil chileno se prevé que *"presentada una demanda sin cumplir con los requisitos formales previstos en la ley, el tribunal dispondrá que se subsanen los defectos en el plazo que señale, bajo apercibimiento de tenerla por no presentada*" (art. 236 PCPC).

De otro lado, también parece que permite ciertas oportunidades para introducir elementos fácticos a través de otras vías, más o menos indirectas, como las cuestiones incidentales, la acumulación de procesos, y hasta a través de las alegaciones de terceros intervinientes. Veamos una referencia a cada una.

2. Alegaciones aclaratorias, accesorias y complementarias

De entrada, parece razonable que el actor pueda formular alegaciones relativas al incumplimiento de requisitos procesales en la personación y contestación del demandado[15]. Pero también cabe autorizar, aunque sea limitadamente, la modificación de la pretensión procesal, así como, complementar y aclarar las alegaciones formuladas en la demanda y en la contestación sobre los hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes.

Aunque en el Código Modelo no se contiene una previsión específica o directa a las mismas (que sin embargo serán posibles al menos en lo referente al incumplimiento de requisitos procesales en la personación y contestación, o por vía de subsanación), sí se contiene referencias más o menos amplias en los diversos ordenamientos.

A) En el ordenamiento español

Quizá sea en el ordenamiento español donde se regule con mayor detalle estas cuestiones.

a) Alegaciones del actor relativas al incumplimiento de requisitos procesales en la personación y contestación del demandado

La audiencia previa característica del juicio ordinario español no sólo tiene por objeto debatir las defensas procesales del demandado o las cuestiones de naturaleza procesal, sino también las alegaciones del actor relativas al incumplimiento de requisitos procesales en la personación y contestación del demandado. Así, cuando el actor ponga de manifiesto en la audiencia defectos de capacidad o representación subsanables o susceptibles de corrección, se podrán subsanar o corregir en el acto; y si no, en plazo no superior a diez días. Igualmente, el actor puede aducir falta de claridad o precisión en la contestación (art. 424 LEC).

b) Alegaciones que implican modificación de la pretensión procesal o de las pretensiones procesales objeto del proceso

Aunque sea limitadamente, se autorizan alegaciones que introducen más pretensiones procesales o la modificación de elementos identificativos de las mismas, de modo que al final resulte una pretensión distinta.

El momento adecuado para ello es la ampliación de demanda y la reconvención que se realiza en contestación. Sin embargo, con posterioridad a la

15 Como igualmente es razonable que ante la alegación de defecto en el modo de proponer la demanda por el demandado, el actor pueda introducir las aclaraciones oportunas, sin modificar la pretensión (como prevé el art. 217 CPCP).

preclusión, pueden ser admisibles algunas tanto en el juicio ordinario como en el verbal.

El art. 426.2 y 3 LEC autoriza limitadamente estas alegaciones en el juicio ordinario cuando prevé que *"podrán las partes... rectificar extremos secundarios en sus pretensiones, siempre sin alterar éstas ni sus fundamentos… si una parte pretendiere añadir alguna petición accesoria o complementaria de las formuladas en sus escritos, se admitirá tal adición si la parte contraria se muestra conforme. Si se opusiere, el tribunal decidirá sobre la admisibilidad de la adición, que sólo acordará cuando entienda que su planteamiento en la audiencia no impide a la parte contraria ejercitar su derecho de defensa en condiciones de igualdad"*.

Se refiere a ambas partes, demandante y demandada. Puede decirse que son admisibles cuando consistan en una supresión o reducción de las pretensiones (es acto de disposición como la renuncia, desistimiento, allanamiento); y también si consisten en extensión o ampliación, cualitativa o cuantitativa, siempre que no altere la pretensión inicial, esto es, cuando aclaren, sean conexión o deducción.

Por su parte, en el juicio verbal no hay previsión específica para interponer la pretensión en momentos distintos a la demanda y la reconvención, sin que el art. 443 considere la posibilidad posterior de modificación. Sin embargo, en la vista serían admisibles las posibilidades de introducción en las mismas condiciones.

c) Alegaciones complementarias y aclaratorias de las formuladas en la demanda y contestación sobre hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes

La LEC también autoriza restrictivamente la introducción de alegaciones que, sin modificar la pretensión, alteran los hechos que fueron aducidos. Será así cuando supongan aclaración de alegaciones formuladas; o sean complementarias y vengan justificadas atendiendo lo que ha sido alegado por la parte contraria.

Aunque tampoco en el juicio verbal está prevista esta posibilidad, en realidad la previsión no es necesaria porque la carga de alegar los hechos se produce en el momento de la vista.

B) En otros ordenamientos procesales

La modificación de alegaciones se autoriza de forma heterogénea y con intensidad variable, casi siempre limitada.

En el argentino es posible modificar la demanda o ampliar la cuantía de lo reclamado antes de la notificación de la demanda (arts. 331 CPCN y 331 CPCBA). Incluso el Código de la Provincia de Santa fe dispone que los jueces *"podrán ordenar que el actor aclare cualquier punto para hacer posible su admisión"* (art. 131 CPCSF). Sin embargo, en estos códigos no existe previsión específica que autorice complementar o aclarar las alegaciones de demanda o contestación. Quizá sea posible alguna posibilidad a través de la estimación de la ex-

cepción procesal de defecto en el modo de proponer la demanda consecuencia de la cual se impone al juez *"fijar el plazo dentro del cual deben subsanarse los defectos"* (arts. 354.4 CPCN y 352.4 CPCBA). Por su parte, en los Códigos de las provincias de Córdoba y Santa Fe, aunque se parte de la regla general de invariabilidad de la pretensión, se contempla que el demandante "*podrá ampliar o moderar la petición siempre que para ello se funde en hechos que no impliquen un cambio de acción*" (arts. 179 CPCPC y 135 CPCSF). Sin embargo, tampoco permite específicamente complementar o aclarar las alegaciones de la demanda o contestación. Solamente de modo limitado la legislación cordobesa autoriza al demandado oponer excepciones perentorias hasta tres días después de la apertura de la prueba, fundándose en hechos que jure haber llegado recién a su conocimiento (art. 191 CPCPC).

En Ecuador, conforme al art. 70 CPCE, no se podrá cambiar la acción sobre la que verse la demanda después de contestada por el demandado, pero se podrá reformar antes de que principie el plazo probatorio. Previsión esta no contemplada para la contestación.

En el ordenamiento mexicano (arts. 257 CPCDF y 325 CFPC) se prevén algunas posibilidades de aclarar y subsanar carencias, y hasta incluso se autoriza al juez que conoce para que de oficio prevenga al actor que presenta demanda que considere oscura o irregular a los efectos de que la aclare, corrija o complemente dentro del plazo de cinco días. Todo ello en relación con los documentos que han de acompañarse al escrito de demanda (arts. 95 y 96 CPCDF) y con los hechos en que el actor funde su petición, que deberán encontrarse numerados y narrados, exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión (art. 255 CPCDF). El art. 15 CPCET otorga igualmente al juzgador que conozca de la demanda la facultad para prevenir al actor, cuando ésta no reúna lo requisitos del art. 204 o no se haga acompañar de los documentos previstos en el art. 205, para que subsane. Ahora bien, se precisa con toda claridad que el juzgador no podrá, bajo ningún motivo, referirse a hechos no expresamente contemplados en la demanda (art. 210 CPCET). En ambos casos, se trata de una posibilidad solamente prevista en relación con la demanda y no así para la contestación de aquélla, lo cual, como denuncia Ovalle con razón, *"constituye una clara violación al principio de igualdad de las partes en el proceso"*.

En Uruguay, conforme el art. 341 CGP las partes podrán aclarar aspectos *"oscuros o imprecisos a juicio del tribunal o de las partes"* que luzcan en sus correspondientes escritos de demanda, contestación, reconvención o contestación a la misma. Igualmente, en los alegatos finales, el art. 343.6 CGP igualmente autoriza al tribunal a solicitar las *"aclaraciones o precisiones pertinentes, sea durante el curso del alegato, sea a su finalización"*.

En Paraguay, aunque no están previstas legislativamente, suelen ser aceptadas cuando el juzgador ejerce sus facultades ordenatorias, con el fin de precisar la idea del actor y a los efectos de brindar precisiones de algunos datos, sin que importe la modificación o alteración del hecho (art. 216 CPCPA).

En Venezuela no se permiten alegaciones complementarias, salvo que se trate de cuestiones procesales. Se tratarán como cuestione previas en lo específico como defectos de forma, y cabrá subsanación.

En el Proyecto de Código Procesal Civil chileno en principio no se contempla expresamente este tipo de alegaciones. Sin embargo, cabrían ser comprendidas en el genérico ámbito del párrafo segundo del art. 325 PCPC, que permitirá todo tipo de alegaciones, incluso las ampliatorias de hechos, siempre que se cumplan las condiciones que el mismo precepto contempla: hecho nuevo, desconocido o sobreviniente, y con influencia sobre el derecho invocado por las partes en el proceso. Con todo, al regular el contenido de la audiencia preliminar, el art. 254.1º PCPC contempla entre sus objetivos ratificar la demanda y la contestación y, en su caso, la reconvención y la contestación a la misma, "*pudiéndose alegar hechos nuevos siempre que no modifiquen la pretensión o la defensa, así como aclarar su contenido si resultare oscuro e impreciso, a juicio del Tribunal o de las partes"*. Asimismo, en el llamado juicio sumario, conforme al art. 317 PCPC, la audiencia tendrá por objeto, entre otras cosas, *"1) Oír la relación breve y sintética, que harán las partes ante el juez, del contenido de la demanda, la contestación y de la reconvención que se haya deducido, en sus respectivos casos... 4) Determinar el objeto del juicio"*. Asimsimo, entre las reglas generales de vista de los recursos, conforme al art. 325 PCPC, en la audiencia se otorgará la palabra para que expongan los fundamentos del recurso y, a continuación, se volverá a ofrecer la palabra a todas las partes *"con el fin de que formulen aclaraciones que se consideren necesarias respecto de los hechos o de los argumentos vertidos en el debate"*.

3. Las alegaciones ampliatorias de hechos

Las alegaciones permitidas no se han de limitar a las anteriores, sino que también, aunque sea con condiciones y exigencias, cabe introducir otras alegaciones que permiten ampliar hechos[16].

El Código Modelo se muestra bastante permisivo siempre que los hechos sean nuevos (no queda claro si se incluirían también los de nueva noticia), con influencia sobre el derecho invocado por las partes (incluso en momento posterior a la conclusión de la causa, implicando que se podría introducir en la segunda instancia). Por supuesto, en tal caso se ha de conceder a la contraparte las facultades de contradicción y prueba correspondiente (art. 114.2 CPCMI). En los diversos ordenamientos, si bien con alguna excepción, suele

16 Cuestión distinta es que pueda autorizarse que la sentencia incluya en la condena cantidades correspondientes a prestaciones periódicas o intereses vencidos durante la pendencia del proceso. Posibilidad que en realidad no merece incluirse en la categoría de "ampliación" fáctica en cuanto que, como es razonable, suele condicionarse a la formulación de la oportuna reserva, advertencia o petición en la misma demanda Así ocurre, por ejemplo en el art. 428 CPCPE; y en la misma línea el art. 220 LEC, si bien parece que solamente se exige expresamente la solicitud previa del interesado *"en los casos de reclamaciones de rentas periódicas, cuando la acción de reclamación se acumule a la acción de desahucio por falta de pago o por expiración legal o contractual del plazo"*.

preverse específicamente esta posibilidad, con exigencia variable de requisitos. Veamos algunos ejemplos.

A) Posibilidades de alegación ampliatoria en el derecho español

En el derecho español, como también en otros ordenamientos, las condiciones son que los hechos hubieran ocurrido o sido descubiertos por la parte con posterioridad a la demanda o contestación, o incluso con posterioridad a otras oportunidades de alegación en el proceso en curso.

El control de los requisitos es riguroso. Según el art. 286.4 LEC 1/2000: *"el tribunal rechazará, mediante providencia, la alegación de hecho acaecido con posterioridad a los actos de alegación si esta circunstancia no se acreditase cumplidamente al tiempo de formular la alegación. Y cuando se alegase un hecho una vez precluidos aquellos actos pretendiendo haberlo conocido con posterioridad, el tribunal podrá acordar, mediante providencia, la improcedencia de tomarlo en consideración si, a la vista de las circunstancias y de las alegaciones de las demás partes, no compareciese justificado que el hecho no se pudo alegar en los momentos procesales ordinariamente previstos. En este último caso, si el tribunal apreciare ánimo dilatorio o mala fe procesal en la alegación, podrá imponer al responsable una multa de veinte mil a cien mil pesetas"*.

Los hechos que podrán ser alegados son aquellos determinantes de una nueva causa de pedir para la misma petición de tutela; y aquellos otros que, aunque no identifiquen la pretensión procesal por integrar su causa de pedir, sean relevantes para el sentido del pronunciamiento sobre ella por ser constitutivo, impeditivo, extintivo o excluyente. Con carácter general, no se permite introducir los que, por efecto de la litispendencia (art. 412 y 413 LEC), la sentencia no deba considerar.

Las posibilidades procesales de alegación y tratamiento procesal subsiguiente dependen del momento en que haya ocurrido el hecho o haya sido descubierto, así como del tipo de proceso declarativo que se esté tramitando. Veamos cada uno de los supuestos:

a) Juicio ordinario y hecho ocurrido o descubierto en un momento inmediatamente posterior a la demanda y contestación

Según el art. 426.4 LEC, *"si después de la demanda o de la contestación ocurriese algún hecho de relevancia para fundamentar las pretensiones de las partes en el pleito o hubiese llegado a noticia de las partes alguno anterior de esas características"*. En este caso la alegación del hecho habrá de producirse en la audiencia previa. Una vez introducido la otra parte tendrá la carga de manifestarse sobre la certeza del hecho, de modo que la proposición de prueba, si el hecho no es admitido, puede llevarse a efecto en el momento ordinario (al final de la audiencia previa).

b) Juicios ordinario y verbal, y hecho ocurrido o descubierto en actos de juicio o vista

Podrán alegarse los hechos ocurridos o descubiertos después de precluidos actos de alegación anteriores (demanda, contestación o audiencia previa). También la parte contraria deberá manifestarse en el acto mismo sobre el reconocimiento como cierto del correspondiente hecho. Si no lo reconoce, la prueba se propondrá y, siempre que sea posible, se practicará en el mismo acto (vista de juicio verbal o juicio del ordinario). De no ser posible, la práctica se llevará a efecto como diligencias finales.

c) Juicio ordinario y hechos ocurridos o conocidos tras el inicio de la práctica de la prueba en el acto del juicio

Pueden ser alegados en el modo previsto en el art. 286.1, 2 y 3 LEC, esto es, alegándolo de inmediato por escrito (ampliación de hechos). Del escrito de ampliación se dará traslado a la parte contraria para que, dentro del cinco días, manifieste si reconoce como cierto el hecho alegado o lo niega. Si el hecho nuevo o de nueva noticia no fuese reconocido como cierto, se propondrá y se practicará la prueba pertinente y útil en el modo previsto en la LEC sobre las diligencias finales. El límite de admisión es el inicio del plazo para dictar sentencia. La excepción a la preclusión del art. 271 LEC se refiere a la aportación de documentos de determinadas clases.

B) Posibilidades de alegación ampliatoria en otros ordenamientos

Las diversas legislaciones procesales civiles argentinas prevén en general la posibilidad de introducir hechos nuevos o de nueva noticia (se habla en el art. 260, inciso 5 CPCN de hecho que "*ocurriese o llegase a conocimiento de las partes*")[17], sin ni siquiera la necesidad en algunos casos de tener que justificar o acreditar la novedad o no haber podido tener conocimiento. Dado traslado a la otra parte del escrito de alegación, podrá ésta "*alegar otros hechos en contraposición con los nuevos alegados*". Incluso, aunque la citada norma establece un límite temporal para ello (hasta cinco días después de la audiencia prevista en el art. 360), éste deberá relativizarse en cuanto que el art. 163 inciso 6 CPCN, establece que "*…la sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos*".

Así se prevé en diversos ordenamientos como el de las provincias de Santa Fe (arts. 135, 136 y 369 CPCSF) y Córdoba, si bien en este último caso introduce algunos matices. En efecto, exige algún requisito adicional al hecho nuevo que ha de ser "*de influencia notoria*"; a la actividad de la parte, pues exige que "*juren no haber tenido antes conocimiento*"; y al tiempo, "*tres primeros días de la apertura a prueba*" (art. 203 CPCPC), y la contraria podrá "*proponer otros en la*

17 De otro lado, pone de manifiesto MEROI, con referencia a HITTERS (ob. cit.), que en la doctrina argentina se han formulado propuestas de distinción entre hechos nuevos (conectados con demanda o contestación e integrantes del objeto sin transformarlo); nuevos hechos (afirmados por el demandado o reconvenido y facultan a la parte contraria a producir prueba); y hechos sobrevinientes (constitutivos, extintivos o modificativos que surgen del expediente sin necesidad de alegación por la parte y que pueden ser considerados por el juez al sentenciar).

misma forma que aclaren o desvirtúen los articulados" (art. 204 CPCPC). Posibilidad de alegación que puede producirse la introducción del hecho "*ignorado antes, o posterior al plazo de prueba en la segunda instancia*", puesto que se autoriza su prueba en la alzada (arts. 369 CPCSF y 375, inciso 2ª a CPCPC).

Con todo, la interpretación jurisprudencial argentina, al exigir que los hechos guarden relación con la cuestión, tengan influencia sobre el derecho invocado y *prima facie* para influir en la decisión, parece que excluye la posibilidad de introducir hechos que modifiquen o transformen la pretensión, circunscribiéndolos a hechos que integren el objeto.

En el ordenamiento procesal cubano, como excepción a la regla de introducción del material en la fase de alegaciones, se permite introducir hechos sobrevenido o desconocido por la parte que lo alega (art. 239 LPCALE). En este último caso, como requisito formal, se exige que la parte debe protestar no haber tenido antes noticias del mismo[18]. Además, debe producirse en la fase probatoria, concretamente durante los diez primeros días dedicados a la proposición de las pruebas. Con el escrito de ampliación se presentarán las pruebas relacionadas con los nuevos hechos (sin referencia a la prueba de la novedad o desconocimiento del hecho). De esta aportación se dará traslado a las demás partes para que correlativamente aleguen.

Como elemento específico en el ordenamiento cubano, y, en palabras de Mendoza, con *"fundamento en el cometido de la actividad jurisdiccional en una sociedad socialista"*, se prevé la posibilidad que tiene el tribunal de introducir al debate cuestiones no alegadas por las partes, siempre que se den unas condiciones: hechos consecuentes o íntimamente relacionados con las pretensiones; los hechos se encuentren dentro de su competencia; que instruya a las partes de los nuevos aspectos, concediéndoles un plazo no mayor de seis días para alegar y proponer pruebas (art. 45 LPCALE). Lo que no prevé (ni existe precedente jurisprudencial que lo aclare) es el momento procesal en que podrá hacerse efectiva esta facultad, si bien parece que deba ser en la fase conclusiva del proceso. Con todo, como advierte Mendoza, en la práctica carece de toda virtualidad, pues los tribunales no hacen uso de esta facultad.

En México se otorga expresamente al demandado el derecho de oponer las llamadas "excepciones supervinientes" dentro del tercer día en que tenga conocimiento de los hechos (art. 273 CPCDF)[19]. Ante el mismo, jurisprudencialmente se interpreta este precepto, mediante criterio no vinculante, en el sentido de que, implícitamente y en virtud del principio de igualdad, está autorizando al actor para que amplíe hechos y cuestiones de derecho en que funda sus pretensiones, siempre que ello responda a una cuestión superveniente. En el art. 233 CPCET esta posibilidad se reconoce expresamente tanto al demandado como al demandante. Se sustanciará en la vía incidental, para

18 Como indica MENDOZA en su relato, *"se trata de un formalismo encaminado a exhibir la buena fe procesal, pero de poca utilidad y ningún medio de control"*.

19 Según este precepto *"las excepciones supervenientes se harán valer hasta antes de la sentencia y dentro del tercer día de que tenga conocimiento la parte. Se substanciarán incidentalmente; su resolución se reserva para la definitiva"*.

lo cual se concederá una dilación probatoria máxima de diez días (simultáneo o correlativo al plazo de prueba del proceso principal), todo ello para decidir en la sentencia definitiva. De otro lado, el art. 71 del CFPC autoriza, después de la admisión de la demanda y hasta antes de que se celebre la audiencia final de la primera instancia, que la parte actora presente por una sola vez una nueva demanda de ampliación sobre aquellas cuestiones en que haya sido omitida. En tal caso "*se observarán las disposiciones aplicables como si se tratara de un nuevo juicio*". Y correlativamente, se permite al demandado ampliar su contestación, por una sola vez, hasta antes de comenzar la fase de alegatos de la audiencia final del juicio para oponer excepciones o defensas supervenientes, de las que no haya tenido conocimiento al producir su contestación (art. 330 CFPC). Asimismo, el art. 77 del mismo CFPC, contempla que, cuando el tribunal resuelva no poder resolver una controversia sino conjuntamente con otras cuestiones no sometidas a resolución, lo hará así saber a las partes, "*para que amplíen el litigio a las cuestiones no propuestas, siguiendo las reglas ordinarias de la demanda, contestación y demás trámites del juicio*", incluso condicionado el deber de resolver a que lo hagan.

En Paraguay se reconoce a las partes la posibilidad de alegar hechos que no pudieron ser aducidos en los momentos procesales ordinarios, esto es, acaecidos con posterioridad o de los que no habían tenido noticia, siempre que tengan relación con la cuestión que se ventila, y con el límite máximo de seis días después de notificada la providencia de apertura a prueba (art. 250 CPCPA). Se regula un procedimiento de traslado a la contraparte, quien podrá allanarse u oponerse, sin aportar nuevos elementos; o alegando hechos nuevos en contraposición con los aducidos. En este último caso, *"quedará suspendido el plazo de prueba hasta la notificación de la resolución que los admita o los deniegue"*. En caso de recurso de apelación, también podrán alegar hechos nuevos ocurridos o conocidos después de las oportunidades antes vistas (art. 430 CPCPA). Correlativamente, al actor se le reconoce expresamente la posibilidad de presentar documentos de fecha posterior o anterior bajo juramento de no haber tenido antes conocimiento de ellos (art. 221 CPCPA), siempre relacionado con hechos denunciados en la demanda.

En Perú, aunque no se contempla expresamente la introducción fáctica, y al margen de lo que pudiera derivar de las posibilidades de prueba de oficio, indirectamente se reconoce en cuanto que se autoriza la prueba de hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir (arts. 429 y 440 CPCPE).

En Uruguay, sin perjuicio de cambio de la demanda antes de la contestación (art. 121.1 CGP), se autoriza la introducción de hechos nuevos (tanto ocurridos con posterioridad como los de nuevo conocimiento), siempre que el hecho sea influyente por tener relación con el objeto del proceso y tenga posibilidad de influir en su resultado; y cuando no suponga modificar la pretensión (arts. 121.2, 253.2.3, 341 y 350.3 CGP).

En Venezuela, No se regula expresamente, ni se autorizan. Y en el Proyecto de Código Procesal Civil chileno podrán introducirse, conforme al párrafo segundo del art. 325 PCPC, siempre que se trate de hecho nuevo, desconocido o sobreviniente, y con influencia sobre el derecho invocado por las partes en el proceso[20]. Preocupado, como no podía ser de otro modo, por el ejercicio del derecho de defensa por la contraparte, el mismo precepto citado concluye disponiendo que *"en todos los casos se concederá por el tribunal a la contraparte la oportunidad para ejercer sus facultades de contradicción y prueba correspondientes*". Asimismo, en el mismo Proyecto se exige que se trate de *"hechos nuevos que la parte no haya podido ni debido conocer con anterioridad"*, debiéndose practicar *"a más tardar será en la audiencia de juicio"*, si bien, tratándose de hechos nuevos expuestos por el respectivo demandado al contestar la demanda principal o la reconvencional, será *"hasta el quinto día hábil anterior a la fecha fijada para la audiencia preliminar*" (art. 234 PCPC).

4. Supuesto especial de alegaciones de hechos determinantes de satisfacción extraprocesal o de carencia sobrevenida de objeto

Se presenta como razonable autorizar la introducción de hechos que impliquen la satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto. En algunos ordenamientos, aunque no se regula, parece que la satisfacción extraprocesal serviría para provocar actos dispositivos como el desistimiento[21]. Y lo mismo ocurrirá con determinados modos de pérdida sobrevenida de objeto que, según los casos, podrá motivar un acto dispositivo o permitir la transformación de una eventual prestación específica de dar o hacer en otra genérica indemnizatoria[22].

En el derecho español la autorización es expresa. Según el art. 22.1 LEC *"cuando por circunstancias sobrevenidas a la demanda y a la reconvención, dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso, del demandado reconviniente o por cualquier otra causa, se pondrá de manifiesto esta circunstancia al tribunal"*. Parece claro que si el demandado cumple extraprocesalmente con la prestación solicitada en la demanda, o se produce, por ejemplo, una sucesión

20 En esa línea, el art. 348 PCPC, prevé que, en la segunda instancia no se admita prueba *"con la sola excepción de la documental que podrá aceptar el tribunal ad quem, siempre que en su concepto resulte verosímil el hecho que la parte que la presenta no haya tenido conocimiento de ella con anterioridad o no haya podido presentarla en la oportunidad legal correspondiente"*.

21 Es el caso del ordenamiento cubano que sigue el dictado que en esta materia heredó de la derogada LEC española (art. 652 LPCALE). Como particularidad, el tribunal puede en este supuesto como también en el de transacción, previo traslado al fiscal, decidir que el proceso continúe, siempre que la decisión de desistir sea contraria al interés social o a los derechos de terceros (art. 652 LPCALE). Así y todo, como advierte MENDOZA, se trata de una "variable de nula utilización práctica en la realidad cubana, pero que denota la misión que se le concede al tribunal en una sociedad socialista".

22 En derecho uruguayo algunos supuestos de pérdida sobrevenida de objeto son reconducidos a su eventual transformación a petición dineraria conforme a las normas del proceso de ejecución de sentencia (arts. 397 a 399 CGP).

entre actor y demandado en cuanto a constitución de servidumbre por la que se confunden los derechos, este tipo de circunstancias podrán ser alegadas en cualquier caso. Por supuesto, sólo se permite cuando impliquen satisfacción extraprocesal de la pretensión o pérdida sobrevenida de interés legítimo en obtener la tutela, no si los hechos tienen otra eficacia.

Precisamente esta eficacia en estos hechos justifica que su introducción tenga singularidad propia respecto incluso de otros supuestos con los que pueda coincidir en cuanto sean también hechos nuevos o de nueva noticia. Esta singularidad se pone de manifiesto incluso cuando su alegación no se somete a límites temporales, pues cabrá incluso cuando el proceso se encuentre en plazo para dictar sentencia.

Pero en los ordenamientos iberoamericanos no es nota común una previsión expresa sobre estos puntos. A lo sumo, podrán introducirse y ser eficaces a través de los llamados "modos de terminación anormal del proceso". En efecto, el Código Modelo, en su art. 1 dispone que "*las partes podrán disponer de sus derechos en el proceso, salvo aquellos indisponibles y podrán terminarlo en forma unilateral o bilateral de acuerdo con lo regulado por este Código*". Esto permite, sin duda, poner fin al proceso a través de la renuncia, desistimiento, allanamiento o transacción, y, aunque pueda resultar similar o tener similares efectos (habría que ver si también en relación con la condena en costas, que sería el punto con mayor relevancia práctica), no es exactamente lo mismo que introducir hechos consistentes en la satisfacción extraprocesal o pérdida sobrevenida de objeto. Asimismo, en el derecho argentino, cabe introducirse de modo indirecto a través de la genérica previsión de los arts. 163.3 CPCN y CPCBA, que permite a la sentencia *"hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos y extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos"*. La legislación cordobesa reconoce también a la sentencia de segunda instancia hacer mérito de estos hechos (art. 332, inciso 1 CPCPC. En cualquier caso la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reiterado que *"no corresponde que la Corte dicte un pronunciamiento cuando circunstancias sobrevivientes hacen inoficioso decidir la cuestión materia de la litis"*. Por su parte, en el derecho peruano parece que se cuenta con ciertas posibilidades indirectas de introducción de estos hechos a través de la denominada "conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo" que incluiría figuras como la transacción, desistimiento o conciliación intra procesal (art. 321 CPCPE).

Sin embargo y al margen del reconocimiento más o menos expreso de la posibilidad de transacción, no se contiene previsión específica. Así ocurre, entre otros, en el derecho ecuatoriano, mexicano, paraguayo, venezolano o uruguayo.

Se pone de manifiesto la necesidad de regular una expresamente en general las llamadas prestaciones futuras no solamente periódicas, por daños, pérdidas o menoscabos en el objeto mediato de la petición.

5. Otras posibles vías de introducción fáctica

A) Cuestiones incidentales

Este tipo de cuestiones suelen encuadrarse sistemáticamente entre las llamadas "crisis procesales" o considerarse como "desarrollo anormal del procedimiento". Así y todo, constituyen alegaciones o temas con determinadas características que las partes plantean para que el órgano jurisdiccional las resuelva[23], de modo que permiten introducir elementos fácticos.

Con todo, la demanda incidental y su contestación si bien implican, *ad extra* o respecto de la demanda principal, la posibilidad de introducir hechos más o menos autónomos, producirán, *ad intra* o respecto del procedimiento incidental, los efectos preclusivos propios de toda demanda o contestación. En general, las cuestiones incidentales se inician mediante escrito de demanda incidental, con las características generales propias de la demanda principal, con posibilidades suspensivas limitadas.

Sin perjuicio de algunas posibilidades de formulación oral, así ocurre en principio en el Código Modelo, al menos en cuanto a lo que se refiere a las posibilidades de alegación (arts. 282 a 286 CPCMI sobre aspectos generales[24]; con regulación específica para determinados incidentes especiales sobre acumulación de autos (arts. 287 y 288); recusación (arts. 289 a 290); contienda de competencia (art. 292); y rendición de cuentas (art. 293 todos ellos de CPCMI).

También en el Proyecto de Código Procesal Civil chileno podrán plantearse como tales la "*cuestiones accesorias al asunto principal, que tengan conexión con éste y requieran un pronunciamiento especial*" (arts. 124 a 130 PCPC)[25]; y también contiene una detallada regulación de incidentes especiales sobre cuestiones

23 Por lo que se refiere al derecho español. Según el art. 387 LEC 1/2000, *"son cuestiones incidentales las que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso"*. Asimismo, el art. 391 de la misma, hace referencia a algunas "cuestiones incidentales", referidas a "*1.º A la capacidad y representación de cualquiera de los litigantes, por hechos ocurridos después de la audiencia regulada en los artículos 414 y siguientes. 2.º Al defecto de algún otro presupuesto procesal o a la aparición de un óbice de la misma naturaleza, siempre que hayan sobrevenido después de la audiencia prevista en los artículos citados en el número anterior. 3.º A cualquier otra incidencia que ocurra durante el juicio y cuya resolución sea absolutamente necesaria, de hecho o de derecho, para decidir sobre la continuación del juicio por sus trámites ordinarios o su terminación"*.

24 Según el art. 282 CPCMI, *"corresponde tramitar por vía incidental, las cuestiones diferentes de la o las principales, dependientes en su formulación y ordenadas en su decisión a las mismas, siempre que no proceda, a su respecto, otro medio de tramitación"*. Asimismo, según el art. 283 del mismo CPCMI, *"el incidente, como regla, no suspende el trámite de lo principal, salvo si la ley o el Tribunal así lo dispusieren, por entender que resulta indispensable para el adecuado diligenciamiento de aquel"*.

25 Como particularidad, puede destacarse que el art. 128 PCPC prevé que *"la parte que haya promovido y perdido dos o más incidentes en un mismo juicio, podrá ser obligada por el tribunal a no promover ningún otro sin que previamente consigne en la cuenta corriente del tribunal la cantidad que éste fije… El incidente que se formule sin haberse efectuado previamente el depósito fijado, se tendrá por no interpuesto, extinguiéndose el derecho a promoverlo nuevamente"*. Incluso, *"…podrá imponer personalmente al abogado o al mandatario judicial que lo hubiere promovido por vía de pena, una multa a beneficio fiscal de una a diez unidades tributarias mensuales, siempre que estimare que en su interposición ha existido mala fe o el claro propósito de dilatar el proceso"*.

de competencia (arts. 131 a 133 PCPC); implicancias y recusaciones (arts. 134 a 147 PCPC); declaración del privilegio de pobreza (arts. 148 a 153 PCPC); desistimiento (arts. 154 a 158 PCPC).

Y similar ocurre en la mayoría de los ordenamientos, en los que los incidentes suelen ser objeto de una regulación más o menos sistemática. Así, por ejemplo, en derecho argentino se prevé en los arts. 175 a 187 CPCN y CPCBA, arts. 426 y ss CPCPC y 326 y ss CPCSF; en derecho cubano, arts. 54 y ss, 454 y ss LPCALE; en derecho mexicano, arts. 77 CPCDF, 359 y 369 CFPC, 372 a 379 CPCET; en derecho paraguayo, arts. 180 a 191 CPCP; o en derecho uruguayo, arts. 320 y 321 CGP.

Por su parte, en el derecho venezolano se autoriza genéricamente la posibilidad de alegar por vía incidental cuando proceda por necesidad del procedimiento (art. 607 CPC). Norma que, no obstante su carácter genérico y de las excesivas posibilidades discrecionales que aconsejan una regulación más detallada, parece que tiene potencialidad para introducir hechos sobrevenidos. También con escasa regulación, se contienen referencias en el derecho ecuatoriano en los arts. 273 y 844 CPCE.

B) La intervención de terceros y sus alegaciones

Otra vía para eventual introducción de hechos en momentos distintos a los ordinarios viene de la mano de la posible intervención de terceros y de las alegaciones que formulen[26]. La mera posibilidad de alegar que corresponde al tercero ya está implicando la apertura de ampliación o modificación fáctica, especialmente significativa en la hipótesis de que se produzca con posterioridad a las partes iniciales o principales.

En el Código Modelo estas facultades están reconocidas con suma amplitud. Los terceros, en general, podrán intervenir en el proceso conforme a los arts. 58 y 59 CPCMI. La forma de solicitud, en su caso, se ajustará a la forma de la demanda y, lo que es más importante, "*la intervención sólo podrá producirse en la instancia hasta la conclusión de la causa para sentencia; la excluyente sólo en la primera instancia, la coadyuvante y litisconsorcial también durante el curso de la segunda instancia*" (art. 60 CPCMI).

Sin embargo, las posibilidades de introducción fáctica por el interventor no suelen ser tan amplias en los diversos ordenamientos iberoamericanos. Así, en el derecho argentino no parece que tengan muchas posibilidades de alegación cuando se prevé que "l*a actuación del tercero será accesoria y subordinada a la parte a quien apoyare, no pudiendo alegar ni probar lo que estuviese prohibido a ésta*" (art. 90, inciso 1 CPCN). Si con ello no fuera suficiente, en el ordenamiento procesal de la provincia de Córdoba, además de advertir que el tercero tendrá las mismas posibilidades que la parte principal, se precisa que su intervención se producirá "*sin retrotraerse o suspenderse el procedimiento*" (art. 423 CPCPC).

26 En ocasiones, como ocurre con el art. 492 CPCE, la reclamación del tercero ha de sustanciarse como incidente.

En el derecho cubano la intervención de los terceros se concreta en dos momentos: durante la tramitación del proceso y antes que se dicte la sentencia o incluso una vez dictada sentencia si alguna de las partes solicita que se le notifique a efectos de recurso (arts. 93 y 97 LPCALE). Sin embargo, se prevé que en ningún caso la admisión de un tercero en el pleito traerá como consecuencia la retroacción del proceso.

En el derecho español se prevé que los terceros puedan alegar lo que requieran en su defensa, que no hubiere podido alegarlo por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso, con traslado a partes por término de tres días (art. 13.3 LEC). El problema interpretativo que plantea el citado precepto es que previamente, en su punto segundo, advertía de que *"admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones"*. Aunque la solicitud de intervención en principio no es causa de suspensión del proceso, se producirá cuando al presentarse ésta todavía existía la posibilidad de formular alegaciones iniciales. En tal caso, al ser estimada, al menos deberá concederse al interviniente la posibilidad de formular aquellas alegaciones, sin las limitaciones que afectan a las referidas antes alegaciones aclaratorias, complementarias y ampliatorias de hechos; además de que pueda formular alegaciones de ese tipo con las citadas limitaciones. Ahora bien, estas posibilidades de alegación no suponen que el tercero tenga aptitud para la supresión, reducción, extensión o ampliación de las pretensiones procesales, en cuanto que no han sido interpuestas por el tercero, ni tiene poder de disposición sobre ellas.

En el derecho mexicano, conforme al art. 22 bis CPCDF, el tercero llamado a juicio podrá contestar a la demanda, ofrecer y aportar pruebas e interponer los medios de impugnación que sean precisos. Estas posibilidades permitirían una introducción ilimitada de material fáctico en la medida en que pueda ejercer este derecho tras la finalización de la preclusión del demandado. Sin embargo, tal posibilidad se presenta cuanto menos dudosa o al menos sometida a control judicial en cuanto que, conforme al art. 22 CPCDF, el demandado debe denunciar el pleito al obligado en la contestación de la demanda y el juez, según las circunstancias *"ampliará el término del emplazamiento para que el tercero pueda disfrutar del plazo completo"*. Sí se autoriza la comparecencia voluntaria, siempre que no se haya celebrado la audiencia final. El tercero presentará demanda dentro del mismo proceso, que se suspenderá hasta que la tercería se encuentre en el mismo estado que la pretensión original, a fin de su resolución conjunta (art. 78 CFPC). Por lo que se refiere al CPCET, el art. 79, fracción III a) y c) prevé que *"los terceros podrán venir al juicio en cualquier estado en que éste se encuentre, con tal de que no se haya dictado sentencia con autoridad de cosa juzgada"*, sin embargo, a continuación matiza que *"los terceros coadyuvantes podrán llevar a cabo todos los actos procesales que estimen pertinentes y que corresponden al momento en que inicien su intervención en el proceso, el cual no podrá retroceder ni suspenderse"*.

En el derecho uruguayo se regulan la intervención del tercero (arts. 48 a 51 CGP). Sus posibilidades de alegación de hechos nuevos se limita temporalmente puesto que, conforme al art. 50.2 CGP *"la intervención sólo podrá producirse en la instancia hasta la conclusión de la audiencia de prueba para sentencia"*; si bien la intervención del tercero coadyuvante y litisconsorcial también se podrá producir en el curso de la segunda instancia. Por lo que se refiere a la intervención provocada, conforme al art. 51 CGP, se realizará en el plazo para contestar, y el tercero *"deberá comparecer, tendrá los mismos derechos, deberes y cargas del demandado"*.

En el derecho venezolano no se prevé la alegación del tercero, si bien en el procedimiento de ejecución hipotecario el tercer poseedor con título puede intervenir ampliando o aclarando los hechos que haya expuesto el deudor hipotecario. Igualmente por vía jurisprudencial se admite que el tercero pueda intervenir y alegar hechos en ciertos casos (como supuestos de posible fraude procesal).

Por lo que se refiere al Proyecto de Código Procesal Civil chileno, se autoriza la intervención de terceros cuando se justifique interés y cumpla con los requisitos exigidos. Ahora bien, la solicitud de intervención no suspenderá la tramitación de la causa y solamente podrá pedirse en la primera instancia hasta la audiencia preliminar. Excepcionalmente, podrá solicitarse hasta la audiencia de juicio oral, siendo característica general la de *"aceptar todo lo actuado previamente"* (art. 38 PCPC). En el caso de la intervención por "denuncia de la litis", cuando la pretensión corresponde también a otro u otros sujetos que no han comparecido, -se supone, por tanto, que en las fases iniciales- "*el tribunal ordenará, de oficio o a petición de parte que se ponga la demanda en conocimiento de aquéllos, quienes deberán expresar si se adhieren o no a ella. Para estos efectos el tribunal citará a una audiencia especial*" (art. 39 PCPC). Con todo, la solicitud de intervención se ajustará a las formas previstas para la demanda, en lo que fueren aplicables, y deberá ser acompañada de toda la prueba correspondiente (art. 41 PCPC). Sin embargo, aunque en principio puede introducir hechos nuevos, difícilmente podrá hacerlo en momentos posteriores a los ordinarios puesto que, una vez aceptada la intervención, *"el tercero tendrá los mismos derechos, facultades y deberes que las partes originarias del proceso, debiendo respetar todo lo obrado con anterioridad a su intervención"* (art. 42 PCPC).

C) La acumulación de procesos

La acumulación de procesos constituye otra vía, si se quiere indirecta, para la introducción del material fáctico en el proceso en momentos distintos a los ordinarios. Como es sabido, la acumulación de procesos implica la reunión en un procedimiento único de dos o más procesos ya iniciados separadamente con el fin de evitar trámites innecesarios y posibles contradicciones entre las sentencias; y mediante esta reunión, en definitiva, se va a producir una incorporación de elementos fácticos con posterioridad.

Por supuesto que para su admisibilidad es necesario cumplir con los correspondientes presupuestos. En el derecho español son los siguientes: instancia de parte (art. 75 LEC)[27]; competencia del tribunal para conocer el proceso a acumular y no atribución de competencia territorial imperativa al tribunal más moderno (arts. 77.1 y 3 LEC); igualdad de procedimientos adecuados a cada uno de los objetos procesales, al menos unificables sin pérdida de derechos (art. 77.1 LEC); procedimientos en primera instancia y no pendientes solamente de sentencia (art. 77.4 y 447.1 LEC)[28]; que se den las causas de acumulación, prejudicialidad o conexión simple (art. 76.1 y 2 LEC); que el procedimiento no pueda ser excluido mediante litispendencia (art. 78.1 LEC); o que no se pretenda burlar los efectos de la preclusión de la aportación de fundamentos de hecho de de derecho disponibles (art. 78.2 en relación con 400 LEC).

La acumulación implicará, en definitiva, la atribución del proceso al más antiguo (art. 79 LEC). De ese modo, se produce una modificación del reparto o de la demarcación territorial (salvo que pendan ante el mismo órgano) y, sobre todo, una incorporación de material fáctico en un mismo procedimiento –aunque se refiere a pretensiones o procesos distintos-, en el que se dictará una sentencia única (arts. 74 y 84.1 LEC), aunque con pronunciamientos separados.

6. Algunas reflexiones conclusivas sobre la delimitación temporal de las alegaciones fácticas en el proceso

1.ª Necesaria exigencia de un periodo ordinario de alegación con efectos preclusivos si bien con matices y excepciones suficientemente reguladas

Ha de lograrse un adecuado equilibrio entre dos exigencias, de un lado, la necesidad de estabilización del objeto del proceso para su resolución, el buen orden del proceso, la certeza, la brevedad procesal y, sobre todo, el respeto del ejercicio del derecho de defensa de la contraparte; y de otro, los intereses del demandante y demandado, en cuanto haya podido alterarse el estado de hechos en el que se basó la pretensión o la defensa, el interés público en lograr la economía procesal y el desarrollo suficiente de la contradicción.

El resultado de ese equilibrio ha de traducirse en establecer como principio o regla general que las alegaciones se introduzcan en momentos preclusivos e iniciales (demanda, reconvención y contestaciones correspondientes). No obs-

27 Señala el AAP Cádiz (Secc. 1ª), 12 de noviembre de 2003, AC 2004\75 que *"el artículo 75 de la vigente LEC exige que la misma se solicite por cualquiera de las partes en los procesos que quieren acumularse, no existiendo norma alguna que imponga a una de las partes solicitar, aun siendo posible, la acumulación de autos. La parte demandada, si considera que existe una prejudicialidad civil, es libre de plantear esta excepción o, en su caso, promover una acumulación de autos, optando por una otra vía según cual sea su estrategia defensiva lo que no impide que la actora, a fin de evitar la posible suspensión a la vista de la excepción planteada, pudo y debió, si lo estimaba conveniente a sus intereses, haber solicitado ella la acumulación de autos, cosa que no verificó. No puede hablarse de una mala fe procesal de los demandados que, ante una doble vía de defensa, opta por plantear una excepción en lugar de la posible acumulación"*.

28 Pueden verse, entre otras muchas, SAP Pontevedra (Secc. 6ª), 13 de octubre de 2006, AC 2006\1912; AAP Las Palmas (Secc. 4ª), 24 de abril de 2006, JUR 2006\213006.

tante lo anterior, igualmente exige contemplar unas excepciones claramente expresadas y detalladamente reguladas.

El Código Modelo contiene una referencia a estas excepciones, si bien con un desarrollo legislativo concreto más bien precario. Al margen de la valoración que merezca su concreta regulación, no ocurre del mismo modo en los ordenamientos procesales más novedosos como puede ser el español o como se contempla en el proyectado Código Procesal Civil chileno. Es cierto que en otros ordenamientos esta falta de previsión ha podido venir paliada por una aplicación integradora y razonable por la que, por ejemplo, haya podido admitirse modificaciones en la demanda antes de su notificación; reducciones en la petición, entre otras cosas, al haberse producido un hecho como el pago; o incluso una ampliación, con mayores reservas y aunque sea con algunas condiciones, por ejemplo al producirse durante la pendencia del proceso el vencimiento de intereses o prestaciones periódicas. Sin embargo, al margen de éstos u otros ejemplos, la dudosa y eventualmente poco uniforme aplicación integradora y razonable, la carencia regulatoria sobre las posibilidades de introducir material fáctico en momentos extraordinarios no resiste el paso del tiempo, y pone en evidencia la conveniencia de establecer un marco normativo suficientemente completo en relación, entre otras cosas, sobre:

a) Modificación de la demanda o contestación antes de la notificación, y hasta incluso antes de la contestación, siempre en relación con la existencia de un trámite específico para ello con la ampliación del correlativo plazo que garantice el ejercicio del derecho de defensa de la contraparte.
b) Introducir hechos que sean consecuencia de la personación y contestación del demandado.
c) Introducir elementos que sirvan para la subsanación de defectos o irregularidades en los actos iniciales de alegación.
d) En su caso, rectificar elementos secundarios o no esenciales en las pretensiones, que no supongan alteración de la pretensión ni sus fundamentos, en aras de adecuar la pretensión a la realidad.
e) Introducir pretensiones accesorias o complementarias, aunque sea con determinadas condiciones (admisión expresa de la contraparte, no suponga limitación del derecho de defensa de la contraparte, ciertas conexiones o afinidades con los ya introducidos, etc.)
f) Introducir alegaciones complementarias o aclaratorias sobre hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes, aunque sea restrictivamente, cuando meramente aclaren o sean complementarias, y sin que en modo alguno impliquen limitaciones en las oportunidades del derecho de defensa de la contraparte. Incluso en algunos diseños procedimentales (con contestación oral en el momento de la vista, se justifica que el actor se reserve la introducción de estas aclaraciones al momento de la vista a los efectos de equilibrar las oportunidades alegatorias de las partes).

g) No tanto respecto de introducir hechos nuevos –o de nueva noticia- que se encuentran generalmente contemplado en el Código Modelo y en la mayoría de ordenamientos, sino más bien desarrollar la regulación sobre dicha posibilidad. Ésta ha de resultar condicionada a que se garantice que efectivamente los hechos son nuevos y, sobre todo por lo más probable, que se justifique el desconocimiento. Entendido éste no tanto como cuestión subjetiva de carencia de información en la mente de la parte, sino objetiva de aptitud y posibilidad de tenerla. En mi opinión, esto no se logra con la mera exigencia de la formal declaración, promesa o juramento de desconocimiento como se exige en algunos ordenamientos.

2.ª Las posibilidades de introducción fáctica por vías indirectas se contemplan en general si bien merece perfeccionarse algunos aspectos de su regulación

Los incidentes son regulados tradicionalmente en la mayor parte de los ordenamientos, sin perjuicio de que se contemplen tramitaciones específicas para algunas materias, que permiten introducir elementos fácticos accesorios o complementarios, conectados con el asunto principal.

La intervención de los terceros puede abrir posibilidades de introducir alegaciones que merecen alguna atención. De nuevo ha de conjugarse el desarrollo ordinario del proceso con las oportunidades de defensa real por parte del tercero. De ese equilibrio debería derivar una delimitación exacta de las alegaciones que podrá formular el tercero en función del momento procedimental en que se produzca su intervención.

Por último, por la vía de acumulación de procesos, igualmente puede producirse una forma indirecta de introducir elementos fácticos que de otro modo pudieron haber precluido. Ha de insistirse y contemplarse este límite, de modo que no se autoricen cuando se pretenda burlar los efectos de la preclusión de la aportación de fundamentos de hecho de de derecho disponibles.

3.ª Introducción del material fáctico exclusivamente por las partes y su incidencia en la llamada "flexibilización" de la congruencia

Al margen del debate sobre la amplitud de las facultades que deben corresponden al juez en la prueba, y sin perjuicio de la función social que pueda corresponder, con mayor o menor amplitud al derecho de propiedad, con la vigencia de la autonomía de la voluntad y del principio dispositivo y de aportación de parte, tanto la iniciativa y disposición de los derechos, como la introducción de los hechos y demás elementos que deben ser fijados para resolver, han de quedar en manos exclusivas de las partes.

Cuestión distinta son los poderes de control de oficio sobre las cuestiones de orden público, como el cumplimiento de determinados requisitos y presupuestos procesales. Y, por supuesto, otro tema es que, dadas las características de determinados regímenes políticos, en los que el individuo carece o se

halla restringida la autonomía de la voluntad y el poder de disposición sobre la propiedad privada, la aportación de los hechos pueda atribuirse total o parcialmente al juzgador. Todo ello podrá tener incidencia en aspectos sobre pilares dogmáticos de la ciencia procesal, como es el de la debida imparcialidad del órgano jurisdiccional, pero no es éste el momento ni el contexto para disertar sobre estas cuestiones de carácter más bien político.

Lo que sí merece ser destacado es responder a la pregunta de si la debida introducción de material fáctico en momentos posteriores supone o implica una necesaria flexibilización de la congruencia o si se satisface suficientemente con una posibilidad limitada o condicionada de introducción del material fáctico. Parece claro que ha de lograrse un equilibrio entre la necesaria preclusión a efectos de establecer un marco estable para resolver, y conjugar los intereses de las partes y del interés público de que se resuelva respecto de una situación fáctica que se corresponda con la realidad en el momento de dictar sentencia. Este balance se resuelve, en mi opinión, mediante la incorporación de normas claras y precisas que establezcan estas posibilidades, lo que considero que no ha justificar ninguna suerte de flexibilización en el deber judicial de congruencia[29]. Por supuesto, si entendemos que la flexibilización en la congruencia supone abrir las puertas a la iniciativa judicial en la incorporación de material fáctico. En tal caso, el juez se convertiría en parte, quebrando la estructura de la jurisdicción. Otra cosa, como indicaba antes, es que por la vía de un cambio en el sistema político, se pretenda reconsiderar la estructura del sistema de administración de justicia.

Ahora bien, no creo que suponga una verdadera flexibilización de la congruencia el hecho de que el juez ejercite algunas de sus facultades. Principalmente, las relativas a la aplicación y calificación del derecho. Su ejercicio puede implicar, como mucho, una aparente alteración de la pretensión, pero no sería verdadera, ni por ende ninguna infracción o flexibilización del deber de congruencia judicial. Una actuación judicial, de oficio, limitada a la calificación, sin modificar, introducir o eliminar elementos fácticos, no supone aportar elementos fácticos ni incide por tanto en la congruencia, sino solamente implica ejercicio de las posibilidades de calificación que corresponden al juzgador. Para que realmente pueda verse afectado el deber de congruencia judicial será necesario que el juez introduzca, elimine o modifique total o parcialmente el elemento fáctico, no en cambio que ejercite su derecho-deber de interpretación o calificación sobre los hechos. Esto último forma parte de las facultades inherentes a la debida aplicación judicial del derecho, *iura novit curia*, y no implica ni siquiera una flexibilización del deber de congruencia. Si se quiere, a lo sumo, más que de flexibilización debería hablarse de una revisión conceptual de lo que significa o implica exactamente el deber de congruencia

29 Véanse las consideraciones que sobre esta cuestión se trataron en el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de Mar del Plata en noviembre de 2007 (*Ponencias generales. Relatos generales. Trabajos seleccionados*, Santa Fe, 2007, págs. 1 y ss), citado en el informe nacional de MEROI.

judicial. Desde luego, ésta no exige que el juez se someta a las valoraciones o calificaciones que efectúen las partes.

4.ª Alegaciones eventualmente delimitadas por actos de conciliación previos y necesarios

En algunos ordenamientos, como ocurre en el peruano, se establece un acto de conciliación previo de carácter necesario en algunos casos (derechos disponibles) que además exige el pago de honorarios para obtener el acta de conciliación. En estos supuestos la demanda ha de referirse a pretensiones, peticiones y hechos que la funden, que hayan sido objeto de previo intento de conciliación, pues de lo contrario no se estaría cumpliendo el requisito de previa conciliación. Esto implica que el momento efectivo de introducción del material fáctico, en el caso del actor –y con mayores dudas para el demandado- se adelantaría al momento de la solicitud extraprocesal de conciliación. En mi opinión, al margen de modas, de posibilidades derivadas de ámbitos científicos más o menos inexplorados, o de tan hipotéticas como poco demostradas potencialidades para evitar pleitos, en general resulta más que dudoso que las partes vayan a conciliarse por el mero hecho de que se establezca un trámite procesal previo y necesario a la interposición de la pretensión. Sería necesario realizar estudios estadísticos que constaran la verdadera eficacia o ineficacia de una conciliación previa y necesaria para acceder a la jurisdicción. Cabe la posibilidad de que pueda convertirse en un formalismo enervante y perfectamente inútil, o, en otros términos, en un nuevo obstáculo para el acceso a la jurisdicción, que, no ha de olvidarse, nada menos que es un derecho fundamental constitucionalmente sancionado.

5.ª Sobre las consecuencias sobre la falta de pronunciamiento por parte del demandado o reconvenido respecto de la certeza de los hechos alegados y de la autenticidad de los documentos aportados

Como regla general, las posibilidades de modificación, aclaración, adición y ampliación por el demandante han de cohonestarse con las mismas posibilidades del demandado en aras del principio de igualdad de armas entre las partes. Ahora bien, esto no impide que convenga que el demandado tenga la carga de pronunciarse categóricamente sobre los hechos introducidos por el demandante o reconviniente, incluso sobre la autenticidad de los documentos aportados. Según el Código Modelo, en el caso de que no se pronunciase categóricamente sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de los documentos, así como sus respuestas ambiguas o evasivas, se tendrán como admisión de los hechos y de la autenticidad de los documentos (art. 120.2 CPCMI)[30]. Norma que no resulta desproporcionada

30 En línea similar y con mayor detalle, aunque el Proyecto de Código Procesal Civil chileno prevé que la incomparecencia no supondrá reconocimiento de hechos, a renglón seguido dispone que *"no podrá rendir prueba en juicio al no haberla ofrecido en la contestación, a menos que se trate de pruebas supervenientes o referidas a hechos nuevos, en cuyo caso podrán ser propuestas posteriormente"*. (…). Asimismo, si comparece, *"su silencio, así como sus respuestas ambiguas o evasivas se tendrán como ad-*

ni se contradice con las posibilidades ampliatorias, hasta el punto que precisamente este pronunciamiento por la contraparte puede servir para que se alegue la excepción previa de defecto en el modo de proponer la demanda (art. 123.3 CPCMI) y generar o poner en evidencia la necesidad de aclarar, modificar o incluso adicionar elementos fácticos.

6.ª Sobre la aportación de la prueba junto con las alegaciones

Una cuestión tangencialmente relacionada con la delimitación temporal de las alegaciones de las partes es la relativa a la de su acreditación en el momento de su formulación, esto es, si basta con su formulación oral o escrita, o si, además, ésta ha de venir acompañada de un soporte probatorio sea completo respecto de todos los medios de prueba o limitado a unos pocos básicamente de carácter documental. De nuevo, en mi opinión, se genera la necesidad de lograr un justo equilibrio entre la necesaria o conveniente veracidad y seriedad de las alegaciones, lograda a través de su acompañamiento con soportes probatorios así como la prevención de debates innecesarios ante la fortaleza que dota a las alegaciones; y de otro, la economía y ahorro de esfuerzos probatorios, en ocasiones costosos o de difícil obtención, cuando no es necesaria la prueba por no resultar controvertidos.

III. FORMA DE LAS ALEGACIONES DE LAS PARTES. EL DEBATE ACERCA DE LA ORALIDAD Y ESCRITURA

1. Un aporte en el debate sobre la conveniencia de la oralidad en las alegaciones de las partes

La alternativa entre oralidad y escritura del procedimiento es un debate tradicional[31]. Aunque alcanza su mayor relevancia y significación en el momento de la práctica de prueba[32], la misma ha de referirse al procedimiento en su conjunto.

misión de esos hechos y de la autenticidad, integridad y validez de los documentos" (art. 249.I PCPC), así y todo matiza que "*sólo en circunstancias excepcionales podrá el tribunal no aplicar la regla precedente, atendiendo a razones debidamente fundadas expuestas para invocar que no conoce o se recuerda algún hecho o circunstancia alegada por el actor*" (art. 249.II PCPC).

31 Así lo reconocen autores como COSTA, A., *Oralità e scritura nel processo civile*, Editrice Paolo Galeati, Imola, 1917, pág. 3. CHIOVENDA, G., *Saggi di Diritto Processuale Civile, (1990-1930),* II, Foro Italiano, Roma, 1931, pág. 4. CAPPELLETTI, M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Giufrè, Milano, 1962, pág. 15. WACH, A., "Oralidad y escritura", en *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana,* (trad.: KROTOSCHIN), EJEA, Buenos Aires, 1958, págs. 1-50.

32 Sobre oralidad y prueba, entre otros, CAPPELLETTI, M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit. PEYRANO, J. W., "La prueba entre la oralidad y la escritura", en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente,* II, *Ponencias generales e informes nacionales*, (coor.: CARPI y ORTELLS), Universitat de València, Valencia, 2008, págs. 149-73.

En la actualidad parece que predominan las posiciones eclécticas[33], pues no existen bondades absolutas para la eficiencia procedimental en la escritura ni en la oralidad[34]. De hecho, frente al especial ímpetu de la oralidad, parece que repunta la moda de defender la escritura, o, en el mejor de los casos, el relativismo, la ambigüedad o la ambivalencia[35]. Son habituales los trabajos que remarcan los inconvenientes y los problemas que genera o puede generar la oralidad en el contexto de un ordenamiento procesal regido fundamentalmente por la misma[36]; o, algo más matizadamente, que ponen de relieve el fracaso de la oralidad en un determinado ordenamiento procesal[37]. Es más, ante la constatación de las ventajas e inconvenientes de uno u otro sistema, se llega a formular la sugerente propuesta de un modelo en el que, en busca de la máxima eficiencia, sea el juzgador quien caso por caso establezca el procedimiento oral o escrito a seguir[38].

En este contexto parcialmente contrario a la oralidad, una norma relativamente novedosa reintroduce la escritura en el ámbito europeo. El Reglamento (CEE) 861/2007, de 11 de julio, establece un proceso europeo de escasa cuantía caracterizado por la escritura, posiblemente para facilitar las actuaciones de las partes que se hallen en lugares lejanos, evitando las incomodidades de los desplazamientos y para impedir que resulte antieconómico para las partes acudir a la vista o audiencia de un proceso previsto para asuntos transfronte-

33 Y ni siquiera se presenta como único el concepto de eficiencia del procedimiento, como pone de relieve TARUFFO, M., "Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation", en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente,* I, *Ponencias generales e informes nacionales*, (coor.: CARPI y ORTELLS), Universitat de València, Valencia, 2008, págs. 186-8.

34 Ya indicaba PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil,* I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968, pág. 404, que *"desde hace cerca de un siglo se ha desarrollado una campaña de gran amplitud en favor de la oralidad, pero el punto máximo se ha superado ya, y hoy, si no se propugna una vuelta a la escritura en los países que han practicado la oralidad pura, por lo menos se ha establecido en las legislaciones o se pide por la doctrina una atenuación del principio estricto de la oralidad"*. En el caso español, en el contexto de la vigencia de la LEC 1881, entendía que *"lo que haría falta en todo caso es corregir con cierta amplitud el exclusivismo de la escritura y con ello determinados inconvenientes que le acompañan"*.

35 Incluso quienes defienden la oralidad, aunque sea destacando la importancia del proceso oral, no resisten a mantener un feliz entente entre oralidad y escritura. Así es como STORME, M., "More voice, less print – Why court proceedings should become more oral", en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente,* I, *Ponencias generales e informes nacionales*, (coor.: CARPI y ORTELLS), Universitat de València, Valencia, 2008, págs. 43, no obstante el título de su ponencia, considera que "*I would tend to advocate striking a happy medium between the written and oral aspects*".

36 NIEVA FENOLL, J., "The disadvantages of orality", en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente,* II, *Comunicaciones*, (coor.: CARPI y ORTELLS), Universitat de València, Valencia, 2008, págs. 471-3.

37 OTEIZA, E., "El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino", en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente,* I, *Ponencias generales e informes nacionales*, (coor.: CARPI y ORTELLS), Universitat de València, Valencia, 2008, págs. 413-26.

38 TARUFFO, M., "Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation", en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente,* I, cit., pág. 204. Modelo que no parece muy lejano a normas como la del art. 5.1 del Reglamento (CEE) 861/2007 por el que, tras disponer que será un procedimiento escrito, indica que celebrará vista oral si el órgano jurisdiccional lo considera necesario o si una de las partes así lo solicita, salvo que se considere, en función de las circunstancias del caso –y no, por tanto, de prejuicios previos sobre la cuestión-, que la vista oral resulta a todas luces innecesaria para el correcto desarrollo del procedimiento.

rizos cuya cuantía no supere los dos mil euros. Así y todo, en el mismo podrá celebrarse vista si el órgano jurisdiccional lo considera necesario o si una de las partes lo solicita y el juez no considera que resulta a todas luces innecesaria[39]. Y en la medida que se disponga de los medios técnicos correspondientes, podrá realizarse la vista por videoconferencia u otros sistemas de comunicación.

Los elementos que permiten considerar más eficiente un modelo preferentemente oral o escrito no deberían deslindarse en categorías autónomas, sino que merecen ser analizados en su globalidad. Una celeridad absoluta puede ser un índice positivo a tener en cuenta, pero ha de ponerse en relación con su incidencia con las garantías procesales y con la calidad de la resolución[40]. Por su parte, un procedimiento pletórico de garantías igualmente puede ser en principio positivo, pero debería ponerse también en relación con la duración del proceso y, por ende, con la calidad de una resolución siempre tardía. No solamente comparto la opinión de que "la justicia lenta no es justicia", sino que infringiría lo que, entre otras, la STC 99/1998, 4 de mayo, denomina como el "derecho a un proceso rápido".

Celeridad, garantías de los derechos y calidad de la resolución son elementos complementarios entre sí y todos ellos imprescindibles[41]. A grandes rasgos, la oralidad y la escritura pueden tener una mejor aptitud en alguno de los elementos citados, por ejemplo, la oralidad favorece la celeridad; y la escritura facilita una mayor preparación de las alegaciones, su reflexión y estudio, lo que redunda en mayor calidad. Con todo, pueden encontrarse muchas y significativas excepciones (oralidad contraproducente para la celeridad si exige grandes desplazamientos; y escritura puede oponerse a la calidad si el tiempo trascurrido es mucho).

Es necesario encontrar un modelo idóneo en general, sin perjuicio de que pueda tener excepciones. Incluso desde postulados más eclécticos, todavía es necesario partir de un sistema ordinario o prioritario, en prevención de la inseguridad y la arbitrariedad[42].

39 Ya se han levantado voces, como la de BUJOSA BADELL, L., "Simplificación y oralidad en los litigios transfronterizos. El proceso europeo de escasa cuantía del Reglamento (CEE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo", en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, II, *Comunicaciones*, (coor.: CARPI y ORTELLS), Universitat de València, Valencia, 2008, págs. 315, señalando que, al menos en el caso de pruebas personales, *"debería seguirse la regla opuesta: entender en principio la necesidad de vista oral"*.

40 Entendía WACH, A., "Oralidad y escritura", en *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana,* (trad.: KROTOSCHIN), cit., pág. 4, que *"la oralidad realizada estrictamente lleva a postulados imposibles e incompatibles"*.

41 MARÍN CASTÁN, M. L., "La polémica cuestión de la determinación del «plazo razonable» en la administración de justicia. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de julio de 1983", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 10, enero-abril 1984, pág. 226-27, gráficamente afirmaba que *"somos conscientes del eterno dilema existente entre justicia plena de seguridad y garantía, pero tardía, o justicia rápida, pero insuficiente. La justicia tardía es siempre justicia a medias; de igual modo la justicia insegura no se puede considerar como verdadera justicia. Conseguir el "desiderátum" de una justicia certera, eficaz y rápida es el desafío de nuestro tiempo; y debe ser, indudablemente, una de las principales realizaciones de nuestro Estado social y democrático del Derecho"*.

42 Es lo que se ocurre con el art. 5.1 del Reglamento (CEE) 861/2007.

La eficiencia de un procedimiento solamente podrá afirmarse ponderados todos y cada uno de los elementos que redundan en la misma. Sabido es que los procedimientos no se presentan puros. Incluso en el juicio verbal español, que puede ser considerado como paradigma de oralidad, encontramos como mínimo un elemento escrito tan fundamental como la demanda. De otro lado, sea por las específicas situaciones que se trata, la finalidad que se pretende o sea fruto de la ponderación de sus ventajas e inconvenientes, caben supuestos en los que resulte adecuado articular el sistema en principio menos eficiente en general pero que quizá lo sea más en una situación concreta. Sería el caso, entre otros, de actuaciones particulares, como el acto iniciador de todo proceso; o algo más generales como las actuaciones propias del proceso de ejecución; de actividades relativas al requerimiento en los procedimientos de técnica monitoria; o del procedimiento en asuntos transfronterizos de escasa cuantía, en los que la escritura se presenta como conveniente cuando no necesaria. Y lo mismo cabe decir en la práctica de la prueba documental o del informe pericial. Medios de prueba que, sin perjuicio de eventuales aclaraciones orales, naturalmente imponen escritura.

En definitiva, mientras no sea culturalmente viable (técnicamente parece que ya lo sería) una especie de *tertium genus* entre oralidad y escritura como podría ser el procedimiento telemático, y con todos los matices y prudencias que impone su articulación en los supuestos particulares, considero que se hace necesario tomar partido entre uno de los sistemas que, en mi opinión, no es otro más que el de la oralidad. Utilizando palabras de Prieto Castro *"como ideal, es posible que la oralidad esté más cerca de la perfección que la escritura"*[43]. Sistema que es, el que sin duda ha de ser aspiración general y punto de partida, sin perjuicio de que en supuestos determinados pueda haber excepciones por motivos concretos o, como igualmente indicaba el mismo autor y obra, *"siendo, en definitiva, una buena política procesal aquella que, adoptando determinado principio, mitigue los inconvenientes propios de todos los extremos con prudentes concesiones al principio opuesto"*.

Ciertamente la oralidad es exigente. Cuanto menos, requiere esfuerzos económicos y personales. Son necesarios espacios para realizar las actuaciones orales con la dignidad que merece el acto, medios de documentación –preferentemente para la grabación digital del sonido y la imagen-, personal de atención, volúmenes de trabajo razonables que no desborden la capacidad de trabajo de los órganos jurisdiccionales ni la de decidir con inmediación y concentradamente. Es también necesaria o al menos conveniente para estar a la altura de las exigencias de la oralidad, una sólida formación jurídica, y una preparación concienzuda de los asuntos desde fases iniciales. Asimismo, exige capacidad para intervenir y responder, caso de ser necesario, con rapidez y fundamento. Y todo ello acompañado de la natural aptitud suficiente para articular palabra de forma comprensible y convincente. En fin, en lo material y en lo personal, la oralidad requiere decisiones de política judicial que se

43 PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil,* I, cit., pág. 404.

traduzcan en constantes inversiones, así como mérito, capacidad y esfuerzo constante en lo personal.

La escritura, por su parte, aunque no exenta de esfuerzos, es menos exigente. Puede decirse que es más económica y ofrece facilidades en lo personal. La relación por escrito no requiere espacios físicos para audiencias o vistas, sino los imprescindibles para que el personal que integra el órgano jurisdiccional desarrolle su trabajo (ni que decir tiene que será así con mayor motivo si con las nuevas tecnologías fuera posible trabajar desde el domicilio). Incluso el juez, como era nota común en el proceso civil español hasta la vigente LEC, podrá permanecer ajeno a las actuaciones mientras los funcionarios del juzgado se encargan de la tramitación y documentación del procedimiento, incluida la práctica de la mayor parte de pruebas. Los tiempos otorgados y necesarios para la preparación de los escritos permite que las cualidades y esfuerzos personales de todos los intervinientes sean menores o que, distribuidos en el tiempo, se diluyan prácticamente en el poco.

Precisamente fruto de sus exigencias, la oralidad puede plantear problemas. Últimamente parece muy adecuado insistir en ellos: suspensiones de procedimientos, jubilación o fallecimiento del juez, nulidades por defectos en la grabación y las más diversas incidencias que frustran el procedimiento y provocan indeseables nulidades[44]. Es posible incluso que con la oralidad pueda ser fácil "desconectar", que se generen nulidades por cuestiones tecnológicas, o que la pretendida celeridad de la oralidad pueda ser burlada mediante señalamientos que superan con creces la idea de un proceso concentrado. Sin embargo, la problemática concreta que puede implicar la oralidad fruto de sus muchas exigencias no justifica una valoración comparativamente peor a la que merece la escritura.

Si nos ocupamos de buscar los inconvenientes que puede originar y origina la escritura, sin duda los encontraremos con mayor facilidad. En realidad, muchos de los problemas, que en la oralidad son excepciones, en la escritura representan la regla general. Piénsese solamente en la innecesariedad de que en el contexto de un procedimiento escrito se prevea un sistema de suspensión del procedimiento. Esto es así porque el procedimiento escrito se encuentra naturalmente suspendido salvo en los momentos más bien instantes en que se presenta el escrito y el órgano jurisdiccional quiere o puede atenderlo resolviendo y notificando. En la escritura concurren como regla general los inconvenientes que en la oralidad puede ser meramente una eventualidad o excepción.

La oralidad no excluye que puedan o incluso que deban realizarse actos escritos. En realidad, lo relevante de la oralidad es que permite decidir con inmediación, concentración y publicidad real. La clave está en que será el mismo juez que presencia la prueba el que resolverá. Tras la lectura de la

44 Convendría verse la respuesta que da CAPPELLETTI, M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., págs. 292-99, a la pregunta sobre si merece hablarse de una quiebra de la oralidad.

demanda, a continuación de la lectura o de escuchar la contestación, presenciará la práctica de la prueba sin perjuicio de que lea los documentos e informes (o lea, visualice y escuche las correspondientes grabaciones en caso de ser necesario), y después de los informes conclusivos de las partes, resolverá. Decidirá, salvo que se produzcan dudas puntuales probatoria o jurídicas, de forma inmediata. Lo que podrá relegarse en el tiempo, aunque no demasiado, será la redacción de la sentencia y la debida motivación. Si se han preparado suficientemente, las partes habrán podido alegar con un índice de calidad más que razonable. El juez, con mucha diferencia, se encontrará en condiciones de efectuar una valoración judicial de mayor calidad; obviamente, salvo en lo relativo a la prueba documentada (documentos en sentido muy amplio) cuya calidad valorativa será similar con independencia del tipo de procedimiento.

Con una valoración de conjunto, y sin negar algunas cualidades a la escritura, la oralidad se presenta como más eficiente especialmente en lo relativo a los costes, la celeridad y a la calidad de la resolución, sin que suponga necesariamente una merma en la garantía de los derechos respecto de la que permite la escritura. Ciertamente es más exigente. Y cuando no se cumplan sus requerimientos, podrá presentarse como ineficiente al frustrarse sus ventajas. Incluso en supuestos puntuales, dada su mejor exigencia, puede presentarse la escritura como un sistema más adecuado. Pero nada de ello permite afirmar que con carácter general o de principio la escritura sea más adecuada. La escritura podrá serlo solamente en algún supuesto puntual por motivos concretos y objetivos y, en general, ha de representar solamente el remedio último, por ejemplo, ante la carencia de medios o de voluntad para dotarlos.

2. Éxito de la oralidad en el proceso civil español

A casi diez años de aplicación de la vigente LEC, puede afirmarse con toda rotundidad que la implantación de la oralidad en el proceso civil español ha sido un completo éxito.

Caracterizado tradicionalmente por la escritura (no así el proceso penal o el laboral) [45], lo que no le impedía contar con algunos actos orales, venía oponiéndose al –relativo- mandato constitucional por el que el proceso ha de ser "público" (art. 24.2 CE), y sobre todo, *"el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal"* (art. 120.2 CE)[46].

45 La LEC 1881 ya introdujo reformas que tendían a la oralidad. Así, el art. 313 LEC 1881, según redacción dada por Ley 34/84, recogía el principio de publicidad para las diligencias de prueba, las vistas y demás negocios judiciales. Por su parte, antes de la LEC, el RD Legislativo 2/1995, de 7 de abril de 1995 que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, dejaba claro que rigen "los principios de inmediación, oralidad, concentración y celeridad" (art. 74.1 LPL).

46 Lo que se reitera en otros preceptos que la desarrollan, como es el art. 229 LOPJ por el que *"las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación"*; a lo que matiza igualmente que *"las declaraciones, confesiones en juicio, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante juez o tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en Audiencia Pública, salvo lo dispuesto en la Ley"*.

Aunque no cabe reputar el procedimiento escrito como inconstitucional[47], de hecho sigue siéndolo el proceso llamado "contencioso-administrativo"[48], resultaba altamente conveniente la implementación de la oralidad en el proceso civil. Esto se consigue por último con la LEC 1/2000, que no solamente introduce manifestaciones más o menos retóricas, genéricas o de principio, sino otras normas por las que rigen los principios de inmediación, concentración y publicidad real[49]. Ello sin perjuicio de mantener razonables excepciones, cuando, en atención la tutela pretendida y al carácter de determinados objetos del procedimiento, la vigencia de la oralidad requiera ser matizada, y hasta en ocasiones desdibujarse hasta el punto de que llega a diluirse en algún caso concreto[50]. Lo bien cierto es que la oralidad rige plenamente en los procesos comunes (juicio ordinario y juicio verbal, en este último con mayor preponderancia en cuanto la contestación también es oral y se resuelve en una sola audiencia o vista).

Como particularidades de la oralidad, entre otras, las partes comparecerán personalmente o mediante representante (procurador) con poder especial. Se celebrará ante juez que conozca del asunto bajo pena de nulidad. La citación para la vista se configura para la efectividad de la oralidad y concentración (contendrá advertencias sobre la falta de personación y sobre aportación de pruebas).

Algunos procedimientos reciben ciertas especialidades que potencian la oralidad. Es el caso de los juicios por desahucio[51]; los que se pretenda la tutela de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 440.2,I LEC); ser puesto en la posesión los bienes adquiridos en herencia no poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario (art. 441.1 LEC); o los basados en el incumplimiento de un contrato inscrito en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, cuando se trate de contrato de arrendamiento financiero o de venta a plazos con reserva de domino (arts. 250.1.11º y 444.3 LEC).

47 Los términos son poco terminantes cuando se habla de *"predominantemente"* y *"sobre todo"*, ni se exige que rija la oralidad "necesariamente" o "en todo caso".

48 La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la "jurisdicción contencioso-administrativa", mantiene todavía hoy un procedimiento totalmente escrito, con la sola excepción del procedimiento abreviado regulado íntegramente en el art. 78 LJCA para determinadas materias sencillas o de cuantía limitada.

49 Respecto de la inmediación, el art. 137 LEC, que tras imponer la presencia judicial en todas las declaraciones, pruebas y vistas, sanciona su infracción con la nulidad de pleno derecho. Respecto de la concentración, el art. 184 LEC, dispone que las vistas se celebrarán en una o más sesiones y, en caso necesario, continuar en el día o días siguientes. (también los arts. 188 y 193 cuando se regula pormenorizadamente el aplazamiento, interrupción o suspensión de las vistas; o arts, 434.1 y 447.1 LEC, que establecen plazos breves para dictar sentencia). La publicidad viene impuesta por el art. 138.1 LEC, por el que *"las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución se practicarán en audiencia pública"*.

50 Para un panorama detallado en el proceso civil español, puede verse BONET NAVARRO, J., "El proceso civil español como modelo procesal de oralidad", en *Revista de Derecho Procesal de la Universidad de Chile*, núm. 21, 2008, págs. 151-172.

51 Sobre los mismos, puede verse BONET NAVARRO, J., *Los juicios por desahucio*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 3ª ed., 2010.

En los procedimientos especiales, de regulación más heterogénea, sin perjuicio de alguna excepción puntual (como los procedimientos no dispositivos en los que la oralidad se atempera en cierto modo, entre otras cosas, por ser la contestación escrita; o el procedimiento de disolución de partidos políticos que es netamente escrito[52]), sigue rigiendo la oralidad[53].

Por último, aunque con razonables matices y excepciones (por innecesaria o inadecuada al objeto que se trata), igualmente rige la oralidad en procedimientos como los de medidas cautelares, incidentes y recursos. En las medidas cautelares suele excluirse la oposición –oral o escrita-; en los incidentes, con la única excepción de algunos que son escritos como la intervención de terceros (arts. 13.2 y 3 LEC), declinatoria (art. 65.1 LEC), y acumulación de procesos (arts. 83.1 y 94 LEC). Incluso en los recursos, en principio escritos, puede practicarse excepcionalmente vistas orales en caso de ser admisible practicar prueba, lo soliciten las partes o lo considere necesario el órgano jurisdiccional (art. 464 LEC para la apelación, 475.2 y 3 LEC para el recurso extraordinario por infracción procesal, y art. 486.2 LEC para la casación, aunque en ésta no hay práctica de prueba)[54].

La oralidad exige una dirección correcta de los debates por parte del juzgador (arts. 191 a 193 LOPJ y 186 LEC) y una documentación adecuada, preferentemente por medios de reproducción del sonido y de la imagen (arts. 146, 147 y 187 LEC). Igualmente, cuando sea necesario, requiere dar respuesta a las necesidades que pueden generar la participación de personas que hablen lenguas distintas a la que pueda ser oficial. Todo ello se ha superado razonablemente con inversiones económicas en medios tecnológicos y en los servicios y posibilidad de traductores.

Precisamente, la vigencia de la oralidad supone la necesidad de regular debidamente los supuestos de excepción a la misma, sobre todo en lo relativo a la celebración de vistas y comparecencias. Con todo, nótese que la propia regulación de estas excepciones es una vez más un reflejo de un proceso oral pues, en otro escrito una vez iniciada la vista resulta irrelevante su interrup-

52 Regulado por la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos. Además, como curiosidad, la pendencia simultánea del eventual proceso penal que pueda implicar la disolución del partido político no supondrá la suspensión del proceso civil, por lo que, por la vía de alterar el régimen de prejudicialidad penal, de algún modo se potencia la concentración en el mismo.

53 Con todo, todavía debería matizarse en algunos casos, como los procedimientos de división judicial de patrimonios, en el que, solamente se resolverá oralmente si resulta necesario (arts. 787.5 y 794.1 y 4 LEC por lo que se refiere a la división judicial del patrimonio hereditario; y además arts. 809.2 y 811.5 para la liquidación del régimen económico matrimonial); o los monitorios (arts. 812 y ss LEC).

54 Todo ello sin perjuicio de que no sea posible vista oral en algunos casos por no ser necesario u oponerse a la función el recurso, como ocurre con en el recurso de queja, dada su función de nuevo enjuiciamiento de los presupuestos de admisión de los recursos devolutivos (art. 495 LEC); en el llamado "recurso en interés de la ley" (arts. 451 y 224.3 LEC). Asimismo, la reposición se tramitará totalmente de forma escrita (art. 453 LEC), salvo que en los supuestos de admisión e ilicitud de pruebas, pueda tramitarse oralmente (arts. 285.2 y 287.2 LEC respectivamente).

ción[55]. Entre otras cosas, aunque sea excepcionalmente, se prevé la posibilidad de vista a puerta cerrada (art. 138.2 y 3 LEC); posibilidad de aplazamiento de los señalamientos (arts. 182 183 LEC); suspensión (art. 188 LEC), interrupción (art. 193 LEC), y repetición de las vistas por la declaración de nulidad y retroacción de actuaciones decretada conforme al régimen de nulidad prevista en los arts. 238 a 243 LOPJ y 225 a 231 LEC.

Y lo mismo cabe decir en lo relativo a la práctica de prueba, donde se manifiesta con especial énfasis la oralidad, si bien con la excepción de la prueba documental y de determinados informes periciales en los que, sin perjuicio de algunas aclaraciones, rige naturalmente la escritura. Igualmente, caben excepciones a la oralidad derivadas de la práctica de prueba anticipada (arts. 293 a 296 LEC)[56] como excepción a la concentración y quizá también a la publicidad; por la declaración de la Administración pública, que se desarrolla de forma escrita y hasta dispersa (arts. 315 y 381 LEC); por la tramitación de auxilio judicial (arts. 353, 129 y 169 LEC), lo que excluye la inmediación; por la declaración domiciliaria, sea de la parte (arts. 311 a 313 LEC), del testigo (art. 364 LEC) o, en su caso, del perito, que supone excepción a la oralidad, cuando no pudieren comparecer o el tribunal considere prudente no permitir que concurra o no resultare procedente teniendo en cuenta las circunstancias (arts. 364.1 y 2 y 311.2 LEC). También la inmediación, salvo que considere conveniente y posible constituirse fuera del territorio de su circunscripción sin necesidad de auxilio (art. 275 LOPJ y 129.3,II LEC); y a la concentración en cuanto se producirá siempre fuera de la sede del órgano que conoce, posible incluso con anterioridad al juicio o vista (arts. 290,II y 429.4 LEC), lo que implicará en todo caso dispersión, máxime si atendidas las circunstancias, además provoca suspensiones o interrupciones del juicio o la vista (art. 183.4 y 193 LEC). Incluso puede implicar excepción a la audiencia pública cuando las circunstancias lo exijan. Por último, las diligencias finales (art. 435 LEC) también suponen una excepción a la concentración.

En fin, aunque la oralidad implica esfuerzos y posibles inconvenientes en lo presupuestario y en lo personal, los datos demuestran que la introducción de la oralidad no ha resultado en absoluto traumática, y, desde luego, ha supuesto ya desde sus inicios una mejora en la administración de justicia[57].

La introducción de un nuevo proceso civil supuso, inicialmente, una ligera disminución de los asuntos[58], probablemente como consecuencia de la

55 MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Tratado de juicio verbal,* (con otros), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2ª ed., 2004, pág. 889.

56 Sobre la prueba anticipada, puede verse, BONET NAVARRO, J., *La prueba en el proceso civil,* Difusión Jurídica, Madrid, 2009, págs. 313-26, así como la bibliografía que se cita.

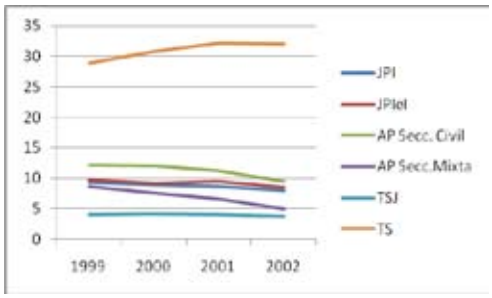
57 Véase CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Evolución de los datos estadísticos en relación con la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil,* http://www.poderjudicial.es [bajar Ley de Enjuiciamiento Civil en el 2002, consulta: 11 de abril de 2010].

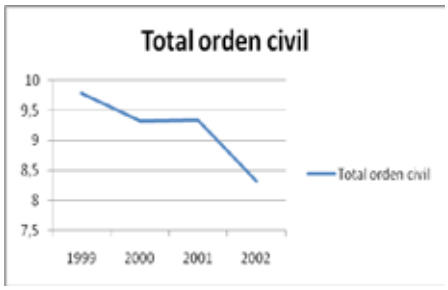
58 El número de asuntos ingresados respecto del 2000 se reduce el 1,13 %. Asimismo, en el año 2002 los asuntos han aumentado considerablemente: respecto del 2001 el 17,25%; y respecto del 2000 el 16%, superándose la pequeña disminución operada en el 2001.

incertidumbre que generaba la entrada en vigor la nueva LEC así como por el aumento en la entrada de asuntos que se había producido en el año 2000, el anterior a dicha entrada en vigor. Y lo más significativo es que mejoró el nivel resolutivo[59], manteniéndose la pendencia de asuntos a pesar del aumento de registros. De otro lado, se observan reducciones significativas en la duración media de los procesos, sobre todo los tramitados por los juzgados de primera instancia. Puede verse la evolución de la introducción del procedimiento oral mediante la LEC en el siguiente cuadro:

DURACIÓN MEDIA DE LOS PROCESOS EN MESES 1999-2002				
	1999	2000	2001	2002
Juzgados de Primera Instancia	9,36	8,88	8,73	7,96
Juzgados Primera Instancia e Instrucción	9,71	9,23	9,51	8,48
Audiencia Provincial. Secc. Civil	12,13	12,05	11,30	9,44
Audiencia Provincial. Secc. Mixta	8,66	7,55	6,63	5,05
Tribunal Superior de Justicia. Sala Civil y Penal	3,99	4,22	4,02	3,79
Tribunal Supremo. Sala 1ª	28,88	30,76	32,12	32,07
Total del orden civil español	9,79	9,32	9,34	8,32

Veamos los mismos datos en dos gráficas:





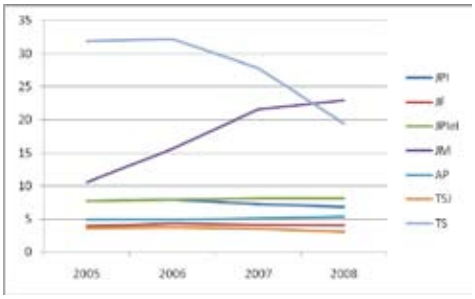
Como puede observarse, la tendencia es claramente a la baja, con la única excepción de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que se aprecia un aumento constante salvo en el último año que baja levemente.

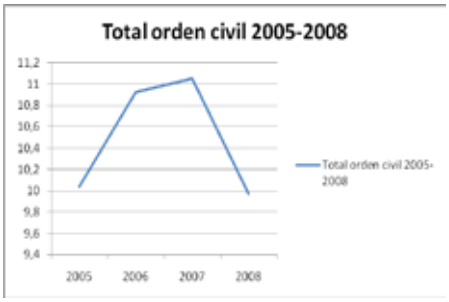
De otro lado, si atendemos al tipo de procedimiento, los más eficientes en cuanto a brevedad son los juicios verbales, siendo que la duración media de los juicios ordinarios es superior a los verbales entre alrededor de un 50% en el mejor de los casos.

59 En el 2001 y respecto del 2000, aumentó un 6,6%. Y todavía más en el 2002, que fue un 9% superior al 2001 y un 16,2 % superior al 2000. De los asuntos resueltos correspondientes a la LEC 1881, el 55,7% lo fueron en 2001, y el 15,7 % en 2002. Solamente quedaban pendientes por resolver 75.055 asuntos al fin del 2002.

DURACIÓN MEDIA DE LOS PROCESOS EN MESES 2005-2008				
	2005	2006	2007	2008
Juzgados de Primera Instancia	7,7	7,9	7,2	6,9
Juzgados de Familia	3,9	4,3	4,1	4,0
Juzgados Primera Instancia e Instrucción	7,7	7,9	8,1	8,1
Juzgados de lo Mercantil	10,6	15,6	21,6	22,9
Audiencias Provinciales	4,9	4,9	5,1	5,4
Tribunal Superior de Justicia. Sala Civil y Penal	3,6	3,7	3,5	3,1
Tribunal Supremo. Sala 1ª	31,9	32,2	27,8	19,4
Total del orden civil español	10,04	10,92	11,05	9,97

Veamos de nuevo los mismos datos en dos gráficas:





Es destacable que, a pesar del gran aumento de los tiempos de resolución en los Juzgados de lo Mercantil, consecuencia del incremento de concursos de acreedores en el presente contexto de crisis económica, la tendencia general es, a pesar de un inicial incremento fruto de nuevo del aumento en los Juzgados de lo Mercantil, una leve reducción de los periodos de duración de los procesos, en especial, en los juzgados de primera instancia, cuya reducción es constante. Igualmente significativa es la del Tribunal Supremo que, con todo, sigue siendo excesiva[60].

En definitiva, la implantación de la oralidad y sus principios consecuencia, no obstante sus inconvenientes y exigencias, supusieron una clara abreviación en los periodos de duración de los procesos, sin perjuicio de que por cuestiones coyunturales (las situaciones de insolvencia de las empresas fruto de la crisis) actualmente la abreviación no llega a apreciarse con rotundidad. En definitiva, la oralidad suma sin duda un saldo favorable en la mejora del

60 El resto de datos no son totalmente significativos. Los del Tribunal Superior de Justicia no lo son por el limitado –casi inexistente- número de asuntos que conoce en materia civil; tampoco los de la Audiencia Provincial que, a pesar de que aumenta leventemente su duración, ha de ponderarse que absorbe también los recursos de apelación frente a resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Mercantil, cuyo aumento ha sido significativo; ni el leve aumento de los Juzgados mixtos, cuyos resultados se ven matizados en la medida que también conocen de asuntos penales. Por último, los juzgados de familia prácticamente se hallan en los mismos niveles, con un muy ligero aumento.

proceso civil desde el punto de parámetros de celeridad de los procedimientos. Todo ello añadido a las ventajas que derivan de la inmediación, concentración y publicidad en la calidad de la resolución. Desde luego, un avance tan significativo en la calidad de la justicia no creo que merezca ser soslayado por aquellos que se ocupan y tienen responsabilidades en este ámbito.

3. La forma primordialmente escrita en las alegaciones incluso de los procedimientos orales

En los procedimientos escritos por supuesto, pero también en los orales, la introducción del material fáctico se realiza fundamentalmente por escrito. En efecto, la demanda, como primero y principal acto de alegación, es básicamente escrita en los ordenamientos procesales iberoamericanos. De hecho, salvo que todos los actos que integran el procedimiento compartan la misma forma oral o escrita, cosa que sólo ocurre muy excepcionalmente, el procedimiento no se caracteriza tanto por la forma de los actos sino porque rijan los correspondientes principios consecuencia. Así un procedimiento podrá ser considerado como oral si junto a determinados actos realizados mediante la palabra el juzgador se pronuncia con inmediación y el procedimiento se desarrolla con concentración y publicidad real. Por el contrario, merecerá considerarse como escrito si, junto a determinados actos realizados mediante la escritura, el juzgador se pronuncia con mediación, y el procedimiento se sustancia con dispersión y secreto en la práctica. Todo ello sin perjuicio de que pueda afirmarse en ciertos procedimientos que la oralidad o escritura se potencian, en cuanto que los actos realizados mediante la palabra o la escritura sean más numerosos, o los principios consecuencia reforzados.

Dentro de un procedimiento, por lo tanto, no solamente es posible, sino que es habitual la concurrencia de actos orales y escritos en mayor o menor medida. Así ocurre, entre otros, en los procedimientos españoles, denominados por la LEC como "ordinarios". En éstos, no obstante merecer claramente el calificativo de orales, concurren actos escritos: entre otros, la demanda en ambos procedimientos y, en el caso del ordinario y de algunos especiales, también la contestación a la misma. Asimismo, en un mismo ordenamiento procesal pueden concurrir a su vez procedimientos orales junto a otros escritos en función de la naturaleza, características y necesidades de la tutela que requiere el derecho material objeto del procedimiento (por ejemplo, el procedimiento español de disolución de partidos políticos que es claramente escrito al emular al antiguo procedimiento de menor cuantía), o por aconsejarlo el tipo de actividad que se realice (como formular declinatoria, recurrir, recusar, etc.).

Situación similar se plantea en el ordenamiento procesal uruguayo, tras la reforma de la Justica Civil operada en 1989 con la implantación del Código General del Proceso que recogía la solución propiciada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Se establece un procedimiento por au-

diencias en el que se garantiza y asegura la vigencia plena de los principios de inmediación, publicidad y concentración, incluso con mecanismos legales para garantizarlos (entre otros, sanción de nulidad absoluta si audiencias se celebran sin presencia del juez). Todo ello no impide que los actos de proposición, sentencia y recursos se realicen por escrito. Asimismo, el ordenamiento uruguayo cuenta con procedimientos en los que se acentúa la oralidad como el proceso para reclamaciones de bajo importe (Ley núm. 18.507), el proceso de amparo previsto en la Ley núm. 16.011, y el nuevo proceso laboral de menor cuantía (Ley núm. 18.572).

Partiendo, pues, de la natural concurrencia de actos realizados con la palabra y mediante la escritura, con independencia de la naturaleza oral o escrita que corresponda al procedimiento, entiendo que no resulta plenamente adecuado ni propio calificar los procedimientos como "mixtos". A lo sumo, podrá ser mixto un determinado ordenamiento jurídico procesal en la medida en que concurran simultáneamente procedimientos orales y escritos en el mismo, como sería el caso, entre otros, del ordenamiento procesal venezolano en el que concurren dos procedimientos: el ordinario y el oral. Este último, implementado en algunas jurisdicciones territoriales y hasta cierta cuantía, así como en los procedimientos en que se demanda indemnización de accidentes de tránsito en los que el procedimiento es oral sin importar con independencia de la cuantía; y lo mismo en los procesos colectivos. A su vez, en el caso de México, el CPCDF impone un predominio más amplio de la escritura sobre la oralidad; si bien el CPCET se orienta algo más hacia la oralidad, y el CFPC adopta una posición intermedia.

Lo bien cierto es que, incluso en los procedimientos orales, los actos de alegación, especialmente la demanda, se suelen realizar en buena medida mediante la escritura. En el caso de México, salvo alguna excepción, el procedimiento es en general escrito, sin perjuicio de que concurran algunos actos en los que en ciertos casos pueda utilizarse primordialmente la palabra (básicamente la práctica de pruebas, y, aún así, con excepciones como la prueba pericial –salvo contradicciones- y la "confesional"). Son escritos los actos de demanda, la contestación a ésta, la reconvención y la contestación a la misma, así como también el ofrecimiento de pruebas; por su parte, los alegatos, pueden en algunos casos realizarse por escrito en un plazo desde la finalización de la audiencia. Como excepción, se autoriza en algunos casos la demanda oral, en cuyo caso se levanta un acta para dejar constancia de la misma (juicios de mínima cuantía ante los juzgados de paz; y en juicios de controversias familiares que conocen los juzgados de familia). Se aprecia, con todo, una cierta tendencia hacia la oralidad. Por ejemplo, la reforma de 1986 del CPCDF introduce una audiencia conciliadora de las partes y saneadora de cuestiones procesales de carácter oral; y el decreto de reformas y adiciones al CPCDF, en vigor desde el 10 de septiembre de 2010, regula un juicio oral civil, del cual conocerán los mismos jueces civiles. Así y todo, si bien en México se encuentra arraigada la escritura, en el CPCET parece que, con independencia de la concurrencia

de actos escritos, el procedimiento pueda considerarse como oral pues rige el principio de concentración e inmediación procesal (con identidad física entre el juez que recibe las pruebas y aquel que emite la sentencia).

En Argentina el procedimiento es escrito en general, con la excepción de los juicios de familia y en los laborales. Solamente la provincia de La Rioja (con 290.000 habitantes) asumió predominantemente la oralidad. Con todo, no obstante la escritura, las declaraciones testimoniales se toman en audiencia oral aunque sin garantizarse la presencia judicial. Asimismo, en los juicios orales se mantiene la forma escrita para los escritos de demanda y contestación.

En Ecuador el procedimiento, no obstante el mandato constitucional (art. 76.7 c y h de la Constitución de la República de 2008), el procedimiento es escrito; incluso el denominado "juicio verbal sumario" solamente tiene de verbal la audiencia de conciliación, con contestación a la demanda escrita. De todos modos la tendencia igualmente se orienta a la oralidad, no solamente por el texto constitucional sino también porque el art. 2 del Proyecto de Código de Procedimiento Civil prevé que "*el proceso se llevará a efecto por sistema oral, a través de audiencias*".

En el caso de Venezuela, se redacta por escrito la demanda y la oferta probatoria. En Paraguay el procedimiento es rigurosamente escrito, si bien concurren actos en los que se utiliza la palabra especialmente en la prueba testifical. Y en el Perú, en teoría rige la oralidad, pero impera la presentación de escritos.

El proceso civil cubano se llega a calificar como "rabiosamente escrito", hasta el punto que incluso la práctica de pruebas –incluido el interrogatorios de las partes- se realizan por escrito. Solamente se contempla oral la vista conclusiva del procedimiento ordinario, que en muchos casos se prescinde. Sin embargo, una incipiente tendencia hacia la oralidad se abre con la Instrucción núm. 191, de 14 de abril de 2009, por la que se potencia ésta y se concreta en la incitación para que los tribunales hagan uso de la facultad por la que, en cualquier estado del proceso, puedan hacer comparecer a las partes para interrogarlas sobre los hechos del litigio u ordenar las inspecciones de cosas, libros o documentos relacionadas con el objeto del mismo. Se realiza una vez concluida la fase de alegaciones, constituyendo una especie de audiencia de cierre, previo al comienzo de la fase probatoria, lo que permite un contacto directo con las partes que es ajeno a lo que ocurre en el proceso escrito.

En el Proyecto de Código Procesal Civil chileno se introduce con rotundidad la oralidad. Esto no impide que "*la demanda, la reconvención, la contestación de demanda y la presentación de recursos fuera de las audiencias, deberán efectuarse en forma escrita*" (arts. 7 y 64 PCPC). La inmediación se garantiza con la sanción de nulidad en caso de que se infrinja (arts. 8 y 65 PCPC); y también se pretende que se desarrolle con concentración y publicidad (arts. 9, 10, 66 a 71 PCPC).

En fin, como se observa, los hechos se introducen como regla general mediante la escritura incluso en los procedimientos que pueden considerarse como plenamente orales. Es así posiblemente por exigencias de precisión que resulta favorecida por el modo escrito. Así y todo, como se observa en los modelos de oralidad cualificada o potenciada ciertos actos de alegación (especialmente la contestación a la demanda y reconvención) pueden realizarse mediante la palabra. Aunque se potencia la celeridad y concentración sin especiales mermas en cuanto a la precisión. Precisamente esto último se produce porque, desde que se le cita para la vista hasta que ésta se lleva a cabo, el demandado ha tenido tiempo más que suficiente para conocer la pretensión. Justamente esto provoca una cierta posición de ventaja a favor del demandado que ha tenido tiempo sobrado para preparar la vista y, en cambio, el actor conocerá estas alegaciones en el mismo acto en el que tendrá, en su caso, que dar respuesta a las eventuales excepciones que plantee. Este desequilibrio solamente se compensa redactando una demanda que contenga el objeto del proceso pero no todas las explicaciones o argumentos sobre normas aplicables, su interpretación, o sobre la jurisprudencia aplicable.

4. El punto de partida de la oralidad en el Código Modelo y una propuesta de flexibilización en la forma del procedimiento

En el Código Modelo se proclama la instauración de la oralidad. Según manifiesta expresamente la Base 20 del Tema 2 "Bases generales comunes para códigos latinoamericanos de Procedimiento Civil", *"debe procurarse la efectiva realización de los principios de publicidad, inmediación y concentración; para ello la oralidad resulta el sistema más eficaz*". Y con similar cuando no mayor rotundidad, la Exposición de Motivos del mismo Código Modelo, entre los "Principios rectores", señala que el proyecto se afilia al sistema de oralidad conforme a lo dispuesto por las Bases (Tema 1, Base 2 y Tema II, Base n 20). Lo argumenta en que por este sistema se han inclinado la mayoría de procesalistas iberoamericanos, si bien ello no implica la exclusión de determinados actos realizados mediante la escritura, no solamente en lo relativo a la prueba documental, sino también respecto a la etapa de proposición y la de los recursos (demanda, contestación, reconvención, interposición de recursos y la contestación…) La audiencia, destacando la preliminar, aparece como elemento central del proceso. De ese modo, según siempre la misma Exposición de Motivos, al reunirse las partes con el juzgador, *"permite el intercambio, la ratificación y la más fácil descripción (y comprensión) del pasado, que importa y es trascendente, con las narraciones, muchas veces complementarias a través de pedidos de aclaraciones), aun con las ineludibles contradicciones"*. Y esto, además, considerando que el proceso oral o por audiencia *"es el único que permite el efectivo acceso a la Justicia, que hoy se reclama insistentemente para el cumplimiento del fin social de dicho proceso"*. Se busca, en definitiva *"revertir el sistema actual de pro*

ceso escrito en Iberoamérica, "desesperantemente escrito" como lo calificara Couture, lento, pesado, burocrático, alejado de la realidad".

Todo lo anterior no queda en el Código Modelo en una simple expresión de intenciones expresadas con mayor o menor rotundidad, sino que tiene su reflejo en las normas concretas que contiene. Así, el art. 7 impone la publicidad "*salvo que expresamente la ley disponga lo contrario o el Tribunal así lo decida por razones de seguridad, de moral o de protección de la personalidad de alguna de las partes*"; y el art. 8 la establece "*tanto las audiencias como las diligencias de prueba que así lo permitan, se realizarán por el Tribunal no pudiendo éste delegarlas so pena de nulidad absoluta, salvo cuando la diligencia deba celebrarse en territorio distinto al de su competencia*"; el art. 9 la pronta y eficiente administración de justicia y la concentración: "*los actos procesales deberán realizarse sin demora, tratan do de abreviar los plazos cuando se faculta para ello por la ley o por acuerdo de partes y de concentrar en un mismo acto todas las diligencias que sea menester realizar*". Lo anterior se complementa con lo previsto en el art. 18, que establece la "indelegabilidad e inmediación". Así como en los arts. 95 a 98, donde se prevé, entre otras cosas, que el Tribunal presidirá las audiencias "bajo pena de nulidad que compromete su responsabilidad funcional", y a quien incumbe su dirección y dispondrá de todas las facultades disciplinarias indispensable para asegurar su adecuada celebración (art. 95). Las fechas de las audiencias se fijarán "con la mayor contigüidad posible a los efectos de procurar la continuidad del proceso y la identidad del titular del órgano jurisdiccional" (art. 96); y deberá documentarse debidamente en acta (arts. 97 y 98).

En fin, en el Código Modelo se opta claramente por un modelo de procedimiento oral, sin perjuicio de que algunos actos puedan realizarse mediante la escritura, por entenderse que para los mismos ésta es más conveniente (principalmente, la redacción de la demanda conforme a su art. 76).

No voy a insistir en que resulta sin duda la opción, en general o como principio, más conveniente. Como indiqué en páginas anteriores, solamente el procedimiento oral se informa por la inmediación, concentración y publicidad real, de modo que se halla en condiciones de ofrecer en principio respuestas jurisdiccionales de mayor calidad en atención no solamente al tiempo de respuesta ofrecida sino incluso en cuanto a parámetros de garantías de las partes y de la decisión judicial conforme a los elementos jurídicos y fácticos. Eso no significa que en su seno no solamente sean posibles, sino que incluso convengan o sean necesarios determinados actos realizados mediante la escritura. Ahora bien, que se inserten puntualmente actuaciones escritas en un determinado procedimiento no impide su global calificación como procedimiento netamente oral. En mi opinión, ni siquiera resulta correcta la calificación de procedimiento "mixto", aunque se utilice esta denominación para poner de manifiesto la eventualidad de que puedan realizarse determinados actos mediante la escritura en el seno de un procedimiento netamente oral en su conjunto. De otro lado, en un mismo ordenamiento jurídico procesal podrán concurrir procedimientos orales con otros escritos, en atención a de-

terminadas circunstancias. Así ocurre, por ejemplo, en el caso español, donde junto a procedimientos principalmente orales como excepción se regula algún procedimiento escrito; y lo mismo en otros ordenamientos como, entre otros, el argentino. Aunque escrito, concreta juicios vinculados con el derecho de familia orales en varios distritos.

En mi opinión, el camino que inicia el Código Modelo en este punto puede considerarse en general correcto. No obstante, dadas sus exigencias, la implementación de la oralidad puede resultar inconveniente cuando no viene acompañada de los esfuerzos materiales y humanos que requiere. Así y todo, los novedosos y añadidos problemas que plantea un procedimiento oral –entre otros, eventuales nulidades por defectos en la grabación de las audiencias-; los precarios medios materiales con los que suele contarse –por insuficiencia de espacios físicos y de dotación personal de los juzgados-; o las reticencias de los operadores jurídicos –principalmente por los esfuerzos e incomodidades que implica-, no deben servir de pretexto o excusa para defender la conveniencia de la escritura frente a la oralidad. En lugar de justificar una rendición, el enfoque correcto más bien ha de ser el de redoblar esfuerzos reclamando allanar el camino hacia la oralidad, exigiendo más medios materiales y personales, así como mayores esfuerzos en formación jurídica de las partes y del propio juzgador en la preparación de los asuntos. Todo ello con el objeto de aspirar a las mayores niveles de calidad en la respuesta judicial que solamente la oralidad, debidamente implementada, puede ofrecer.

Pero siendo la oralidad el punto de partida o la regla general, no hemos de pasar por alto que concurren razones para mantener determinadas actuaciones realizadas en un procedimiento mediante la escritura. Y del mismo modo, se justifica que determinados procedimientos, sobre todo por las características de la relación jurídica material que tutela, o por otras razones como las grandes distancias entre los lugares que se hallan las partes entre sí, y/o entre éstas y el órgano jurisdiccional, implementen la escritura en cuanto se compensan sus inconvenientes naturales con las ventajas que puntualmente pueda aportar en determinados supuestos.

Tan es así que ya se ha venido reclamando ya no solamente la existencia de procedimientos "mixtos" sino más allá, de procedimientos flexibles en los que pueda decidirse en el caso concreto y según las circunstancias que un mismo asunto pueda sustanciarse mediante procedimiento bien oral, bien escrito. Así lo proponen algunos autores, como Taruffo[61], quien, en busca de la máxima eficiencia, propone que sea el juzgador quien caso por caso establezca el procedimiento oral o escrito a seguir. Es más, esta sugerente propuesta no ha que-

61 TARUFFO, M., "Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation", en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, I, *Ponencias generales e informes nacionales*, (coor.: CARPI y ORTELLS), cit., pág. 204. MEROI, A., en su informe nacional se refiere la creación de un "tribunal multipuertas" que reciban las causas y que, a través de profesionales especializados, deriven su conocimiento a la vía más adecuada para su solución. Más adelante, cuando aporta su posición personal sobre la cuestión, se refiere a la "consideración de la oralidad en aquellos conflictos que más lo requieran".

dado solamente en una mera declaración de conveniencia sino que incluso ya puede vislumbrarse algún reflejo normativo. El art. 5.1 del Reglamento (CEE) 861/2007, regulador de un procedimiento europeo de escasa cuantía, dispone literalmente que *"el proceso europeo de escasa cuantía será un procedimiento escrito. El órgano jurisdiccional celebrará una vista oral si lo considera necesario o si una de las partes así lo solicita. El órgano jurisdiccional podrá desestimar dicha solicitud si considera si considera que, habida cuenta de las circunstancias del caso, la vista oral resulta a todas luces innecesaria para el correcto desarrollo del procedimiento…"* Como puede observarse, la citada norma implanta un procedimiento caracterizado por la "eventualidad". En efecto, parte de un procedimiento escrito por considerarse éste más adecuado probablemente dadas las circunstancias concretas que concurren, esto es, al tratarse de asuntos transfronterizos por tanto se supone que con grandes distancias entre las partes entre sí y entre éstas y el órgano jurisdiccional. Sin embargo, prevé una eventualidad: la celebración de "vista oral", tanto de oficio, cuando el órgano jurisdiccional lo considere necesario, como a instancia de parte. En este último caso, se adoptará salvo que el órgano jurisdiccional considere, en función de las circunstancias del caso, que resulte innecesaria.

Aunque sea partiendo de la oralidad, quizá haya llegado el momento de empezar a reclamar un procedimiento que se adapte a las concretas circunstancias, necesidades y hasta a la voluntad de las partes. No debería resultar descabellado un procedimiento más o menos flexible que permita incorporar elementos escritos en el mismo o incluso prever posibilidad de las partes de optar en el caso concreto por alternativas procedimiento oral.

En una línea similar al citado Reglamento (CEE) 861/2007, podría imaginarse un procedimiento general regido por la oralidad en el que, sin perjuicio de integrar ya de entrada determinados actos realizados mediante la escritura, fuera posible introducir elementos escritos eventualmente, sea de oficio, cuando las circunstancias lo pudieren aconsejar, o a instancia de parte. Incluso, de un modo similar a lo que ocurre con el procedimiento arbitral en la legislación española[62], podría preverse que las partes puedan convenir libremente el procedimiento y, a falta de acuerdo, que el órgano jurisdiccional pudiera, siempre con respeto de las garantías constitucionales y, en especial, la debida contradicción y el derecho de defensa, dirigir el procedimiento del modo que consideren adecuado.

Que el procedimiento tenga una estructura compacta, inflexible e indisponible, más allá de no aprovechar los actos sucesivos que lo integran, obedece, entre otras cosas, a una desconfianza en el buen criterio y calidad de la decisión de un juzgador al que, sin embargo, sí se le confía la decisión del litigio; a un escaso respeto por la libertad de las partes que convenzan al juzgador

62 Conforme al art. 25.1 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, *"…las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones. 2. A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren adecuado…"*

de la conveniencia de uno de los modelos alternativos o de común acuerdo le vinculen en el establecimiento del procedimiento siempre que se cumplan las garantías procedimentales; y a una pretendida seguridad jurídica no obstante poderse cumplir ésta a pesar de dotar al procedimiento de cierta flexibilidad en aras de obtener la máxima eficacia.

Las posibilidades de concreción son desde luego diversas. No es este el momento para profundizar en el detalle y sistematización de las mismas. Solamente indicaré ahora que desde las posibilidades de establecer concretos actos escritos en un procedimiento oral, hasta que las partes y el órgano jurisdiccional –con respeto a los principios constitucionales- configuren más o menos libremente el procedimiento según sus concretas necesidades o situaciones, cabe un abanico de posibilidades intermedias ciertamente diverso. Así, por ejemplo, cabe permitir la configuración por el órgano jurisdiccional o por las partes si bien con el establecimiento de mínimos o pautas legales a seguir: o el diseño legal de dos alternativas procedimentales, una preferente o subsidiaria oral y otra escrita, a las que sea posible acogerse según los casos.

Con todo, no ha de pensarse que lo anterior es una propuesta legislativa ficción. En el propio Código Modelo podemos encontrar algunos indicios que permitirían apuntar en dicha dirección. El art. 33.3) del mismo, aunque sea en aras de respetar el diseño legal inmutable, cuando se refiere a las facultades del tribunal, contempla la de *"dar al proceso el trámite que legalmente corresponda cuando el requerido aparezca equivocado"*; y, sobre todo, el mismo art. 74 que, en relación con la forma de los actos procesales dispone que *"cuando la forma de los actos procesales no esté expresamente determinada por la ley, será la que resulte indispensable e idónea para la finalidad perseguida"*. No quiere decirse, con lo anterior, que en el Código Modelo contiene esta flexibilización procedimental, pero sí que se vislumbran indicios que estarían apuntando de algún modo en dicha dirección. Se trata de que, con respeto en cualquier caso de las garantías mínimas al menos relativas a la contradicción y defensa, y aunque sea con el establecimiento legal de ciertas condiciones, requisitos o diseños preconcebidos alternativos, sea por el órgano jurisdiccional o por las partes, como indica el citado art. 74 del Código Modelo, se dé a los actos procesales la forma que *"resulte indispensable e idónea para la finalidad perseguida"*.

MORALIDAD, VERACIDAD Y COLABORACION: SU INCIDENCIA EN EL PROCESO CIVIL CONTEMPORANEO

(EL CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA Y LA EXPERIENCIA DE CODIGO GENERAL DEL PROCESO URUGUAYO)

Santiago Pereira Campos[1]

1. LA MORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL MODERNO

El Derecho Procesal moderno asiste al renacimiento de los principios de lealtad, probidad y buena fe. La moralización del proceso preocupa no sólo a los operadores jurídicos (jueces, abogados y justiciables), sino también a los cuerpos legislativos, y por supuesto, a la doctrina procesal. En efecto, el avance incontenible de la idea moral como rectora del proceso está produciendo, en muchos casos, un importante empuje legislativo tendiente a asegurar la ética del debate judicial. Lamentablemente, no siempre se obtienen los resultados buscados.

Como señala VESCOVI[2], se ha discutido mucho en el pasado sobre la posibilidad de aplicar al proceso la regla moral, habiendo prevalecido ampliamente la posición afirmativa, superándose así las discusiones. No se busca volver a la primitiva indiferenciación entre reglas morales, jurídicas, religiosas y de costumbre, sino, simplemente, realizar la tarea de moralización del Derecho -y por ende del proceso- y aplicar las reglas de la moral a través de los preceptos jurídicos, sin que éstos pierdan sus características fundamentales que

1 Profesor Titular de Derecho Procesal y de Litigación por Audiencias en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (Uruguay). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal "Eduardo J. Couture". Socio de Rueda Abadi Pereira. spereira@rap.com.uy.

2 Véscovi, E., "Los principios rectores del proceso", en "Curso de Derecho Procesal", T. I, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Montevideo, 1974, p. 81.

garantizan los derechos de los individuos. No se trata de la aplicación directa de la regla moral, lo cual tiende a inseguridades y falta de garantías, sino de la aplicación de normas jurídicas claras que consagren reglas éticas.

Al hacer referencia a este auge de la moralidad procesal, no se quiere significar que esta temática sea una cuestión nueva. Los principios de buena fe y lealtad procesal son ya contemplados desde la antigüedad[3].

No obstante, dada la acentuación del principio dispositivo, estos preceptos jurídicos de actuación moral en el proceso se fueron desdibujando principalmente en la codificación procesal del siglo XIX, de tendencia individualista y liberal. De ese modo, como señala MONTI[4], cayeron en el olvido muchos textos célebres de la antigua legislación española, transformándose el proceso en una contienda en la que solía triunfar el más hábil o el más astuto, con independencia de si le asistía o no razón.

Actualmente, y desde hace ya algún tiempo, como consecuencia de la decadencia -al menos en el proceso- de la ideología liberal a ultranza, y del surgimiento de una nueva sensibilidad social que se resiste a que lo intrínsecamente injusto se resguarde en lo formalmente lícito, se han llevado las cosas a su justo lugar. En efecto, la libertad de la conducta reservada a las partes no puede ir tan lejos como para permitirse la violación de la buena fe y la ética y el empleo deliberado del dolo y del fraude en el proceso.

No puede olvidarse que el proceso persigue la aplicación del derecho, su concresión al caso concreto, y, por ende, si bien existen en él posiciones opuestas, debe estar guiado por la lealtad y la ética en la búsqueda de la verdad, tanto en cuanto al fondo o derecho pretendido, como en cuanto a la forma de llevarlo adelante. Por otra parte, la represión de la conducta desleal o fraudulenta resulta de esencia en la labor de humanización del proceso que ya reclamaba CHIOVENDA. Los hombres que actúan en el proceso -dice GELSI BIDART[5]- están sometidos, también allí, a la regla moral. El proceso no es una tierra de nadie o un sector privilegiado, o un mundo separado, al margen de la ética.

3 Couture recuerda que la Real Cédula de Aranjuez al instituir en 1794 el tribunal del Consulado, con jurisdicción para todo el Virreinato del Río de la Plata, y sentar las bases del que habría de ser nuestro procedimiento civil y comercial, consignó, en un precepto contundente, el deber de actuar en juicio "a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada", fórmula famosa que consagra los principios de lealtad, probidad y buena fe procesales (Couture, E., "Estudios de Derecho Procesal Civil", T. III, p. 238).

4 Monti, L., "Principios formativos del derecho procesal civil", en "Temis", No. 15, p. 5.

5 Gelsi Bidart, A., "Proceso y regla moral", separata de la Revista Facultad de Derecho de México, T. X, 1960, p. 174.

En cierto modo se produce una atenuación del principio dispositivo y un reforzamiento del principio de autoridad, dado que para lograr la moralidad en el proceso, deben atribuirse al tribunal importantes poderes-deberes[6].

Como señala DÍAZ[7], la formulación del principio de moralidad presupone el triunfo constructivo de la orientación publicista del Derecho Procesal, con el consiguiente abandono de las concepciones simplemente utilitario-hedonísticas e incluso belicistas, imbricadas en la tendencia privatística del liberal-individualismo.

2. LA DEFINICION DEL PRINCIPIO DE MORALIDAD EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA (CPCMI) Y EN EL CODIGO GENERAL DEL PROCESO URUGUAYO (CGP)

El principio de moralidad procesal surge expresa e implícitamente con claridad de múltiples disposiciones del CPCMI y del CGP.

En tanto el CGP uruguayo -vigente desde 1989 con excelentes resultados- tiene en el CPCMI su antecedente inmediato, reitera en sede de principios procesales las normas del Modelo con mínimas variaciones. Por ende, las referencias que en este trabajo se realicen al CGP, son también aplicables al CPCMI.

Podría decirse con acierto que todas las normas del cuerpo normativo se hallan impregnadas por el principio rector de moralidad.

El art. 5º dispone:

"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".

El art. 6º, por su parte, complementa de modo perfecto dicha norma disponiendo:

6 Peyrano, J., "El Proceso Civil - Principios y Fundamentos", Buenos Aires, 1978, p. 172.
7 Díaz, C., "Instituciones de Derecho Procesal", T. I, Buenos Aires, 1968, p. 260 y 261.

"Ordenación del proceso.- El tribunal deberá tomar, a petición de parte o de oficio, todas las medidas necesarias que resulten de la ley o de sus poderes de dirección, para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso".

Múltiples disposiciones del CPCMI y del CGP afirman, especifican, complementan y proyectan este principio esencial del proceso moderno[8].

El principio tiene en Uruguay bases constitucionales en los arts. 7, 72 y 332 y se especifica en los arts. 18 y 23 de la Constitución[9].

Entre los antecedentes de este principio tal como se halla hoy consagrado pueden mencionarse el Proyecto Couture (art. 7), el Código de Procedimiento Civil (art. 466), el Código Civil (art. 688), el Código Penal (arts. 180, 183, 243), el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina (arts 34 5) d) y 6), 35, 45, 167) y muy especialmente el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (arts. 5 y 6).

3. CONCEPTO, CONTENIDO Y ALCANCE DE LA MORALIDAD EN EL PROCESO

La buena fe, la lealtad, la veracidad y la probidad, son componentes de un concepto más amplio que se podría denominar principio de moralidad.

El principio de moralidad puede definirse, siguiendo a DÍAZ[10], como "el conjunto de reglas de conducta, presididas por el imperativo ético, a que deben ajustar su comportamiento procesal todos los sujetos procesales (partes, procuradores, abogados, jueces)".

De esta definición se excluye a otros sujetos que participan en el proceso: testigo, perito, intérprete, en tanto la infracción por estos sujetos del imperativo ético es generalmente susceptible de sanción penal, por constituir un delito. El CGP no parece efectuar esta distinción dado que el art. 5 se refiere a "las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes

8 A modo de ejemplo, pueden mencionarse los siguientes arts. del CGP: 2, 7, 8, 9, 11, 10, 20, 24 1) 3) 6) 9) 10) y 11), 25.2., 26 2), 40, 54, 56 a 62, 63 inc. 2, 71.1 inc. 2, 72.1, 73, 92, 100, 101, 106, 107.4, 109, 112, 114, 117, 118, 119.2, 121, 130, 131, 132, 133 3), 135, 144, 147, 148, 149, 159, 160.3, 161, 164, 168, 171, 172.2., 173, 176, 180 a 182, 189, 191, 198, 210 a 213, 225, 231, 232, 253.1 inc. 3, 261, 264.3, 267, 279, 283, 286, 292, 295.3, 309 1), 310, 314, 321, 324.6, 326.5, 328.5, 340.3, 341, 343.3, 343.6, 359, 374.3, 379.3, 386.1, 390, 392, 404.1, 420 2), 449, 470, 471, 483 inc. 2, 485, 497, 512, 519 1), 523.

9 Cf. Reyes Terra, A., "El principio de la buena fe en la práctica judicial civil-Temas de jurisprudencia", Montevideo, 1969, p. 125, p. 16.

10 Díaz, C., ob. cit., T. I, p. 264.

del proceso", entre los cuales cabe incluir a los testigos, peritos, intérpretes, etc.[11].

COUTURE[12] prefiere definir la buena fe procesal; y lo hace en los siguientes términos: "calidad jurídica de la conducta, legalmente exigida, de actuar en el proceso con probidad, en el sincero convencimiento de hallarse asistido de razón"[13].

El principio de moralidad implica excluir del proceso la malicia, la mala fe, la deshonestidad y, en definitiva, la inmoralidad, las cuales no pueden ser jamás instrumentos lícitos para ganar pleitos[14]. Por ello, la violación del principio debe implicar perjuicios para el infractor. Esos perjuicios, generalmente a través de sanciones, deben sobrevenir cuando se traspasan los límites de la lealtad y buena fe. PALACIO[15] señala que ese límite se traspasa cuando la conducta deja de ser la manifestación de la habilidad o capacidad de la defensa, para colocar a la otra parte en la necesidad de sufrir una pérdida inútil de tiempo o de desplegar una actividad superflua u onerosa sin sentido; o sea que existe una actitud realmente disgregante de una de las partes en la cooperación necesaria en el proceso.

El régimen procesal debe inducir a los sujetos a actuar éticamente, no sólo para cumplir con su conciencia moral, sino también -y principalmente- para obtener un resultado práctico que les haga ver que la deshonestidad no resulta en el proceso redituable.

CARNELUTTI[16] afirma que, si bien no caben dudas de que el proceso debe ser conducido con lealtad, la definición del propio concepto de lealtad procesal es difícil de determinar[17]. Afirma que leal viene de legalis y se refiere

11 Tal parece ser también la opinión de Gelsi Bidart, A. en "Orientación General del Código y Principios del Proceso", "Curso sobre el Código General del Proceso", T. I, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Montevideo, 1989, p. 16.

12 Couture, E., "Vocabulario Jurídico", Buenos Aires, 1988, p. 127.

13 Podetti afirma: "He intentado definir al principio de moralidad, diciendo que consiste en el deber de ser veraces y proceder con buena fe, de todos cuantos intervienen en el proceso, a fin de hacer posible el descubrimiento de la verdad" (Podetti, J., "Teoría y técnica del proceso civil", Buenos Aires, 1954, p. 97).

14 Señala Calamandrei: "El proceso no es solamente ciencia del derecho procesal, no es solamente técnica de su aplicación práctica, sino que es también leal observancia de las reglas del juego, es decir, fidelidad a los canones no escritos de corrección profesional que señalan el límite entre la elegante maestría del esgrimista perfecto y las torpes marrullerías del fullero" (Calamandrei, P., "Estudios sobre el proceso civil", T. III, Buenos Aires, 1961, p. 269).

15 Palacio, L., "Derecho Procesal Civil", T. III, Buenos Aires, 1979, p. 50.

16 Carnelutti, F., "Derecho procesal Civil y Penal", I , "Derecho Procesal Civil - Derecho y Proceso", Buenos Aires, 1981, p. 233.

17 Concordantemente, Calamandrei afirma que "es muy difícil establecer hasta dónde llegan los derechos de una sagaz defensa y dónde comienza el reprobable engaño. Precisamente por esa dificultad, que desaparecería en un proceso de tipo rígidamente inquisitorio, el cometido de la doctrina viene a ser tan arduo cuando se trata de trasladar al campo del proceso las nociones

por eso a la ley de juego, la cual para este autor, en el proceso se traduce en la ley del diálogo. Señala CARNELUTTI que la experiencia demuestra que cada parte trata de sorprender al adversario con un movimiento que éste no esperaba. Entiende que si bien el proceso es un juego, no puede tener características que impliquen que una parte ignore los movimientos y las armas de la otra parte. "Yo pienso -afirma- que el fair play procesal no consiente este comportamiento. El proceso, en suma, debería ser un juego a cartas descubiertas". Podrá una parte sorprender a otra con un movimiento inesperado, pero nunca debería poder esconder sus fundamentos (sus armas). La lealtad procesal exige a cada parte exponer sus razones y proponer sus pruebas tan pronto como ello sea procesalmente posible.

El CGP y el CPCMI, al imponer que con la demanda y la contestación se presente toda la prueba de que se dispone y se ofrezca la que no se dispone, está limitando la posibilidad de que se actúe ilícitamente en este aspecto (arts. 118 y 131 del CGP).

La consagración legislativa del principio de moralidad en el proceso requiere, generalmente, de dos aspectos complementarios: a) que se establezcan en la ley los imperativos éticos (lealtad, buena fe, probidad), que si bien pueden resultar muy vagos, ambiguos, teóricos y hasta programáticos, preparan el clima necesario para el dictado de posteriores normas particulares; b) el dictado de normas particulares que establezcan sanciones en los casos de violaciones concretas de los postulados generales.

El CGP –al igual que el CPCMI- cumple con este doble enfoque, dándose, por una parte, en el art. 5, la consagración de los principios rectores de buena fe, lealtad, actuación conforme a la dignidad de la Justicia y respeto entre los litigantes, e imponiéndose en el art. 63 inc. 2o. que los actos procesales habrán de ser realizados con "veracidad y buena fe". Por otra parte, el art. 6 otorga genéricamente al tribunal poderes-deberes -que luego se especifican en otras normas (por ejemplo, art. 24 nums. 9 y 10)- para sancionar la violación de los referidos principios.

Como enseñaba GELSI BIDART[18], en el CGP, en cuanto a la conducta de los sujetos del proceso, se recoge el movimiento universal tendiente a la preservación y promoción de una conducta ética adecuada, en base a:

a) La buena fe: actuar de acuerdo al conocimiento de los hechos reales y según el entender racional del derecho aplicable.

relativas a los efectos y las figuras de la mala fe que en el campo del derecho sustancial son ya tan comúnmente admitidas;..." (Calamandrei, P., "Estudios sobre...", T. III, p. 269).

18 Gelsi Bidart, A., "Orientaciones...", p. 16.

La buena fe es una regla de conducta, una calificación del comportamiento humano de acuerdo a determinados parámetros. Precisamente GAMARRA[19] se refiere a la normatividad de actividad o criterio de valoración de un comportamiento, al analizar el principio de la buena fe. Esta pauta de comportamiento llena su contenido con las exigencias morales de la conciencia social de una comunidad determinada en un momento histórico dado, siendo por ello esencialmente variable. El ordenamiento jurídico exige este comportamiento de buena fe, implicando no sólo un límite a la conducta deshonesta (aspecto negativo), sino también la necesidad de un actuar positivo, prestando al prójimo todo aquello que razonablemente exige una fraterna convivencia[20]; en definitiva consiste en un modo de actuar en el cual los demás puedan confiar. El principio de buena fe configura un standard o modelo jurídico de conducta social, quedando en el ámbito o competencia del juez la valoración de si cada caso concreto encaja o no en el tipo.

b) La lealtad: actuar de frente, sin subterfugios, sin abusos, sin torcer el alcance de la ley, respetando la autoridad judicial y los derechos del adversario.

c) El respeto a todo partícipe del proceso, como el que se debe a toda persona.

d) Una conducta adecuada a la dignidad de la justicia: por un lado al tribunal que procura ser su encarnación o, al menos, el organismo preferentemente dedicado a su aplicación y, por otro, a la excelencia de ese valor, que resume en sí el centro nuclear del orden jurídico[21].

Sin intención de agotar el elenco, puede afirmarse que la moralidad en el proceso implica actuar[22]:

a) Colaborando en la marcha del proceso: las partes no deben dilatar maliciosamente el proceso, promoviendo incidentes infundados o por espíritu de emulación o capricho, o presentando escritos o realizando actos inútiles o innecesarios.

b) Utilizando el proceso para la satisfacción de intereses lícitos, evitándose el abuso de las vías procesales y el fraude procesal.

19 Gamarra, J., "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", T. XVIII, Montevideo, 1987, p. 250.

20 Ver Van Rompaey, L., "La responsabilidad por el uso indebido de las vías procesales y la incidencia del Código General del Proceso", ADCU, T. XX, Montevideo, 1990, p. 379.

21 La jurisprudencia ha entendido que el debido respeto a la Justicia implica necesariamente la asistencia puntual a las audiencias dispuestas (S. 1688/90, J. Ldo. Civ. 24 T.).

22 Cf. Díaz, C., ob. cit., T. I, p. 272.

c) Proporcionando información correcta y plena: la obrepción, la reticencia, la ambigüedad, etc., adquieren en el proceso carácter malicioso, cuando están destinadas a perjudicar.

El art. 5 del CGP consagra el deber de buena fe procesal, el cual se ve reiterado por el art. 63 inc. 2 al establecer que los actos procesales habrán de ser realizados con buena fe. Por otra parte, el art. 61 sanciona la transgresión al principio de buena fe al disponer que cuando la mala fe resulte acreditada la parte podrá ser condenada por los daños y perjuicios ocasionados.

Los arts. 189 y 191 del CGP, a los que nos referiremos más adelante, regulan precisamente el deber de colaboración de los terceros y las partes para la práctica de medidas probatorias.

Todos estos conceptos habían sido ya recogidos por la jurisprudencia uruguaya antes de la vigencia del CGP[23].

4. EL DEBER DE VERACIDAD

Desde hace ya mucho tiempo, la doctrina ha procurado determinar si en el proceso existe o no un deber jurídico de las partes de decir verdad; o sea, si el precepto moral es también precepto de derecho. Las opiniones en cuanto a la conveniencia de instaurar el deber de todos los sujetos procesales de ser veraces han estado divididas. Frente a las opiniones afirmativas de COUTURE, PODETTI y GROSSMANN -entre otros-, se han levantado las de quienes, como WATCH, REDENTI y CALAMANDREI han descalificado el instituto.

COUTURE[24] examinó esta cuestión en profundidad partiendo del análisis de los textos jurídicos de la antigüedad, llegando hasta el viejo Código de Procedimiento Civil uruguayo (CPC). Señalaba que, sea en forma directa o indirecta, el deber de veracidad surgía reiteradamente consagrado. No obstante, señalaba el curioso fenómeno de que, si bien podría decirse que no ha existido una sola fuente de la codificación de nuestros países en que no se hubiera consignado en forma expresa un deber jurídico y moral de decir verdad, ni uno solo de los textos de estos países contenía -como ahora sí lo hace el CGP- un precepto que estableciera expresamente el deber de decir la verdad.

23 RUDP, 4/79, p. 84, n. 287; RUDP, 4/80, p. 387, n. 237 y 239; RUDP, 2/82, p. 259, n. 369 y 370; RUDP, 3/84, p. 366, n. 159; RUDP, 4/85, p. 373, n. 1 y 2; RUDP, 3/86, p. 315, n. 257; RUDP, 2/87, p. 187, n. 50; RUDP, 3/89, p. 336, n. 1. También: Reyes Terra, A., ob. cit., p. 125, n. 12 y p. 131, n. 13; LJU, T. LXIII, c. 9597, p. 266; LJU, T. LXXXVI, c. 9860; AJLab., 80-81, n. 1032; AJLab., 82-83, p. 375.

24 Couture, E., "El deber de las partes de decir verdad", en "Estudios...", T. III, p. 235.

Pueden señalarse tres corrientes reseñadas por COUTURE[25] en cuanto a la necesidad o no de consagrar normativamente el deber de decir verdad.

a) Una primera posición[26] sostuvo que los textos que determinan deberes de lealtad, de probidad y de verdad, son absolutamente innecesarios y que no existe ninguna razón para insertar dentro de un proceso civil una norma de esta naturaleza.

b) Una segunda posición afirma que el problema de decir verdad no es un problema de postulados, sino de normas. No se trata de que el legislador de consejos o imponga deberes abstractos, sino de que se consagren sanciones para el incumplimiento de esos deberes.

c) Finalmente, en una tercera línea de opinión modernamente mayoritaria, se encuentran aquellos que creen que existe efectivamente un deber de decir verdad con texto expreso y sin texto expreso, con sanciones y sin sanciones, bastando el cúmulo de disposiciones que se hallan en todos los códigos tendientes a reprimir la ligereza, la malicia o el dolo del proceso.

El proceso civil, por ser esencialmente dispositivo, plantea la duda, incluso práctica, de que pueda operar el deber de veracidad. En efecto, dada la disponibilidad -más o menos amplia- que el actor y el demandado tienen de las afirmaciones y de las pruebas, el proceso civil se tramita con arreglo a una especie de verdad formal por la cual la verdad real aparece muchas veces deformada. Esto podría llevar a que el juez quedara sometido, por la propia naturaleza del proceso, a tolerar sin poder actuar, las violaciones al deber de decir verdad. Sin embargo, dados fundamentalmente los nuevos avances codificadores, ni el proceso civil es absolutamente dispositivo, ni el juez está amarrado a las partes; por el contrario, como sucede en el CGP y en el CPCMI, se le conceden al juez importantes poderes-deberes que le habilitan a ser el verdadero director de la litis.

Por otra parte, como señala COUTURE, en el proceso preeminentemente dispositivo pueden distinguirse dos esferas: la del querer (manifestaciones de voluntad) y la del saber (manifestaciones de conocimiento)[27]. Nada impide que el que sabe la verdad la diga y a continuación exprese su querer, y, por la

25 Couture, E., "Estudios...", T. III, p. 241/243.

26 Señala Couture ("Estudios...", T. III, p. 242), que tal es la posición sostenida por el profesor Ricca Barberis en nombre de la Universidad de Turín, en observación que formuló al Proyecto preliminar del Código italiano ("Esame del Progetto Preliminare del Codice di Procedura Civile da parte della Facoltà di Giurisprudenza", Turín, 1938, p. 16).

27 Señala Peyrano que incluso "se ha cuestionado la existencia del deber de veracidad, argumentándose que la afirmación procesal, siguiendo las ideas sustentadas al respecto por Kohler, es una expresión de voluntad que resulta, por ende, imposible juzgar como verdadera o falaz" (Peyrano, J., ob. cit., p. 235).

dispositividad del proceso, cuando ello fuere posible, predominará el querer (la voluntad) sobre el saber (la verdad)[28]. De esta forma, no se viola el deber de decir verdad de las partes, y se le permite al juez distinguir aquellas hipótesis en que, por la estructura procesal, se permite que prive la voluntad por más que no coincida con la verdad, de aquellas hipótesis de violación del deber de decir verdad que conducen a la violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe, y resultan perjudiciales para el buen resultado del proceso.

Concluye COUTURE: "es posible afirmar que existe un principio ínsito (aunque no exista texto expreso) en el derecho procesal que determina un deber de las partes de decir la verdad... El proceso tiene cierta nota necesaria, cierta inherencia de verdad, porque el proceso es la realización de la justicia y ninguna justicia se puede apoyar en la mentira"[29].

Concordantemente con la posición de PEYRANO[30], entendemos que dada la consagración doctrinaria y legal del principio de moralidad en el proceso, para guardar coherencia con el mismo, debe considerarse afirmativa la existencia del deber de veracidad. No obstante, dado que su afirmación implica una cierta limitación a la libertad de actuación de las partes, resulta conveniente que los cuerpos legales reglamenten detalladamente todo lo concerniente al mismo.

El CGP acoge expresamente el deber de veracidad en su art. 63 inc. 2, en especial referencia a los actos procesales, los cuales "habrán de ser realizados con veracidad"[31]. De este modo se concreta el postulado general del art. 5.

El tema en estudio tiene además la connotación adicional de que el concepto de verdad tiene contornos cambiantes, porque está condicionado al conocimiento y a lo relativo de sus representaciones. Por otra parte, en el proceso no siempre la mentira aflora fácilmente, existiendo diversos matices derivados generalmente de los mecanismos obrepticios que suelen utilizar las partes. Muchas veces la verdad se oculta a través del silencio de la parte que, si bien no miente directamente, oculta la verdad indirectamente al omitir decir lo que no le conviene[32].

28 Couture ejemplifica esta situación, afirmando: "Si en un proceso de la índole del que venimos examinando, el demandado, al contestar la demanda, dice: 'No debo lo que se me reclama; pero no quiero seguir este proceso y estoy decidido a ponerle fin allanándome a la pretensión del actor', el juez no podrá oponerse a ese allanamiento, porque en último término en el proceso dispositivo lo que prevalece es la voluntad y no el deber" (Couture, E., "Estudios...", T. III, p. 247).

29 Couture, E., "Estudios...", T. III, p. 249; Cf. Morello, A., Sosa, G. y Berizonce, R., "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación - Comentados y Anotados", Segunda Edición, Reelaborada y Ampliada, T. I, Buenos Aires, 1982, p. 658.

30 Peyrano, J., ob, cit., p. 232.

31 Véase, VESCOVI, E., DE HEGEDUS, M., KLETT, S., LANDEIRA, R., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código General del Proceso - Comentado, anotado y concordado", t. 2, ps. 277 y ss. donde se comenta el art. 63 mencionado.

32 Morello, A., Sosa, G. y Berizonce, R., "Códigos...", p. 658 y 659.

Como señala MERCADER[33], para lograr que la verdad se encarne en el proceso, es imprescindible que el juez actúe con prudencia y disponga de poderes suficientes para impedir las actitudes deshonestas y asegurar el clima ético de la justicia. Ello felizmente acontece en el CGP uruguayo, cuyos casi 15 años de vigencia han ratificado que constituye la buena senda.

Se ha planteado también el tema de los límites o excepciones al deber de veracidad. CALÓGERO, por ejemplo, sostiene que no se consuma la infracción al deber de veracidad cuando el falaz, aún después de ser tildado de mendaz por su adversario, reconoce la inexactitud de sus afirmaciones[34].

GROSSMANN[35], por su parte, luego de enumerar una serie de coyunturas que se han esgrimido a modo de justificativos del deber de veracidad, las combate con razón, entendiendo que abrir brechas en este campo, implica dejar sin efecto el deber. Señala que ni "siquiera frente al adversario malicioso se conceden alteraciones de la verdad, puesto que los derechos modernos han eliminado el principio dulum dolo repellere licet (el dolo puede ser repelido por dolo). La mentira de una parte no faculta a la otra para faltar también a la verdad"[36].

Sobre el alcance o contenido objetivo del deber de veracidad, aunque subsiste la polémica, predomina el criterio que sostiene la vigencia del deber, tanto en oportunidad de invocarse la existencia de hechos, como cuando se formulan argumentaciones de derecho[37]. Esto sin perjuicio de la vigencia del principio iura novit curia.

En relación al alcance subjetivo del deber de veracidad, cabe señalar su extensión a todos los sujetos del proceso. Se ha prestado una especial atención al deber del abogado al respecto. Por una parte se ha sostenido la necesidad de atenuar la operatividad del deber de verdad respecto de los letrados, dado que ello beneficiaria la defensa y el interés de la parte, y dado que está obligado a defender incondicionalmente a la parte. GROSSMANN, con gran acierto, rebate esta opinión afirmando que si bien el profesional no debe actuar en contra de los intereses de la parte, cuando el fomento de la causa no fuere compatible con el deber de veracidad, debería no realizar la defensa o, si ya la hubiere iniciado, debiera renunciarla[38].

33 Mercader, "Abogados", Buenos Aires, 1960, p. 93.
34 Calógero, citado por Silveira, A., "La buena fe en el proceso civil", Revista de Derecho Procesal (Argentina), año 1974, No. 2, p. 284.
35 Grossmann, K., "El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles (aspecto doctrinario)", JA, 71-23, Sección doctrina, p. 21.
36 Grossmann, K., ob. cit., p. 20.
37 Peyrano, J., ob. cit., p. 237.
38 Grossmann, K., ob. cit., p. 22.

5. EL ABOGADO Y LA MORALIDAD EN EL PROCESO. SUS DEBERES.

El rol y la responsabilidad del abogado en materia de lealtad y probidad procesal, y, por ende, en la moralización del proceso, resulta primordial.

El abogado debe utilizar el proceso como un medio de apaciguamiento de los enfrentamientos, como un mecanismo socializante que sirve para dirimir pacíficamente desinteligencias humanas. A pesar de ser un enfrentamiento, el proceso tiende al logro de la paz social. Jamás el abogado puede recurrir al engaño, a la ilicitud, a la utilización de mecanismos dilatorios del proceso. La malicia en todos sus grados es condenada porque además de perjudicar la buena marcha y resultado del proceso, afecta el prestigio de la Administración de Justicia.

Por otra parte, como lo ha entendido la jurisprudencia uruguaya[39], el abogado debe actuar con el debido respeto hacia la parte contraria y hacia el juez, siendo, al mismo tiempo, enérgico en la defensa y respetuoso de todos los partícipes del proceso.

En este sentido, el CGP, en su art. 73, dispone: *"Podrá el tribunal mandar testar, haciéndolas ilegibles, las expresiones ofensivas de cualquier índole que se consignaren en los escritos, sin perjuicio de la aplicación de las medidas disciplinarias que correspondiere"*.

Debe distinguirse claramente el caso del que litiga -aún con error- asistido de razón, de los que lo hacen con ligereza culpable o incluso con malicia. Claro está que no todo derrotado es un litigante falto de lealtad y probidad, porque el error forma parte de la naturaleza humana, y en derecho, además, gran parte de las cuestiones son discutibles y admiten más de una interpretación. No puede exigirse al abogado que sólo preste asistencia en aquellos casos en que la certidumbre de que la pretensión sea acogida sea total y absoluta, porque ello, en derecho, es imposible.

No obstante, un abogado diligente y racional debe medir, antes de iniciarlo, el alcance del proceso. Debe actuar con reflexión, tacto y prudencia, ponderando las consecuencias de sus propios actos. Esto resulta fundamental porque al justiciable litigante no se le puede atribuir, en la mayoría de los casos, conciencia de la falta de fundamento de su accionamiento o de su defensa, porque ello implica, generalmente, idoneidad técnica para interpretar el derecho, tarea que le compete al abogado. La libertad de accionar del abogado

39 RUDP, 4/79, p. 25, n. 1; RUDP, 2/82, p. 185, n. 1, 2, 3, 4, 6 y 7; RUDP, 3/84, p. 365, n. 1; RUDP, 4/85, p. 373, n. 1 y 2; RUDP, 3/89, p. 336, n. 1 y 2; LJU, T. XCVI, c. 10.914, p. 63; LJU, T. XCIX, c. 11.234, p. 38.

debe limitarse a la observancia de la regla moral en el proceso, no debiendo asumir la defensa de planteamientos carentes de fundamento.

Manifestaciones de lo que venimos de exponer lo constituyen las sanciones de que son pasibles los abogados que violen el principio de moralidad (arts. 5, 6, 24 nums. 10) y 11), 73 y 107.4 del CGP y 148, 149, 150 y 159 de la Ley de Organización de los Tribunales –LOT-).

6. COMBATE AL FRAUDE PROCESAL

El inc. 2o. del art. 5 del CGP, al igual que el CPCMI, dispone: *"El tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria"*. Esta norma se vincula al art. 54 que prevé el llamamiento, incluso de oficio, de las personas que puedan ser perjudicadas por el fraude o colusión en el proceso, para que hagan valer sus derechos.

Se le atribuye al juez un poder-deber fundamental a efectos de la moralización del proceso, saneándolo de conductas fraudulentas, colusivas y dilatorias, así como de toda otra conducta ilícita. El no ejercicio de parte del tribunal de este poder-deber le hace pasible de responsabilidad (art. 25.2 y normas concordantes).

A la parte, a efectos de combatir el fraude procesal, se le concede además la posibilidad de interponer en determinadas hipótesis el recurso de revisión contra sentencias definitivas o interlocutorias firmes que ponen fin al proceso (arts. 281 a 292). Asimismo, el art. 114 inc. 1o. dispone: *"Podrá pedirse, aún después de terminado el proceso, la anulación de los actos realizados mediante, dolo, fraude o colusión"*.

Escapa al alcance de este trabajo el estudio del fraude procesal y sus complejos problemas, para lo cual nos remitimos a los excelentes estudios de la doctrina procesal[40] y a lo que nosotros expusiéramos anteriormente[41].

40 Véscovi, E., "Fraude Procesal: Sus características, configuración legal y represión", Separata de la Revista de Estudios Procesales, No. 2, Diciembre de 1969, editada por el Centro de Estudios Procesales de Rosario.; Giovanni Giacobbe, "Frode alla legge", Enciclopedia del diritto, Giuffre, 1969, p. 1071; Couture, E., "Vocabulario...", p. 295; Peyrano, J., ob. cit., p. 181 y ss.; Arazi, R., "Fraude procesal y proceso fraudulento", LL, 139-1226, p. 1224; Devis Echandía, H., "Fraude procesal, sus características, configuración legal y represión", ponencia presentada en la Comisión 1a. de las Primeras Jornadas de Derecho Procesal del Litoral Argentino, Rosario, 1969, p. 3; Soler, S., "Derecho Penal", T. 4, p. 351; Núñez, "Injusta petitio, falsedad ideológica y estafa procesal", Rev. La Ley, T. LXIII, p. 718; Liebman, "Efficacia ed autorita della sentenza", Milano, 1935, T. I, p. 419/420; Podetti, J., "Teoría y técnica...", p. 98.

41 Véase, VESCOVI, E., DE HEGEDUS, M., KLETT, S., LANDEIRA, R., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código...", t. 1, comentarios al art. 5º del CGP.

7. EL TRIBUNAL Y LA ORDENACION DEL PROCESO

El art. 6 del CGP ya transcripto consagra un verdadero poder-deber del tribunal de adoptar, de oficio o a petición de parte, todas las medidas que resulten de la ley o de sus poderes de dirección para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso.

Los poderes de dirección del tribunal y su rol en el proceso surgen del art. 2 (que consagra la dirección del proceso por el tribunal) y se profundizan y especifican en el art. 24.

Los poderes-deberes del tribunal en cuanto a la ordenación del proceso, según surge del art. 6, tienen un doble enfoque. Por un lado, el tribunal debe realizar una tarea preventiva de gran importancia, tratando de evitar cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso. Por otra lado, y para el caso en que los mecanismos preventivos fracasen, el juez debe cumplir una labor de represión de los sujetos procesales que violen o alteren el orden o los principios del proceso. Estamos, en este último caso, en el ámbito de las sanciones.

La ley procesal debe sancionar la mala fe de los sujetos procesales y todo otro actuar moralmente ilícito en el proceso, adoptándose para ello severas medidas. Pero estas medidas se tornan ineficientes, y en definitiva inaplicables, si el juez no tiene facultades suficientes para investigar y entonces poder sancionar al sujeto procesal que viole los deberes de lealtad, probidad y buena fe (art. 5), el orden del proceso o cualquier otro principio procesal[42]. El CGP le otorga esas facultades (o más precisamente poderes-deberes) no solo a través del art. 6, sino que ellas resultan de varias otras normas (arts. 5 inc. 2o., 21.3, 24, etc.). Precisamente, el art. 23.1 consagra el principio de autoridad y el art. 24, en su num. 11), en concordancia con el art. 6, dispone que el tribunal está facultado para *"dirigir el proceso y aplicar las sanciones que correspondan a quienes obstaculicen indebidamente su desarrollo u observen conducta incompatible con el decoro y dignidad de la justicia"*.

Afirma PEYRANO[43] con acierto que el deber que pesa sobre el juez contemporáneo de garantizar la moralidad del desarrollo de la contienda, implica cargar sobre sus espaldas una nueva responsabilidad: la de efectuar detenidos análisis del proceder de los participantes en ella. Es que, por ejemplo para cerciorarse el juzgador de que se encuentra frente a un litigio malicioso deberá recurrir a sutiles exámenes que hasta hace no mucho tiempo parecían reservados a las cuestiones vinculadas con el derecho material aplicable.

42 Véase Gelsi Bidart, A., "Control por el juez de los deberes de buena fe y probidad de las partes", LJU, T. LVIII, Sección Doctrina, p. 17.

43 Peyrano, J., ob. cit., p. 172/173.

Los poderes-deberes que se conceden al tribunal para la ordenación del proceso, deben ser racionalmente aplicados por éste, so pena de ser responsabilizado por no hacerlo. Tal es lo que surge del siempre citado art. 25.2. y los arts. 109 a 116 de la LOT (véanse especialmente los arts. 109 y 112 num. 1o.).

Puede afirmarse gráficamente que los arts. 5 y 6 del CGP constituyen dos aspectos de una misma cuestión, "dos caras de una misma moneda". En efecto, el art. 5 en su inc. 1o. consagra los deberes de buena fe y lealtad procesal de todos los partícipes del proceso; pone el acento fundamentalmente en la conducta de los litigantes. El art. 6 refiere al mismo tema pero desde la óptica del tribunal, atribuyéndole poderes-deberes de ordenación procesal para prevenir y sancionar las violaciones a los deberes de buena fe y lealtad, al orden del proceso, y a los demás principios procesales. Ello se complementa con el inc. 2o. del art. 5 que consagra al tribunal el deber de impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.

8. MECANISMOS PREVENTIVOS Y SANCIONATORIOS DE LAS CONDUCTAS PROCESALES ILÍCITAS

A efectos de la moralización del proceso, la doctrina procesal ha empujado avances codificadores que implementan una serie de reformas que, entre otras cosas, tienden a prevenir la deslealtad, la mala fe y el fraude procesal, a través de diversos mecanismos. Por otra parte, en caso de que los mecanismos preventivos fracasaren, se suelen también regular mecanismos sancionatorios de las violaciones del deber de lealtad y probidad.

1.1. MECANISMOS PREVENTIVOS

Se enumerarán los mecanismos más importantes consagrados en el CGP – los cuales se regulan de modo similar en el CPCMI- para prevenir la deslealtad y malicia en el proceso:

a) Forma de la demanda y contestación: la demanda y su contestación deben exponerse en forma clara, en capítulos y puntos numerados, a fin de que el relato de los hechos no constituya una emboscada para el adversario (arts. 117 y 130). Contestada la demanda, salvo excepciones (art. 350.3), es inmodificable.

b) Aportación de la prueba con la demanda y contestación (arts. 118 y 131): implica que cada litigante tenga que "poner las cartas sobre la mesa" desde el inicio del proceso, lo cual permite un debate más leal. Los arts. 159 y 180 especifican esta regla general al referirse a la petición de la prueba testimonial y pericial, respectivamente.

c) Rechazo liminar de la demanda manifiestamente improponible (art. 24 num. 1), lo que inhibe al litigante infundado.

d) Acumulación de las actitudes del demandado eventualmente compatibles: si el demandado adopta más de una de las posibles actitudes a asumir, deberá hacerlo en forma simultánea y en el mismo acto (art. 132).

e) La excepción de defecto en el modo de proponer la demanda (art. 133 num. 3).

f) El llamado despacho saneador, que tiene por objeto sanear el proceso, desde una etapa inicial (la audiencia preliminar -art. 341-) de todo elemento innecesario para resolver el fondo del asunto (dilatorias, nulidades, excepciones procesales, etc.).

g) Convalidación de nulidades: las nulidades deben impugnarse en la primera oportunidad hábil para ello y por la vía correspondiente; de lo contrario, se entenderán consentidas y por ende, convalidadas (art. 112).

h) Limitación del tiempo para alegar (art. 343.6).

i) Poderes-deberes del juez a afectos de ordenar el proceso adoptando precauciones para evitar las conductas maliciosas y eventualmente imponer sanciones (arts. 5, 6, 24 nums. 10) y 11), y 73).

j) Publicidad real del proceso (art. 7), que sólo se logra en la audiencia, y permite un control del público sobre los infractores de la moralidad procesal.

k) En definitiva, la propia organización del proceso por audiencias, y sobre todo la obligatoria presencia en ellas del juez so pena de nulidad (art. 8), facilita la aplicación de la regla moral en el proceso. Resulta mucho más difícil actuar deslealmente o con dilatorias cuando se esta cara a cara con la otra parte y fundamentalmente cara a cara con el juez. Además, la fuerte concentración procesal (art. 10) que permite esta estructura en audiencias, y los poderes de dirección del juez (arts. 2 y 24) sobre el proceso inhiben conductas inmorales.

l) Por otra parte, el CGP prevé expresamente la responsabilidad del tribunal por proceder con dolo o fraude (art. 26 num. 2o.). Asimismo, en caso de interponerse el recurso de queja por denegación de casación, de apelación o de la excepción de inconstitucionalidad y el

tribunal no lo tramitare de acuerdo al art. 264, se prevé su responsabilidad disciplinaria (art. 264.3).

m) Se regula además el llamamiento a quienes pudieren ser perjudicados en caso de dolo o fraude; el art. 54 dispone que *"en cualquiera de las instancias, siempre que se presuma fraude o colusión en el proceso, el tribunal de oficio o a petición de parte, ordenará la citación de las personas que puedan ser perjudicadas para que hagan valer sus derechos, pudiéndose, a tal fin, suspender el proceso hasta por cuarenta días"*.

1.2. MECANISMOS SANCIONATORIOS

Pero, además de los mecanismos preventivos que venimos de reseñar, existen también mecanismos sancionatorios en caso de violaciones al principio de moralidad procesal y a sus derivados:

a) El art. 61 del CGP dispone: *"Cuando la mala fe o la temeridad resultaren plenamente acreditadas, la parte podrá ser condenada, además, a los daños y perjuicios en otro proceso o en el mismo, si hubiere mediado expresa petición en ese sentido"*.

b) Otras disposiciones se refieren a la responsabilidad por daños y perjuicios causados. Así, el art. 107.4, relativo al retiro del expediente de la oficina, prevé la responsabilidad solidaria del profesional con el apoderado o litigante que obtuvo la entrega del expediente por *"todos los perjuicios que se causen a la contraparte no sólo por la demora en la devolución, sino también por el extravío de dichos autos o de cualquier parte de ellos. La fijación de estos perjuicios se hará por apreciación jurada del perjudicado, pudiendo el tribunal moderarla si la encontrare excesiva"*. El art. 182.2 prevé la responsabilidad civil del perito frente a las partes por incumplimiento del encargo judicial. El art. 189.2 prevé el caso de que se causaren gastos u otro menoscabo patrimonial a terceros que colaboraren en la realización de determinadas medidas probatorias; en ese caso el tribunal fijará las indemnizaciones que deberán abonar las partes. El art. 232 dispone que el *"desistimiento del proceso no impide las demandas que pudiera promover el adversario por los daños y perjuicios causados por el proceso desistido"*. En sede de proceso concursal, el art. 471 afirma que los *"Síndicos deberán depositar el producto de las ventas a la orden del tribunal, dentro de los tres días de su cobro,...con apercibimiento de su responsabilidad personal por intereses, reajustes, daños y perjuicios y de las sanciones penales correspondientes"*. En relación al proceso arbitral, el art. 483 inc. 2 reza: *"La aceptación del encargo da derecho a las partes a compeler a los árbitros a su cumplimiento bajo pena de responder por los daños y perjuicios"*.

c) Se prevén condenaciones conminatorias ("astreintes") o incluso personales que cubren aspectos de renuencia e inconducta que otros mecanismos no logran solucionar o sancionar.

El CGP, en su art. 374.1, dispone que en *"cualquier etapa del proceso y para el cumplimiento de sus providencias, el tribunal, de oficio o a pedido de parte, podrá adoptar las medidas de conminación o astricción necesarias". "Las conminaciones económicas se fijarán por el tribunal en una cantidad de dinero a pagar por cada día que demore el cumplimiento"* (art. 374.2 inc. 1o.). *"Las conminaciones personales consistirán en el traslado ante el tribunal por la fuerza pública de los encargados judiciales que no concurran espontáneamente una vez convocados, incluso testigos; asimismo, en el arresto, que no podrá exceder de cuarenta y ocho horas, en los casos que expresamente fije la ley y para la entrega de elementos necesarios para la ejecución dispuesta en la respectiva etapa del proceso"* (art. 374.3). Este mecanismo para lograr la efectividad de los mandatos judiciales surge también del art. 21.3, literal b). Los arts. 160.3, 189.1, 310.3 y 386.1 constituyen aplicaciones específicas de estas conminaciones.

d) El CGP en el art. 24 num. 10) dispone que el tribunal está facultado para *"imponer a los procuradores y abogados sanciones disciplinarias y multas en los casos previstos legalmente"*. El numeral 11) faculta al tribunal para *"aplicar las sanciones que correspondan a quienes obstaculicen indebidamente"* el desarrollo del proceso *"u observen conducta incompatible con el decoro y dignidad de la justicia"*. La LOT en su art. 148 regula las hipótesis en que procede la corrección disciplinaria de los abogados por el tribunal y los arts. 149 y 150 regulan las sanciones y su modo de aplicación. Por el art. 159 de la misma ley este régimen se extiende también a los procuradores.

El CGP regula además algunos casos particulares. Así, por ejemplo, el art. 107.4, en relación a la omisión de la devolución del expediente retirado del tribunal, prevé una multa e incluso la posibilidad de inhabilitar hasta por seis meses al profesional sancionado.

La jurisprudencia ha aplicado el régimen sancionatorio en reiteradas oportunidades[44].

e) El art. 73 dispone: *"Podrá el tribunal mandar testar, haciéndolas ilegibles, las expresiones ofensivas de cualquier índole que se consignaren en los escritos, sin perjuicio de la aplicación de las medidas disciplinarias que correspondiere"*.

44 Véase, por ejemplo, RUDP, 4/79, p. 25, n. 1; RUDP, 2/82, p. 185, n. 1, 2, 3, 4, 6 y 7; RUDP, 3/84, p. 365, n. 1; RUDP, 4/85, p. 373, n. 1 y 2; RUDP, 3/89, p. 336, n. 1 y 2; LJU, T. LXXXVI, c. 9860; LJU, T. LXXXVII, c. 10.007, p.258; LJU, T. XCVI, c. 10.914, p. 63; LJU, T. XCIX, c. 11.234, p. 38.

f) El art. 182.2 prevé la imposición de sanciones disciplinarias por el tribunal al perito que incumple el encargo judicial.

g) El tribunal también es susceptible de sanciones disciplinarias, como lo dispone, por ejemplo el art. 264.3 en relación a la omisión del tribunal de recibir y tramitar el recurso de queja por denegación de casación, de apelación o de la excepción de inconstitucionalidad.

h) La pérdida del derecho del letrado patrocinante a percibir honorarios no constituye una solución habitual, pero el CGP, en algún caso especial así lo dispone. En efecto, el art. 523 en sede del proceso de inconstitucionalidad de la ley, dispone *"... Se considerará especialmente que existe malicia temeraria, cuando del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad resultare en forma manifiesta que el propósito ha sido entorpecer o retardar los procedimientos respectivos. En este último caso (además de imponerse las costas y costos al promotor de la cuestión de inconstitucionalidad), el letrado que lo hubiere patrocinado no tendrá derecho a percibir honorarios"*.

i) Imposición de costas y costos. Los ordenamientos procesales suelen establecer un sistema de costas y costos con finalidad preventiva del actuar moralmente ilícito en el proceso, y eventualmente sancionatorio de dicha conducta.

El CGP en el art. 198 dispone que las sentencias *"se pronunciarán sobre las condenaciones en costas y costos"*. Los arts. 56 y siguientes regulan el régimen de las costas y costos en los distintos casos, a los que cabe agregar varias otras disposiciones del CGP (por ej. arts. 261, 267, 279, 292, 354.1, 392.1, 523, etc.).

j) Sanciones punitivas de Derecho Penal. La conducta de los partícipes en el proceso puede llegar a exceder los límites del Derecho Procesal y entrar en la órbita del Derecho Penal. En este caso, el juez que actúa debe remitir la cuestión al juez penal competente.

El art. 164 del CGP, en sede de prueba testimonial, dispone: *"Si el tribunal ante quien se presta la declaración considera que el testigo falta a sabiendas a la verdad, dispondrá se remitan los antecedentes del caso al tribunal competente del orden penal"*. El delito de falso testimonio es regulado por los arts. 180 a 182 del Código Penal; el art. 183 del mismo código castiga la falsa exposición de peritos e intérpretes.

En relación a la tacha de falsedad documental, el art. 172.2 del CGP establece que si *"de la tramitación del incidente surgiere la posibilidad de la existencia de un delito, se dará cuenta al tribunal competente en lo Penal;..."*.

El art. 189.1 del CGP dispone que, en caso de que los terceros se negaren injustificadamente a colaborar para la práctica de determinadas medidas probatorias, el tribunal, si correspondiere, remitirá testimonio de lo actuado a la justicia penal a los efectos pertinentes.

En el proceso concursal, el art. 471 reza: *"Los Síndicos deberán depositar el producto de las ventas a la orden del tribunal...con apercibimiento de su responsabilidad personal por intereses, reajustes, daños y perjuicios y de las sanciones penales correspondientes".*

En relación a las sanciones punitivas de Derecho Penal, las normas del CGP deben coordinarse con las establecidas en el Código Penal y especialmente con el art. 177 de ese Código que impone pena de suspensión al juez que omitiere o retardare formular su denuncia.

9. EL DEBER DE COLABORACION EN LA PRACTICA DE LAS MEDIDAS PROBATORIAS

9.1. INTRODUCCION

El deber de colaboración merece especial destaque en el derecho procesal moderno y se proyecta en el proceso todo y especialmente en la actividad probatoria, estableciéndose en las legislaciones distintas consecuencias para el caso de incumplimiento de este deber.

Con su art. 189, el CGP –siguiendo el CPCMI- ha venido a colmar una laguna existente en el sistema anteriormente vigente, al establecer una norma precisa relacionada con el necesario deber de colaboración que tienen no solamente las partes sino también los terceros para posibilitar la realización y la efectividad de las inspecciones judiciales, reproducciones o reconstrucciones de hecho, pericias e informes[45].

Dispone el art. 189:

"Colaboración para la práctica de la medida probatoria".

"189.1 Los terceros y las partes tienen el deber de prestar la máxima colaboración para la efectiva y adecuada realización de las inspecciones, reconstrucciones y pericias. En caso de injustificado rehusamiento de los terceros a prestar la colaboración, el tribunal adoptará las medidas conminatorias

45 TARIGO, E., "Lecciones de Derecho Procesal Civil", tomo II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994, p. 123.

apropiadas remitiendo, si correspondiere, testimonio de lo actuado a la justicia penal a los efectos pertinentes".

"189.2 Si la colaboración referida causare gastos u otro menoscabo patrimonial a los terceros, el tribunal fijará en forma irrecurrible las cantidades que las partes, conforme con el régimen del artículo 185, habrán de abonar a título de indemnización".

"189.3 Si quien debiera prestar colaboración fuera una de las partes y se negara injustificadamente a suministrarla, el tribunal le intimará a que le preste. Si a pesar de ello se persistiera en la resistencia, el tribunal dispondrá se deje sin efecto la diligencia, debiéndose interpretar la negativa a colaborar en la prueba como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria respecto del hecho que se quiere probar salvo prueba en contrario".

A ello cabe agregar las previsiones existentes en sede de declaración de parte, prueba testimonial y documental que reseñaremos más adelante.

Cabe señalar que más allá del ámbito probatorio a que refiere esta norma, rige el deber de colaboración -de raigambre constitucional[46]- de todo sujeto público o privado, interviniente principal o secundario en el proceso, derivado de los arts. 5 (principio de buena fe y lealtad procesal) y 21 (principio de autoridad)[47]

46 La Constitución uruguaya hace competente al poder Ejecutivo para "prestar, a requerimiento del Poder Judicial, el concurso de la fuerza pública" (art. 168. ord. 23º).
Las constituciones americanas reiteran este principio. La Constitución de Costa Rica prevé "...la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario" para la ejecución de las resoluciones que pronuncie el Poder Judicial (art. 153); la de Venezuela dispone que "las demás autoridades de la República prestarán a los jueces la colaboración que éstos requieran para el mejor cumplimiento de sus funciones" (art. 209); la de Perú reputa garantía de la administración de justicia "la obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que se le requiere en los procesos" (arts. 233-13º); la de Chile establece que " para hacer ejecutar sus resoluciones y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que decreten, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren"... "La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar" (art. 73, incs. 3º y 4º); la de Honduras prevé que "los Tribunales de Justicia requerirán el auxilio de la Fuerza Pública para el cumplimiento de sus resoluciones; si les fuera negado o no lo hubiere disponible, lo exigirán de los ciudadanos. El que injustificadamente se negare a dar auxilio, incurrirá en responsabilidad" (art. 313); la de Guatemala preceptúa que "los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones" (art. 203); la de Paraguay proclama que "los órganos del Estado se subordinan a los dictados de la ley, y las personas que ejercen funciones al servicio del mismo están obligadas a prestar a la administración de justicia toda la cooperación que ella requiera para el cumplimiento de sus mandatos" (art. 257) (ESTEVA, E., "Algunos principios de la jurisdicción, procesales y del estatuto de los magistrados judiciales según las constituciones iberoamericanas", en Judicatura Nº 93, Editorial Idea, Montevideo, 1993, ps. 141 y 142).

47 Para el análisis del principio de autoridad en profundidad, nos remitimos a lo que hemos expuesto en VESCOVI, E., DE HEGEDUS. M., KLETT, S., LANDEIRA, R., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código General del proceso – Comentado, anotado y concordado", t. 1, ps. 327 y ss.

del CGP –normas iguales se prevén en el CPCMI-, de manera de garantizar el adecuado ejercicio de la función pública.

9.2. EL PRINCIPIO DE COLABORACION

Como lo hemos señalado anteriormente[48], en el marco del CGP puede hablarse de un principio procesal de colaboración que se aplica a todo el proceso[49] y se manifiesta en toda su intensidad en la etapa probatoria. Dicho principio surge de las normas citadas en el punto anterior y se halla estrechamente vinculado a los principios de buena fe y lealtad procesal (art. 5) y veracidad (art. 63).

La doctrina procesal ha destacado el importante valor que tiene en el proceso la conducta de colaboración de las partes, lo cual debe ser especialmente apreciado por el juez.

SERANTES PEÑA y PALMA[50] afirman que el juez debe tener en cuenta la conducta de las partes, cualquiera que sea el sentido en que se manifieste -positivo o negativo, en relación con la verdad que se persigue- considerando tanto a quien aporta la mayor cantidad de elementos para su esclarecimiento, como quien expresa o implícitamente los retacea en una actitud de ocultación. Una actitud constante de colaboración para establecer los hechos del litigio y diligenciar la prueba, puede resultar un elemento que corrobore la fundabilidad de la pretensión o defensa, mientras que una conducta constante en sentido contrario, será considerada en contra de quien la asumió.

Las partes tienen derechos subjetivos procesales muy importantes, como los de acción y contradicción, de recurrir y de probar; gozan también de libertad para utilizarlos y de igualdad de oportunidades para su defensa, pero, como sucede también en las actividades extraprocesales, esos derechos y esas libertades deben ser ejercidos con lealtad, probidad y buena fe. Si en derecho civil se exige

48 KLETT, S., y PEREIRA CAMPOS, S., "Valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria", RUDP N° 1/97, ps.49 y ss.

49 GUERRA, en posición que no compartimos, parece darle a este principio un alcance restringido y no aplicable a todo el proceso. Señala que el deber de colaboración no se ha esgrimido como principio general en el capítulo de principios de un código moderno como el CGP y que cuando el legislador entendió necesario preverlo en forma expresa así lo hizo (arts. 189 y 182 del CGP) (GUERRA, W., "Anotaciones sobre una sentencia que admite la teoría de las cargas probatorias dinámicas" en RUDP N° 2/96, p. 303).

En nuestra opinión, tal como lo sostuvimos anteriormente (VESCOVI, E., DE HEGEDUS. M., KLETT, S., LANDEIRA, R., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código General del proceso – Comentado, anotado y concordado", t. 1, al realizar la introducción a los principios procesales), los principios procesales no son solo los establecidos en los primeros arts. del CGP, sino también muchos otros que se extraen de todo su articulado sea por deducción o por inducción.

50 SERANTES PEÑA, O. y PALMA, J., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias", Buenos Aires, 1983, t. I, p. 410.

la buena fe contractual y extracontractual, y se sanciona la mala fe y el abuso del derecho, con mayor razón debe suceder esto en los actos procesales[51].

El principio de la lealtad y probidad y el de veracidad tienen especial campo de aplicación en materia probatoria, lo que lleva a DEVIS ECHANDIA[52] a catalogarlo como uno de los principios de la prueba. Si la prueba es común, si tiene su unidad y su función de interés general, no debe usarse para ocultar o deformar la realidad, para tratar de inducir al juez a engaño, sino con lealtad y probidad o veracidad, sea que provenga de la iniciativa de las partes, o de actividad inquisitiva del juez, debiendo las partes brindar su máxima colaboración a tales efectos.

Observa SILVA MELERO[53] que la prueba "debe tender a la reconstrucción de los hechos y de la situación jurídica, tal como efectivamente ocurrieron o están ocurriendo las cosas", y que las partes "deben colaborar a la obtención de la voluntad de la ley, subordinando el interés individual a una sentencia justa".

Agrega DEVIS ECHANDIA[54] que la probidad y la veracidad de la prueba exigen también sinceridad en ella, cuando se trata de documentos, confesiones y testimonios, lo mismo que autenticidad, tanto para estos medios como para las huellas, rastros y cosas observadas directamente por el juez y que puedan servir para demostrar hechos; es decir, que no se alteren su contenido ni su forma para ocultar la verdad. Rige, pues, este principio tanto para las partes como para los testigos, peritos, funcionarios encargados de la custodia de documentos y la expedición de copias, traductores e intérpretes.

Refiriéndose a la colaboración en las pericias, en términos extensibles a otros medios probatorios, agrega el autor que existe una verdadera carga procesal para las partes, de facilitarles a los peritos los medios para realizar sus estudios, siempre que les sea posible hacerlo, y cuando obstaculizan las labores de éstos o se niegan a permitir sus exámenes e impiden que el dictamen se rinda, incurren en conducta antiprocesal y desleal, que implica el incumplimiento de esa carga, por lo que se les debe imponer la consecuencia procesal correspondiente[55].

Este principio de colaboración que sustentamos en nuestro sistema jurídico se vincula con el decaimiento del aforismo "*nemo tenetur edere contra se*". Este aforismo por el que se sostiene que nadie está obligado a suministrar prueba a su adversario, carece -según KIELMANOVICH[56]- de una fuente precisa y cierta en el Derecho Romano, en el que incluso aparece desvirtuado, especialmente en

51 DEVIS ECHANDIA, H, "Teoría General de la Prueba Judicial", t. 1, p. 121.
52 DEVIS ECHANDIA, H, , ob. cit., t. 1, ps. 120 a 123.
53 Citado por DEVIS ECHANDIA, H, ob. cit., t. 1, p. 120.
54 DEVIS ECHANDIA, H, ob. cit., t. 1, ps. 122 y 123.
55 DEVIS ECHANDIA, H., ob. cit., t. 2, p. 376.
56 KIELMANOVICH, "Teoría de la prueba y medios probatorios", Buenos Aires, 1996, ps. 86 y ss.

lo que se refiere a la producción de la prueba confesional y a la exhibición de documentos.

Este polémico aforismo fundado en una visión exacerbadamente privatística del proceso civil y en la "propiedad" de los medios de prueba, ha perdido lugar en el moderno proceso civil dispositivo (no así en los procedimientos penales). VIERA[57] -siguiendo a COUTURE- ponía de manifiesto que la regla "nemo tenerut edere contra se" se hallaba en franco retroceso y que no se compaginaba con el interés público que hoy se reconoce aún en el proceso civil de tipo dispositivo. Invocaba los deberes de buena fe, probidad y el deber de decir la verdad en apoyo a tal tesitura.

En tal orden de ideas, se impone la colaboración de los sujetos del proceso en la producción de la prueba, lo cual no apunta a suministrar en realidad prueba "en beneficio de la parte contraria o en perjuicio de uno mismo", sino, más bien, en miras a una más eficaz realización del Derecho.

A esta filosofía se afilia nuestro CGP. Superando clásicos y antiguos moldes del proceso dispositivo puro, que favorecían la idea de que nadie puede ser obligado a producir prueba contra sí mismo, nuestro proceso civil optó en sus disposiciones -y especialmente en el art. 189- por política diferente, afincada en los principios de lealtad y buena fe edictados por el art. 5.

El debate judicial ya no responde a la estructura clásicamente antagónica de dos partes enfrentadas, sino que se organiza en el CGP como actividad de tres sujetos principales (Juez y partes) que juntos colaboran para el continuo y paulatino desarrollo de la litis hacia su conclusión natural por acuerdo de los litigantes o sentencia.

Específicamente con relación a la instrucción probatoria, el legislador atiende al principio de disponibilidad de los medios, para requerir de aquel sujeto que dispone de cierta prueba, su aporte al proceso; colocándole en situación jurídica de **deber**. No se trata simplemente de la carga de producir prueba, so pena de sufrir consecuencias desfavorables a su interés, sino que la colaboración exigida trasciende esa óptica individual y egoísta, para alcanzar la más general e intensa que corresponde a un deber jurídico de colaborar, con raigambre en los principios de buena fe y lealtad procesal. El modelo del litigante buscado por el legislador, refiere a que cada parte brinde aquello que a su alcance esté para la mejor marcha de la litis, sin ocultar prueba a su contraparte ni al tribunal, porque por sobre el interés privado y egoísta que pueda moverla, se ubican el interés público y valores sociales ínsitos en la actividad jurisdiccional. La protección de esos objetivos que trascienden al in-

57 VIERA, L.A., "Prueba documental" en "Curso de Derecho Procesal", IUDP, Mdeo, 1974, t. II, p. 135.

dividuo, impone a todo litigante colaborar eficazmente en la instrucción de la causa, aún cuando ello pueda significar aporte de prueba contraria al interés de quien la tiene en su poder.

En la forma que el derecho de defensa es entendido por nuestro legislador procesal civil, no resulta lícito escamotear al contrario probanzas o retacear información necesaria para el tribunal a la hora de adoptar decisión.

Por el contrario, la ley exige del litigante "jugar a cartas vistas", ayudando al mejor y completo esclarecimiento de los hechos controvertidos; en base a un deber de hacerlo, establecido no solamente en beneficio del contrario, sino principalmente de la administración de justicia y los valores que la actividad de ésta persigue para la comunidad.

El que tiene en su poder la prueba de la verdad y se rehúsa a suministrarla a los jueces, dice COUTURE[58], "lo hace por su cuenta y riesgo. Como litigante, él es libre de entregar o no esas pruebas, como es libre de comparecer o no a defenderse en el juicio o a absolver posiciones. Sólo sucede que si no lo hace, la ley supone que carece de razón y puede pasarse por las manifestaciones del adversario. Si las afirmaciones del contrario son falsas, él puede concurrir con su declaración o con sus documentos a desvirtuarlas; si no lo hace, lo menos que se puede suponer es que la verdad o los documentos no le favorecen".

En otras palabras, el moderno proceso civil no señala de ordinario deberes u obligaciones procesales, y descansa, por el contrario, en la iniciativa de las partes, pero ha adquirido en los últimos años una fuerte coloración publicista en lo atinente a las formas de administrar justicia, que en tal contexto interesan, no sólo a los sujetos involucrados accidentalmente en la litis, sino a la comunidad en su conjunto.

Siendo la comunidad la beneficiada, la situación jurídica de quien tiene los elementos necesarios para realizar una pericia o una inspección, o dispone de un documento se acerca más al deber que a la carga, aún cuando parte de la doctrina anterior al CGP hubiere aludido a esta última categoría al estudiar los supuestos en examen.

De ello deriva que explícita o implícitamente las partes están llamadas a colaborar para la más justa resolución de los conflictos que ellas mismas han propuesto con igual extensión y propósito.

En base al principio de colaboración se admite que las partes puedan ser empleadas como fuentes de la prueba: directamente en virtud de los hechos que confiesan libremente al ser interrogadas o en forma espontánea antes o

58 COUTURE, E., citado por KIELMANOVICH, J., ob. cit., p. 87.

durante el proceso; indirectamente por la singular forma en que intervienen activa o pasivamente en los procedimientos judiciales, sea en pos de la estimación de sus pretensiones, sea en miras a la admisión de sus defensas.

La actitud que un litigante asuma en el proceso, la postura que defienda, o la argumentación de que se valga, pueden suministrar indicios acerca de la sinceridad de su desempeño y de la seriedad de sus razones. No se trata de someter a las partes a un imperativo ético al cual éstas deban sacrificar sus derechos en beneficio del adversario, sino de una pragmática carga -o más precisamente "deber"- de colaboración.

Tiene incuestionable importancia para el juzgador valorar la conducta procesal de las partes en el transcurso del juicio, y, especialmente, en relación al deber que éstas tienen de auxiliar al juez para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, por lo que la falta de diligencia puesta de manifiesto por una de las partes en la etapa probatoria, no deja de constituir una presunción contraria a sus pretensiones.

MUÑOZ SABATE[59], analiza las inferencias incriminativas, que se obtienen contra la parte autora de la inconducta procesal. Entre las mismas describe como conducta **omisiva** la "Pasividad, entendida como la adopción por la parte que no tiene la carga de probar ni de alegar, de una conducta puramente pasiva, cuando podría colaborar para el esclarecimiento de la litis mediante aclaraciones y precisiones que normalmente daría un litigante veraz o aportando pruebas que están a su alcance, siempre que no sean superfluas y que no le resulten gravosas".

Refiere además el citado autor a la conducta **oclusiva**, es decir, la obstaculización de la fase probatoria, especialmente para que el contrario no pueda practicar sus pruebas (ya no la simple falta de colaboración, que se contempla como conducta omisiva) que, según MUÑOZ SABATE, puede presentar estas modalidades: 1ª) destrucción de pruebas; 2) negativa de exhibición.

Como concluyéramos en una anterior trabajo[60], los principios procesales normativos de buena fe, lealtad procesal, veracidad y colaboración consagrados en el CGP, sumados a varias disposiciones legales que consagran para casos específicos consecuencias desfavorables para la parte que actúa en violación de los referidos principios, conduce a postular la existencia de un tipo legal que impone el actuar veraz, leal y colaborador de las partes y que los citados autores denominan "standard del buen litigante". A dicho "standard" deberán ajustarse las partes y, cuando violen el contenido del mismo, sufrirán consecuencias desfavorables de parte del ordenamiento jurídico procesal.

59 Citado por DEVIS ECHANDIA, H., ob. cit., ps. 682 a 684.
60 KLETT, S. y PEREIRA CAMPOS, S., ob. cit., ps. 49 y ss.

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to. Turno en fallos que merecen destaque[61], sostuvo que "el proceso civil no es ni lo fue un torneo de habilidad o astucia forense, e involucra el deber de colaborar con el órgano judicial, afirmando circunstanciada y precisamente la verdad sobre las circunstancias fácticas comprendidas en el objeto del proceso, suministrando de buen fe y lealmente al juez todos los elementos de convicción necesarios para la justa dilucidación de la litis".

La Sala Civil de 4º Turno, con expresa mención de VIERA, señaló que "la jurisprudencia nacional -primero en materia laboral y luego también en asuntos civiles-, fue afirmando la regla que las pruebas debe aportarlas quien las tiene a su disposición, de conformidad con los principios de lealtad y probidad que deben regir el proceso, y estableciendo como consecuencia de tal enfoque la configuración de una presunción en contra de quien se niega a exhibir documentación en su poder". Vincula este aspecto particular, con la norma del art. 189.3 CGP. Refiere la Sala que "el art. 189.3 extendió la presunción en contra de quien se niega a exhibir documentación en su poder disponiendo que cuando la parte se niega injustificadamente a colaborar en la práctica de una medida probatoria el Oficio debe interpretar dicha negativa "como confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria respecto del hecho que se quiere probar, salvo prueba en contrario". Concluye indicando: "Se sustituye así definitivamente en nuestro derecho procesal la vieja máxima de que nadie puede ser obligado a suministrar pruebas en contra de sí mismo por una regla civilizadora que atiende a la lealtad y a la buena fe del litigante, importando además una solución racional y propulsora de decisiones justas, ya que cabe suponer que quien no presenta una probanza en su poder es porque favorece al adversario"[62].

Varios fallos de la justicia de primera instancia se han orientado también en el mismo sentido. Así, el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 24° Turno en un caso de responsabilidad médica63 afirmó: "Esta situación tiene incidencia además en el área de la carga de la prueba, en su aspecto subjetivo y objetivo, en la medida que cabe exigir al profesional su colaboración leal y veraz para recomponer los acontecimientos; debe -en consecuencia- desarrollar su defensa en términos claros, concisos, inequívocos y de manera circunstanciada; y debe además aportar los medios de prueba que (en general) se encuentran en su ámbito de disposición, para demostrar que obró sin culpa. La teoría de las cargas probatorias dinámicas, aparece precisamente en

61 Sentencia No. 224 del 22 de noviembre de 1991, Sentencia 96/93 publicada en RUDP N° 2-3/94, c. 579 y Sentencia N° 2 del 3/2/95, publicada en RUDP N° 2/96, ps. 273 a 275. En vigor el CPC, la referida Sala había ya dictado interesantes fallos en similar sentido: RUDP N° 3/89, c. 796; RUDP N° 4/87, c. 681 y 682.

62 Ver RUDP 1/91, c. 767; 1/92, c. 650 y 651; 3/95, c. 821, con abundantes citas de otras sentencias.

63 Sentencia Definitiva Nº 43 del 23 de diciembre de 1996.

la Argentina en un caso de responsabilidad médica y de manera de posibilitar un fallo adecuado a la realidad del proceso y a la dignidad de la Justicia".

Agrega: "... la conducta procesal de la demandada, evasiva, ambivalente, esquiva y en la mayoría de las ocasiones contradictoria, con otras adoptadas, supusieron una verdadera valla para el cabal conocimiento de los hechos; sin perjuicio de que en concordancia con la posición sustentada por Devis Echandía y de conformidad con la normativa del CGP que consagró legalmente el deber de buena fe y su aplicación práctica en el ámbito probatorio (arts. 5 y 189 respectivamente), puedan extraerse de aquélla argumentos de prueba de gran utilidad en la etapa de la valoración de la prueba".

En otro fallo, en materia de responsabilidad contractual, sostuvo el referido Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 24° Turno similar criterio[64]. El Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1° Turno se orienta también en esa línea[65].

Cabe señalar finalmente que el principio de colaboración en materia probatoria se vincula con dos vitales institutos del procesalismo moderno ya referidos incidentalmente: la teoría de las cargas procesales dinámicas y el valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria[66].

La teoría de las cargas dinámicas[67] -que si bien se originó en relación a los casos de responsabilidad médica nada obsta a su aplicación en todas las materias- opera como fórmula de corrección de los criterios sobre la carga de la prueba, que funciona en casos especiales, atendiendo las circunstancias del caso, ubicando su base normativa en el art. 139.2 del CGP, que flexibiliza el criterio general estatuido en el ordinal 1° de la norma mencionada, permitiendo efectuar las correcciones que corresponda a cada caso concreto, habilitando a considerar la conducta de quien teniendo en su poder los medios idóneos de prueba, no los produce y alega -simplemente- que la carga corresponde a su contraria. La tesis se funda en la aplicación de los principios generales de la buena fe y lealtad procesales (art. 5 CGP) y en el deber de colaboración en la información y comprobación de los hechos del proceso. DE MIDON[68], ha señalado que la regla legal de la carga probatoria no obsta el deber de colaboración, y que es en virtud de dicho deber, que el litigante que se halla en mejores condiciones de suministro

64 Sentencia definitiva Nº 41 del 13 de diciembre de 1996.

65 Sentencia Nº 19/94 del 10/8/95.

66 Ambos institutos vinculados al deber de colaboración fueron objeto de análisis en sentido coincidente con el aquí expuesto en un taller para magistrados realizado del 3 al 7 de abril de 1995 bajo la dirección de los Dres. Enrique VESCOVI, Selva KLETT y Leslie VAN ROMPAEY.

67 Véase al rspecto el comentario al art. 139 que realizáramos en VESCOVI, E., DE HEGEDUS. M., KLETT, S., MINVIELE, B., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código General del proceso – Comentado, anotado y concordado", t. 4..

68 DE MIDON, G., "A propósito del "onus probandi": la parte en mejores condiciones de suministrar prueba, bajo la lupa del proceso justo", RUDP N° 1/93 ps. 35 y ss.

probatorio tiene la carga de llevarlo a cabo con preferencia a la que en el reparto aparecía imputada por la norma como adjudicataria.

Esta teoría de las cargas dinámicas es admitida en nuestro derecho por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, aunque con ciertos límites y considerando las especiales características de cada caso[69]. En las X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal "se admitió como criterio de nuestro Derecho positivo vigente, el de las cargas probatorias dinámicas"[70].

Cabe agregar que, como ya lo señaláramos y se ratificara en las Conclusiones de las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal de Rivera (abril 1997)[71], la teoría de las cargas probatorias dinámicas cuya aplicación al proceso civil uruguayo postulamos, debe estar sujeta a algunas precisiones y limitaciones.

En primer lugar, se trata de un régimen excepcional, como surge de la propia redacción del art. 139.2, en cuanto se considera una corrección del las reglas tradicionales de la carga probatoria para los casos de "omisiones o deficiencias de la prueba".

En segundo término, la aplicación de este moderno instrumento, requiere el estricto respeto del principio del debido proceso y de la debida defensa que debe suponer que la parte tuvo la oportunidad (posibilidad) de presentar la prueba que (razonablemente) tenía en su poder o debiera tener y de ser posible luego de haber sido intimada a presentarla en tiempo. Por lo que se viene a "sancionar" su omisión en base, sobre todo, a que constituye una falta a los principios de lealtad y buena fe y de solidaridad que admite y prioriza el nuevo Código General del Proceso.

---

69 No obstante, cabe señalar que en la doctrina nacional se ha alzado últimamente la opinion discrepante de GUERRA (GUERRA, W., "Anotaciones sobre una sentencia que admite la teoría de las cargas probatorias dinámicas", RUDP 2/96, ps. 295 y ss.[s]) y de BARRIOS DE ANGELIS (BARRIOS DE ANGELIS, D., "Sustitución de la llamada carga dinámica por la interpretación legal", Libro de ponencias de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Mdeo., 1997, ps. 253 y ss.) En las mismas jornadas se pronunciaron a favor de la teoría de las cargas dinámicas, en opiniones publicadas en el libro citado: VESCOVI, E., "La carga de la prueba", ps. 263 y ss. y, ALVAREZ, F., BALUGA, C., GONZALEZ, M., MARQUISA, P., MORALES, D., MUÑOZ, G., PESCADERE, D., SAPELLI, R. y WEISZ, F., bajo la coordinación de KLETT, S., "La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en los procesos de alimentos de menores", ps. 235 y ss.

70 Publicadas en RUDP N° 1/99, ps. 163 y ss. Manifestaron su discordia con esta conclusión únicamente Ladario Viera, Jorge Abramo y Dardo Pais.

71 En las Conclusiones de la Comisión respectiva sobre carga de la prueba, se afirma: "en este tema se discutió sobre la existencia en nuestra legislación de la llamada carga probatoria dinámica. Se sostuvieron posiciones encontradas: Quienes admitieron, la postulan como una corrección a los criterios de distribución de la carga de la prueba que funciona en casos de excepción y sin perjuicio del derecho de defensa, en base al art. 139.2 CGP. Quienes la niegan, sostienen que es ilegal por ser violatoria del art. 139 CGP al establecer un condicionamiento que no tiene aquél (facilidad de acceso a la prueba) y una consecuencia diferente (carga del mejor colocado al respecto)" (Publicadas en RUDP 4/96).

En otro orden de cosas, pero con estrecha vinculación a las cargas dinámicas, cabe señalar que el valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria ha sido también puesto de manifiesto. Como lo hemos señalado en anteriores estudios[72], la conducta observada por las partes en el juicio constituye un elemento de convicción, un indicio o argumento de prueba que deberá ser valorado por el tribunal.

9.3. SUJETOS QUE DEBEN PRESTAR COLABORACION

Los sujetos que deben prestar colaboración son, en primer lugar y naturalmente, las partes en el proceso.

Pero también les alcanza el deber de prestar colaboración a los terceros, es decir a aquellas personas que siendo ajenas al proceso, por una u otra circunstancia resultan necesarias para alcanzar la finalidad perseguida con uno u otro de estos medios de prueba. Así, por ejemplo, si es necesario inspeccionar un inmueble que se halla arrendado se requerirá necesariamente la colaboración del arrendatario para poder ingresar a él y realizar la inspección.

Establece el art. 189.1 del CGP que "Los terceros y las partes tienen el deber de prestar la máxima colaboración para la efectiva y adecuada realización de las inspecciones, reconstrucciones y pericias"[73].

9.4. MEDIOS DE PRUEBA RESPECTO DE LOS CUALES SE PREVE EL DEBER DE COLABORACION

De la transcripción parcial del art. 189.1 que acabamos de hacer, surge también que los medios de prueba para los cuales el Código impone este deber de colaboración tanto a las partes como a los terceros, son las inspecciones judiciales, las reproducciones o reconstrucciones de hecho y las pericias[74]. A su vez,

72 KLETT, S. y PEREIRA CAMPOS, S., ob. cit., ps. 49 y ss. y VESCOVI, E., DE HEGEDUS. M., KLETT, S., CARDINAL, F., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código General del Proceso – Comentado, anotado y concordado", t. 5, ps. 488 y ss.

73 Ver TARIGO, E., Lecciones de Derecho Procesal Civil, tomo II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994, p. 123.

74 Como señala DEVIS ECHANDIA siguiendo a FLORIAN, el perito tiene el derecho de libertad en la investigación científica, dentro de los límites de las instrucciones impartidas por el juez, que deben reducirse a determinar el objeto de la peritación, sin intervenir en los métodos, estudios, investigaciones y experimentos que deban realizarse para llegar a un dictamen preciso y seguro. La naturaleza misma de la peritación excluye toda cortapisa a las actividades del perito, puesto que sólo él puede saber cuándo se considera satisfecho de su investigación y cuándo ha llegado a la certeza indispensable para dictaminar.

Ese derecho del perito significa también que puede exigir que se le suministren los medios indispensables para su investigación, por ejemplo, que se le entreguen las cosas muebles que debe examinar, o se le permita el examen corporal de las personas sobre cuya salud o incapacidad debe dictaminar, o se le facilite la entrada al inmueble objeto de su estudio y las demás facilidades para su inspección (DEVIS ECHANDIA, H., ob. cit., t. 2, p. 376).

el art. 191 del CGP impone igual deber a las entidades a las que se requiriera judicialmente un informe.

A ello cabe agregar las previsiones existentes en sede de declaración de parte[75], prueba testimonial[76] y documental[77].

Por otra parte, pensamos que más allá del ámbito probatorio a que refiere esta norma, rige el deber de colaboración de todo sujeto público o privado, interviniente principal o secundario en el proceso, derivado de los arts. 5 (principio de buena fe y lealtad procesal) y 21 (principio de autoridad) del CGP, de manera de garantizar el adecuado ejercicio de la función pública[78].

9.5. CONSECUENCIAS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE COLABORACION

Las consecuencias en caso de incumplimiento del deber de colaboración son distintas para las partes y para los terceros[79].

a) Consecuencias para los terceros incumplidores

Con respecto a los terceros, establece la segunda parte del art. 189.1: "En caso de injustificado rehusamiento de los terceros a prestar la colaboración,

75 Los arts. 149.4 y 150.2 prevén las consecuencias desfavorables en caso de que la parte no comparezca a declarar sin causa justificada, así como la negativa a contestar o las respuestas evasivas o inconducentes. Nos remitimos a lo expuesto en VESCOVI, E., DE HEGEDUS. M., KLETT, S., CARDINAL, F., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código General del Proceso – Comentado, anotado y concordado", t. 4, al comentar las normas citadas.

76 El art. 160.3 del CGP prevé el deber del testigo de comparecer a la citación que se le formule y la consecuencia de la incomparecencia; el art. 160.4 prevé el deber de declarar y la consecuencia del rehusamiento; y el art. 164 prevé que si el tribunal ante quien se presta la declaración considera que el testigo falta a sabiendas a la verdad, dispondrá se remitan los antecedentes del caso al tribunal competente del orden penal. Nos remitimos a lo expuesto en VESCOVI, E., DE HEGEDUS. M., KLETT, S., CARDINAL, F., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código General del Proceso – Comentado, anotado y concordado", t. 5, al comentar los artículos citados.

77 El art. 168 del CGP prevé que cuando una parte intimada por el tribunal a solicitud de la otra a presentar un documento que se encuentra en su poder se negare a hacerlo, "cuando por otros elementos del juicio la existencia y contenido del documento resultare manifiestamente verosímil, la negativa a presentarlo podrá ser estimada como reconocimiento de ese contenido". En este mismo tomo, al comentar esta disposición, señalamos que ella "contiene una nueva concreción del deber de colaboración de los sujetos para con la administración de justicia, referida específicamente a todo litigante" (VESCOVI, E., DE HEGEDUS. M., KLETT, S., CARDINAL, F., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código General del Proceso – Comentado, anotado y concordado", t. 5).

78 KLETT, S. y PEREIRA CAMPOS, S., ob. cit., ps. 49 y ss.

79 Nuestro ordenamiento legal prevé específicamente consecuencias ante el incumplimiento del deber de colaboración. La razón de interés público en la función de la prueba -aspecto éste puesto de relieve por el procesalismo moderno- justifica la solución adoptada por el CGP. No obstante, en aquellos ordenamientos jurídicos que carecen de una norma similar a la nuestra, la doctrina y jurisprudencia postulan la potestad del tribunal de apreciar la falta de colaboración como un indicio o argumento de prueba en contra de esa parte y en favor del hecho que con la pericia o inspección frustradas se trataba de demostrar (Véase al respecto KLETT, S. y PEREIRA CAMPOS, S., ob. cit., ps. 49 y ss.).

el tribunal adoptará las medidas conminatorias apropiadas, remitiendo, si correspondiere, testimonio de lo actuado a la justicia penal a los efectos pertinentes".

De modo que son dos, las posibles sanciones a aplicar a los terceros renuentes a prestar su colaboración al tribunal.

La primera de ellas consiste en la aplicación de las *medidas conminatorias* apropiadas. A tales medidas se refiere el art. 374, al regular los procesos de ejecución, disponiendo que "En cualquier etapa del proceso y para el cumplimiento de sus providencias, el tribunal, de oficio o a pedido de parte, podrá adoptar las medidas de conminación o de astricción necesarias". Agrega el art. 374.2 que "Las conminaciones económicas se fijarán por el tribunal en una cantidad de dinero a pagar por cada día que demore el cumplimiento".

La segunda sanción es la que, eventualmente, podrá surgir del proceso penal que llegue a instaurarse contra el tercero incumplidor, una vez recibida por el tribunal penal la información proporcionada por el tribunal civil.

El art. 178 del Cód. Penal tipifica el delito de "Omisión de los que estando legalmente obligados a prestar su concurso a la justicia, no lo hicieren", que es la hipótesis a que nos estamos refiriendo, aunque en su texto se refiere a quienes fueren llamados por la autoridad judicial "en calidad de testigo, perito, intérprete...", y el art. 173 tipifica el delito de desacato cuando se menoscaba la autoridad de los funcionarios, "2º. Por medio de la desobediencia abierta, al mandato de los funcionarios".

Todo ello, sin perjuicio del derecho de los terceros a que se les reembolsen los gastos y/o perjuicios que la medida probatoria les cause, tema que será analizado infra N° 6.

b) Consecuencias para las partes incumplidoras

Como lo ha destacado la moderna doctrina procesal en todas partes del mundo[80], la conducta de las partes en el proceso es una rica fuente de argumentos de prueba, especialmente en su contra, cuando aparece dolosa, desleal, o encaminada a obstaculizar la averiguación de los hechos tal como ocurrieron.

En tales casos se justifica que la ley procesal imponga a la parte que actuó de ese modo la presunción de considerar ciertos los hechos desfavorables que se pretendían probar con el medio de prueba que haya obstaculizado. Se ha señalado que para esto se requiere una norma legal expresa, conveniente y aconsejable, porque equivale a una inversión de la carga de la prueba. Así ha ocurrido

80 Véase la abundante doctrina citada en KLETT, S. y PEREIRA CAMPOS, S., ob. cit., ps. 49 y ss.

en varios países europeos (Alemania[81] e Italia[82], por ejemplo) y americanos (Colombia y Argentina).

No obstante, cuando no exista norma que imponga la presunción legal de ser cierto el hecho investigado, el juez, en presencia de la imposibilidad de practicar la prueba (pericia, inspección, reproducción, etc.), por la renuencia de una de las partes a permitir los exámenes de las cosas o personas, o por los actos positivos de ésta para obstaculizarla, tiene libertad para apreciar esa conducta como indicio en contra de esa parte y en favor del hecho que con la medida probatoria se trataba de demostrar[83]; es decir, esa conducta le servirá al juez para deducir una presunción judicial o de hombre que oriente su criterio en la apreciación de las

81 En el ordenamiento procesal alemán se regula especialmente en el art. 286 de la Z.P.O. la posibilidad de extraer prueba de la conducta procesal de las partes. La Ordenanza procesal alemana consagra también que la negativa de la parte a exhibir o a permitir utilizar el objeto del reconocimiento judicial sólo puede determinar que el tribunal, de acuerdo con su libre apreciación de la prueba, admita como probada la existencia de las condiciones del objeto de reconocimiento afirmadas como favorables y la falta de las desfavorables.

82 En Italia, el art. 116 del Código de Procedimiento Civil de 1940 dispuso: "Apreciación de las pruebas. El juez debe valorar las pruebas de acuerdo con su prudente apreciación, salvo que la ley disponga de otra manera. El juez puede deducir argumentos de prueba de las respuestas que le den las partes, en virtud del artículo siguiente (interrogatorio no formal) de la denegación injustificada en permitir las inspecciones que él ha ordenado y, en general, del comportamiento de las partes mismas durante el proceso".

A su vez, el art. 118, apartado 2º del CPC italiano estableció que "si la parte se niega a cumplir tal orden (de inspección) sin justo motivo, el juzgador podrá inferir de esa negativa argumentos de prueba, conforme al apartado segundo del art. 116".

83 Son interesantes algunos casos que reproducimos tomados por LEGUISAMON de la jurisprudencia argentina:

* "Corresponde considerar -en el caso- como una presunción en contra de la demandada, la negativa a presentar la documentación necesaria para efectuar la pericia contable ofrecida por la parte actora para acreditar la extensión del crédito reclamado, y que le fue requerida bajo apercibimiento de los dispuesto por el art. 386 del Cod. Procesal, si conforme a los escritos de institución del proceso resulta verosímil la existencia y el contenido del crédito en la medida peticionada" (S.C. Bs.As., 18/9/94, "Unión Obrera Metalúrgica c. Cavalo Hnos", L.L.", 1986-D, p. 647, 37.356-S).

* "El dictamen del consultor técnico propuesto por la actora carece de convencimiento técnico, dado que... la negativa de la víctima a realizar ciertos movimientos o a ser examinada por el perito sólo puede constituir una presunción en su contra" (C. N. Esp. Civ. y Com., Sala I, 5/6/87, exp. 77.785, "Zielcke de Torres, Baldomeda Carlota, c. El Cóndor S.A., s/ sumario", inédito).

* "Desde hace ya largos años, cuando sólo se contaba con la prueba hematológica -que permite excluir la paternidad, pero no afirmarla positivamente-, nuestros autores y jueces han sostenido que la negativa a someterse a la prueba biológica crea una presunción en contra de quién asume tal actitud procesal (así lo hemos señalado en Bossert y Zannoni, Régimen legal de filiación y patria potestad, p. 105, donde recordamos los fallos y opiniones vertidos en tal sentido). Pero a partir de la década de los años 70, en que se suma la posibilidad de contar con una prueba asertiva concluyente, como es la de histocompatibilidad (H.L.A. - Human Lymphocyte Antigen), el sentido de esa presunción se robustece, y salvo que medien justificadas y probadas razones, la expresa negativa del demandado hará presumir el acierto de la posición contraria a la que éste sostiene en el pleito. No es razonable adoptar otra actitud, cuando lo que está en cuestión es el estado de la familia de una persona. Tanto es así que ahora no sólo la construcción doctrinal y jurisprudencial

pruebas que en el proceso existan y un indicio grave en favor del hecho que era el objeto de la probanza[84].

En nuestro sistema jurídico, la consecuencia para las partes está establecida en el art. 189.3: "Si quien debiera prestar colaboración fuera una de las partes y se negara injustificadamente a suministrarla, el tribunal le intimará a que la preste. Si a pesar de ello se persistiera en la resistencia, el tribunal dispondrá se deje sin efecto la diligencia, debiéndose interpretar la negativa a colaborar en la prueba como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria respecto del hecho que se quiere probar salvo prueba en contrario".

La consecuencia que impone la norma legal tiene como presupuesto que se trate de una negativa **injustificada** a colaborar. No toda negativa a colaborar

conduce a esta conclusión, sino que ha sido impuesta por el art. 4 de la ley 23.511, conforme lo he recordado al votar en esta sala causa 29.854, del 11/5/88".

"De manera tal, conforme a ello, la infundada negativa del demandado a someterse a la prueba biológica no puede sino conducirnos a presumir la veracidad de lo dicho en la demanda en cuanto al vínculo de filiación. La argumentación... donde el apelante se opone a dicha presunción, invocando las garantías de la Constitución nacional, en cuanto ésta dispone que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni a declarar sobre sí mismo, no enervan la conclusión expuesta. Justamente porque nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, y porque ello representaría un acto de violencia física, es que no se ejerce compulsión sobre el litigante para obtener la muestra de sangre destinada a la prueba biológica. Lo que la ley 23.511 y la opinión pacífica de jueces y autores hacen es interpretar, conforme a la lógica más elemental, el significado, la razón de ser, de una conducta procesal asumida por la parte. No es posible, seriamente confundir una supuesta obligación de hacer lo que legalmente no se impone como deber, con la interpretación que corresponde dar a una actitud procesal que impide, injustificadamente, dejar establecida con certeza la realidad en torno de un controvertido vínculo de filiación. En cuanto a la referencia a la garantía contenida en el art. 18 de la Constitución, resulta sorprendente: aquí no se pide una declaración, sino la colaboración para la producción de una prueba concluyente; pero, en todo caso, si esto debe ser equiparado a una declaración en razón del significado que arrojará la prueba, cabe corregir que el demandado sabe, y así reconoce, que ese resultado le será adverso" (C.N. Civ., Sala F, 7/3/89, del voto del doctor Bossert, al cual se adhirieron los doctores Conde y Nilve, "G.A., R.N. , c. D., A.", "L.L", 1989-E, ps. 112/13).

(LEGUISAMON, H., "Las presunciones judiciales y los indicios", Buenos Aires, 1991, ps. 129 y ss.).

84 FRANCHI, por ejemplo, estima que cuando una de las partes se abstiene de depositar el dinero para los gastos previos de los peritos, el juez debe deducir de esa conducta argumentos de prueba en contra de aquélla, concepto que con DEVIS ECHANDIA compartimos, siempre que por ese motivo no sea posible rendir el dictamen y que no se trate de falta de capacidad económica para el pago.

LESSONA es más amplio y sostiene que siempre que sea imposible practicar la peritación por la voluntad o los hechos de una de las partes, "deberán reputarse como probadas las aserciones del adversario, para comprobar las cuales se admitió el peritaje, salvo caso de que pudiera recurrirse a otros medios de prueba ante el mismo juez" y cita jurisprudencia italiana en ese sentido. Por nuestra parte, siguiendo a DEVIS ECHANDIA, creemos que para darle ese valor de plena prueba o de presunción legal a esa conducta, es indispensable una norma que lo diga, pero a falta de esa norma, el juez debe considerar tal conducta como un indicio grave en favor del hecho que se pretendía probar con el dictamen de los peritos. Análoga es la opinión de MUÑOZ SABATE (DEVIS ECHANDIA, H., ob. cit., t. 2, ps. 413 y 414).

implica el acaecimiento de la consecuencia prevista en la norma, sino que debe tratarse un rehusamiento que no tenga por fundamento una causa justificada. Este tema reviste gran complejidad al analizarse los casos concretos porque se suelen poner en juego varios derechos y principios incluso de orden constitucional que se contraponen y que debe resolver el tribunal con prudencia y razonabilidad[85].

La consecuencia para la parte que injustificadamente no colabora se despliega en dos fases distintas:

a) Ante la falta de colaboración injustificada hay primeramente una intimación del tribunal a que se preste la colaboración indicada, como medio de asegurarse que la resistencia o la renuencia no son fortuitas, accidentales o justificadas, sino deliberadas.

b) Luego de ello, y de mantenerse tal actitud, el tribunal dispondrá por un auto dejar sin efecto la diligencia.

Dictado el auto que así lo dispone, el tribunal considerará esta conducta de la parte como una confirmación de las afirmaciones de su contraparte respecto del hecho a que refería el medio frustrado. O sea que para que el tribunal aplique la consecuencia prevista en la norma, se requiere que éste haya dispuesto dejar sin efecto la diligencia; hasta que ello se disponga la parte puede cumplir con la colaboración solicitada; luego ya no es posible.

85 Uno de los casos de resolución más compleja se presenta cuando la ley impone o resulta indispensable por la índole del hecho controvertido, la observación directa de la persona.

Desde antiguo se ha planteado el problema de si es admisible obligar a la persona a someterse al examen y cuál ha de ser la consecuencia jurídica de su negativa. Se han invocado razones de solidaridad social y de cooperación de los ciudadanos en el mejor funcionamiento de la justicia, con una asimilación a los fundamentos de la prueba testimonial.

El afán de esclarecer la "verdad objetiva", en sí mismo loable, deja de serlo cuando para lograrlo es menester avasallar otros principios supralegales, como las garantías constitucionales, entre ellas una esfera de intimidad cuyo señorío individual corresponde al de la libertad.

El Código italiano, tuvo la prudencia de enrolarse, en el articulado, en la doctrina que si bien impone el deber de someterse a la inspección, en caso de negativa de la parte sólo permite extraer argumentos de prueba desfavorables al renuente (inconducta procesal). Además, para que proceda, la inspección debe ser indispensable (que la prueba no pueda obtenerse sino por ese medio) y con la limitación, en cuanto a la ejecución, de que no ocasione grave daño (material o moral) y no obligue a violar secretos.

En Argentina, entre otros casos, se ha examinado la cuestión con referencia a la prueba de la nulidad del matrimonio por impotencia. Con referencia a la doctrina que extrae de la negativa a someterse al examen un presunción desfavorable, la doctrina ha señalado que puede ser peligrosa porque bastaría con que se pusieran de acuerdo los interesados para lograr así la ruptura del vínculo. Por tanto, se sugiere que esa actitud debe apreciarse junto con las demás (COLOMBO, C., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado y Comentado", t. III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, ps. 676 a 677).

No obstante, la consecuencia prevista en la norma no se aplicará si los hechos que se extraerían de la falta de colaboración de la parte resultaren desvirtuados por otros medios de prueba. Resulta aquí fundamental la restante prueba de autos para analizar si la misma contradice o no la consecuencia que la ley, en principio, ordena al juez extraer de la falta de colaboración de la parte.

Cabe aquí recordar que el art. 6 del CGP consagra un verdadero poder-deber del tribunal de adoptar, de oficio o a petición de parte, todas las medidas que resulten de la ley o de sus poderes de dirección para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso.

Los poderes-deberes del tribunal en cuanto a la ordenación del proceso, según surge del art. 6, tienen un doble enfoque. Por un lado, el tribunal debe realizar una tarea preventiva de gran importancia, tratando de evitar cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso. Por otro lado, y para el caso en que los mecanismos preventivos fracasen, el juez debe cumplir una labor de represión de los sujetos procesales que violen o alteren el orden o los principios del proceso. Estamos, en este último caso, en el ámbito de las sanciones.

Los dos aspectos -preventivo y represivo- se manifiestan en el art. 189 del CGP respecto al deber de colaboración de las partes al preverse en la norma dos etapas de actuación del juez: primero intimando (prevención) y luego aplicando una consecuencia desfavorable a la negativa de colaboración (sanción).

Las consecuencias previstas en la norma del art. 189 ya habían sido aplicadas por nuestra jurisprudencia mucho antes del CGP especialmente en materia de procesos de investigación de la paternidad. Así, el demandado que rehúsa someterse -sin justa causa- a una pericia genética correctamente dispuesta en el proceso, (a raíz de la cual podrá establecerse o excluirse la paternidad invocada con un altísimo grado de certeza), sin duda que lo hace guiado por el temor que le produce el posible resultado adverso de la prueba y verse expuesto "públicamente" en sus mendacidades y dobleces. El comportamiento procesal, entonces, como hecho objeto de la percepción del juez que, a diferencia de otros medios probatorios se origina particularmente en y por la actividad probatoria desplegada por las partes (precisamente para la demostración de los hechos que constituyen la hipótesis legal de la norma) sirve aquí de "prueba" de estos últimos (en el caso de la paternidad alegada) quizás con mayor elocuencia que cualquier declaración o testimonio prestado por un tercero.

9.6.REEMBOLSO DE GASTOS O DE PERJUICIOS A LOS TERCEROS

Dispone el art. 189.2 que "Si la colaboración referida causare gastos u otro menoscabo patrimonial a los terceros, el tribunal fijará en forma irrecurrible las cantidades que las partes, conforme con el régimen del artículo 185, habrán de abonar a título de indemnización".

El procedimiento a seguirse sería el siguiente:

a) Una parte, ambas o el tribunal de oficio solicitan la adopción de una medida probatoria que implica la colaboración de un tercero.

b) El tercero puede presentarse ante el tribunal y exponer que ello le causa gastos u otro menoscabo patrimonial, estimando el mismo y justificándolo.

c) Si el tribunal entiende fundado el planteo del tercero, fija en forma irrecurrible las cantidades que las partes, conforme con el régimen del artículo 185, habrán de abonar a título de indemnización.

d) Conforme con el régimen del art. 185, la o las partes según el caso, deberán consignar la suma fijada por el tribunal, bajo "apercibimiento de tenerse por renunciada esa prueba"[86].

En consecuencia, corresponde prescindir de la diligencia si el tercero que debe colaborar demuestra que la práctica de la prueba puede acarrearle perjuicios significativos y las partes no consignan la suma fijada por el tribunal a tales efectos.

Por la remisión al art. 185, entendemos que la suma deberá ser consignada por la parte que solicitó la medida probatoria. En caso que la diligencia hubiera sido dispuesta de oficio por el tribunal, requerida por ambas partes o si, pedida por una, la otra hubiere solicitado ampliación de la misma, los gastos y menoscabos patrimoniales sufridos por el tercero, serán satisfechos por mitades.

e) El tribunal liberará la suma consignada en favor del tercero colaborador una vez que este acredite fehacientemente el gasto o menoscabo patrimonial sufrido o a sufrirse.

86 TARIGO, E., Lecciones de Derecho Procesal Civil, tomo II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994, ps. 124 y 125.

10. REPERCUSIÓN DE LA INCONDUCTA PROCESAL EN UNA ACTIVIDAD O ETAPA PROCESAL O EN EL DESENLACE DEL JUICIO

Modernamente se ha señalado que la sanción apropiada puede estar constituida por una presunción de falta de razón. Del comportamiento procesal del justiciable, el juez puede deducir un argumento de prueba en contra. Se computa la conducta procesal de los litigantes como otro elemento que se considera en el momento de dictar sentencia.

Señala DÍAZ[87] que no se trata de una carga sanción, sino de apreciar in integrum la conducta procesal del justiciable, y aquí reside uno de los mayores peligros de esta sanción: no existe un nexo de causalidad entre la inconducta procesal y la falta de derecho (fundabilidad) de la pretensión litigiosa, y la presunción que aquella origina debe ser cautelosa y prudentemente apreciada por los jueces para no sancionar la malicia con una injusticia.

En el CGP –al igual que en el CPCMI- se regulan un número importantes de hipótesis -muchas de ellas típicas cargas procesales- en que, ante la incomparecencia de una de las partes o ante la falta de colaboración con el tribunal de los partícipes del proceso, se adoptan medidas trascendentes o se imponen presunciones desfavorables.

A modo de ejemplo, cabe citar las siguientes situaciones:

a) En sede de la **declaración de parte**, el art. 149.4 dispone: "La no comparecencia a la citación, sin causa justificada así como la negativa a contestar o las respuestas evasivas o inconducentes, harán presumir ciertos los hechos de la demanda o de la contestación, en su caso, susceptibles de ser probados por confesión".

b) En materia de **conciliación previa**, el art. 295.6 dispone: "Si el citado (a la audiencia de conciliación) no compareciere, se tendrá como presunción simple, en contra de su interés, en el proceso ulterior, lo que se hará constar en la citación".

c) "La inasistencia no justificada del actor a la **audiencia preliminar**, se tendrá como desistimiento de su pretensión" (art. 340.2). "Si el inasistente fuere el demandado, el tribunal dictará sentencia de inmediato y tendrá por ciertos los hechos afirmados por el actor en todo lo que no se haya probado lo contrario," salvo que el proceso

87 Díaz, C., ob. cit., T. I, p. 276.

refiriese a cuestiones de orden público, derechos indisponibles u hechos que no pueden ser probados por confesión (art. 340.3).

d) "En todo caso, la ausencia a la **audiencia complementaria** de prueba determinará una presunción desfavorable a la parte inasistente" (art. 343.3).

e) Cuando la parte que **propuso un testigo** asumiere la carga de hacerlo comparecer se prescindirá de la citación. En este caso, si el testigo no concurriere sin justa causa, se prescindirá de su testimonio, salvo que el tribunal haga uso de la facultad que le concede el art. 24 num. 5) (art. 160.2).

f) En caso de **reconocimiento de documentos privados**, si citado el autor no concurriese o concurriendo diere respuestas evasivas, se tendrá por reconocido el documento. Igualmente, cuando los sucesores no concurriesen a la citación (art. 173).

g) Si no se **constituye domicilio** y mandada a subsanar la omisión por el tribunal, no se hiciera, se tendrá por constituido el domicilio en los estrados a todos los efectos (art. 71.1 inc. 2).

h) Como lo hemos analizado, las partes -al igual que los terceros- tienen el **deber de prestar la máxima colaboración** para la efectiva y adecuada realización de las inspecciones, reconstrucciones y pericias. Si la parte se negara injustificadamente a colaborar el tribunal le intimará a que la preste. Si se persistiera en la resistencia, el tribunal dispondrá se deje sin efecto la diligencia, debiéndose interpretar la negativa a colaborar en la prueba como una exactitud de las afirmaciones de la parte contraria respecto del hecho que se quiere probar, salvo prueba en contrario (art. 189).

i) En caso de citarse, como diligencia preparatoria, a aquel a quien se propone demandar para efectuar una **declaración jurada sobre hechos relativos a su personalidad**, y éste no concurriere o concurriendo respondiere en forma evasiva o rehusara contestar, el tribunal dispondrá la apertura del pliego y tendrá por ciertos los hechos que en él se consignaren en forma asertiva, sin perjuicio de la prueba en contrario que se produjere una vez iniciado el proceso (art. 309 num. 1).

j) Si el peticionario de una **diligencia preparatoria** no concurriese a la audiencia sin causa de fuerza mayor justificada, se le tendrá por desistido de su petición. Si la parte contra quien se pidieren las medidas

no compareciere, salvo causa de fuerza mayor justificada, se cumplirán las diligencias posibles de realizar sin su presencia, teniéndose por ciertos los hechos afirmados por el peticionante, en todo cuanto no resultaren desvirtuados por la prueba del proceso principal (art. 310.2 y 310.3).

k) En materia de **partición sucesoria**, se convocará a los herederos a una audiencia para tratar el proyecto de adjudicación. Se adoptará resolución sólo con los herederos que a ella concurran (art. 420 num. 2).

El valor que debe darse a la conducta de las partes, desde el punto de vista probatorio, es un tema de singular trascendencia en el proceso civil moderno que fue analizado en profundidad en un anterior trabajo realizado con la Dra. Selva KLETT[88].

En esa oportunidad decíamos que la más calificada doctrina procesal extranjera, seguida por una sólida jurisprudencia, señala con firmeza que, aún a falta de texto legal al respecto, la conducta procesal de las partes tiene un valor trascendente en el proceso, sea como indicio, como argumento de prueba o como un elemento que debe tenerse en cuenta al valorar el material probatorio. Se observa, asimismo, en Derecho Comparado, un avance en el sentido de consagrar en los textos positivos normas que, por un lado atribuyan valor probatorio genérico a la conducta procesal de las partes y, por otro, concedan poderes-deberes al tribunal para realizar la valoración de la misma.

En nuestro derecho, en el ámbito del Código General del Proceso, entendemos que la conducta procesal de las partes tiene un importante valor desde la perspectiva probatoria. Si bien el CGP no consagra una norma general expresa que establezca una pauta de valoración de la conducta endo-procesal de las partes, dirigida al magistrado, la conclusión a que arribamos se extrae mediante adecuadas pautas de interpretación e integración en base a los principios procesales y a la varias disposiciones específicas que informan el texto legal.

Nuestra jurisprudencia, por su parte, suele atribuir en sus fallos valor negativo a la inconducta procesal de las partes.

Los principios procesales normativos consagrados en el CGP citados, sumados a las disposiciones legales específicas mencionadas, analizados a la luz de las reglas legales de interpretación e integración, conducen, a nuestro

88 KLETT, S. y PEREIRA CAMPOS, S., "Valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el Código General del Proceso", en colaboración con la Dra. Selva Klett, publicado en la Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 1/97.

juicio inexorablemente, a postular en nuestro sistema jurídico la existencia de un tipo legal que impone el actuar veraz, leal y colaborador de las partes y que nosotros hemos denominado el "standard del buen litigante".

La adecuación y el apartamiento de este standard deben ser especialmente considerados por el tribunal al momento de la sentencia, en la etapa de valoración de los elementos de convicción, como un argumento, indicio o elemento a favor o en contra de las partes.

Cuando exista una norma especial que establezca la consecuencia querida por el legislador, ante el apartamiento del tipo legal del "buen litigante", a ella deberá estarse. Cuando, por el contrario, no exista una norma especial que establezca específicamente la consecuencia legal de la violación del "standard del buen litigante", entendemos que, tanto las normas de interpretación como de integración, conducen a postular el poder-deber del tribunal de valorar desfavorablemente y de modo corroborante de las demás pruebas de autos, las inconductas procesales de las partes.

En iguales términos, cuando la conducta procesal de la parte se ajuste o supere el "standard del buen litigante", podrá extraerse de la misma consecuencias favorables corroborantes de la demás prueba de autos.

En todos los casos, el tribunal deberá actuar en tan delicada tarea con suma prudencia dado que la valoración de la conducta procesal de las partes tiene también sus límites.

El juez debe basarse en fundadas inconductas procesales, en incumplimientos graves, claros y manifiestos de las reglas de buena fe, lealtad, veracidad y colaboración.

Por otra parte, el comportamiento procesal no podría ser valorado negativamente cuando el mismo se hallase legítimamente justificado, o constituyese el ejercicio funcional de un derecho o prerrogativa procesal; esto es: cuando aquélla conducta no apareciera impuesta, explícita o implícitamente, como una carga o un deber procesal.

11. CONCLUSION

Siguiendo a PEYRANO[89], entendemos que si se desea estructurar un aparato verdaderamente eficaz, preventivo y represivo de las violaciones al orden y a los principios del proceso y especialmente combativo del fraude, la

89 Peyrano, J., ob. cit., p. 230 y 231.

mentira y el ocultamiento, deben coordinarse y armonizarse los mecanismos existentes a nivel teórico, adecuándolos al medio y al momento histórico.

El CGP uruguayo –siguiendo al CPCMI- logra esta armonía de forma muy acertada, tal como surge de los mecanismos preventivos y sancionatorios señalados[90]. Los distintos mecanismos aparecen en una especie de superación progresiva según la gravedad e incidencia de la infracción, sin existir contraposiciones perjudiciales. No obstante, cabe tener siempre en consideración que, en definitiva y sin perjuicio de cierta eficacia de todos estos mecanismos, su verdadero éxito depende de los partícipes en el proceso. El tribunal haciendo uso de sus poderes-deberes con razonabilidad y responsabilidad; los abogados comprendiendo que el proceso es una obra en común en pos del máximo valor jurídico: la justicia; los demás partícipes del proceso asumiendo su deber de colaboración.

Se observa en el CGP una gran preocupación para imponer la regla moral en el proceso, recurriéndose a casi todos los mecanismos preventivos y sancionatorios de la inconducta procesal. Los eventuales temores que pudieran haber tenido los cuerpos forenses acerca de si el CGP no es demasiado severo, se han ido dejando de lado ante la práctica que ha demostrado el funcionamiento coherente y razonable del sistema. La prudencia y mesura de los jueces en la aplicación de las disposiciones sancionatorias, sumado al régimen severo de responsabilidades a que éstos están sometidos, garantizan el necesario equilibrio.

Las normas están siendo interpretadas por los jueces con suma cautela y prudencia. La garantía de la defensa en juicio es respetada. Con el transcurso del tiempo creemos con optimismo que el objetivo moralizador de los procesos que ya hoy se constata, se verá consolidado.

* * *

90 No obstante, en nuestra opinión, el concepto de "malicia que merezca la nota de temeridad" del art. 688 del Cód. Civ., sobre el cual se construye el régimen general de condena en costos, no es el más adecuado. En efecto, dicho concepto de difícil configuración en la práctica jurisprudencial, debiera sustituirse por otro menos exigente que posibilite la condena en costas y costos aún en aquellos casos en que, si bien no se configuró la malicia temeraria, la parte litigó con conciencia de su falta de razón. Podría ser una solución adecuada extender la aplicación de la norma del art. 57 prevista para la segunda instancia de los procesos indicentales a los demás procesos. Según dicha norma, la condena en costas y costos es para el vencido, salvo que el tribunal entienda fundadamente que la parte haya litigado con alguna razón.

DECLARACIÓN DE LA PARTE COMO MEDIO DE PRUEBA

Felipe Marín Verdugo[1]

I.- INTRODUCCIÓN.

Desde hace algunas décadas nuestra región ha transitado por un camino de profundos cambios en sus sistemas judiciales. A pesar de las diferencias entre las distintas reformas de nuestros países y en el derecho sustantivo que cada una de ellas ha regulado (civil, laboral, familia, etc.), es posible identificar en la gran mayoría una tendencia común: se trata de un cambio desde sistemas por expediente hacia sistemas por audiencias. Esto significa, en lo medular, que las decisiones judiciales deben ser tomadas personalmente por el juez, previa audiencia dirigida por él mismo, en la que ha presenciado directamente el debate de los litigantes (sus argumentos y prueba). A estos procedimientos por audiencias se los ha denominado genéricamente como sistemas "orales" o procedimientos en los que prima el principio de la "inmediación".

En nuestra región, una de las primeras y más destacadas reformas al proceso civil en esta dirección fue la del Código General del Proceso uruguayo que entró en vigencia en 1989. Esta reforma rompió con nuestra tradición procesal civil escrita y demostró que en Latinoamérica era posible tener un sistema por audiencias. Los reformadores que le dieron origen, sin desconocer la experiencia que entregaba la tradición, tampoco sucumbieron ante su peso. Ellos no se confundieron: las Siete Partidas medievales que heredamos de España no eran los Diez Mandamientos. Los reformadores fueron, entonces, capaces de aproximarse críticamente a la tradición para formular un nuevo modelo. Sin embargo, los reformadores son también personajes de su tiempo. Aprenden del pasado para cambiarlo, pero no pueden abstraerse completamente de él. Por lo mismo, en nuestros nuevos sistemas procesales por audiencias todavía existen vestigios del sistema escrito que aun no han sido superados. Hoy, a 20 años del Código General del Proceso, debemos enfrentar los desafíos que los reformadores dejaron para nosotros, más aun cuando muchos de

1 Abogado, Master of Legal Institutions por la Universidad de Wisconsin, EE.UU., profesor de la Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.

nuestros países están actualmente en pleno proceso de modernización de sus sistemas procesales.

En el presente trabajo, entonces, trataré uno de los asuntos que considero de la máxima importancia y que aun está pendiente entre nosotros: la declaración voluntaria de la parte como medio de prueba en la audiencia de juicio.

Para despejar desde un inicio algunos aspectos que pueden causar confusión, la declaración de la parte a la que me referiré no es aquella que se presta en la etapa preparatoria del juicio con el fin de determinar su objeto o los hechos que será necesario probar en él. Así, entonces, no me referiré a lo que pueda decir la parte demandante en su demanda ni la demandada en su contestación, por ejemplo. Las afirmaciones que ellas hagan en dichos momentos del proceso son declaraciones que sirven para determinar los límites de la litis.[2] Así, cuando esas afirmaciones sean respecto de los hechos, servirán para determinar, entre otras cosas, cuáles serán los hechos controvertidos que luego requerirán de prueba en el juicio.[3] Por el contrario, a la declaración de la parte a la que me referiré aquí es a aquella que se produce después, ya en la audiencia de juicio, como un medio de prueba para acreditar alguno o algunos de los hechos controvertidos que fueron previamente definidos como tales por el tribunal.

Hasta ahora, el conocimiento personal que tienen las partes sobre los hechos controvertidos ha sido regulado en nuestros nuevos sistemas de la misma manera que se hacía en los procedimientos escritos. Así, la tendencia ha sido mantener la regla que determina que las partes pueden prestar declaración como medio de prueba sólo si la contraparte lo pide, es decir, se permite su declaración forzada o confesión. Algunos Códigos la siguen llamando "absolución de posiciones", mientras otros le han cambiado el nombre a "declaración de parte". En cambio, ya sea por disposición legal expresa o sólo por práctica judicial, no se permite que las partes declaren voluntariamente, como si fueran un medio de prueba más de sus respectivos casos.

¿Qué sentido tiene impedir que las partes declaren voluntariamente? ¿Cómo se le explica a un trabajador que no puede exponer directamente al tribunal, con valor probatorio, lo que vio o escuchó, a menos que el empleador se lo permita al pedir su declaración forzada? ¿Cómo se le explica a una mujer que acude a un juzgado pidiendo su divorcio por haber sido víctima de maltratos, que no puede contar su historia al tribunal, con valor probatorio, salvo que el marido le allane el camino pidiendo su confesión? ¿Cómo se convence a un

2 Independientemente de que luego en la audiencia de juicio se pueda contrastar lo que dice la parte ahora en la audiencia con lo que dijo previamente en su demanda, si hubiese alguna contradicción que sirva para cuestionar su credibilidad.

3 Por su puesto, para que un hecho deba ser probado en el juicio, no basta con que sea controvertido, sino que además debe ser pertinente al punto legal en cuestión.

tribunal sobre lo señalado por alguna de las partes en aquellos aspectos de su demanda donde la mejor prueba disponible es lo percibido directamente por ella misma, ya sea por la dinámica propia de los hechos o por la dificultad para obtener testimonios de terceros renuentes a declarar? ¿Es inteligente poner a las partes en la disyuntiva de perder el juicio por falta de prueba o tener que "inventar" prueba para llenar el vacío dejado por la imposibilidad de decirlo directamente? ¿Es valioso que el tribunal se prive de la posibilidad de conocer información pertinente de boca de los propios protagonistas del conflicto?

Uno de los principales avances ofrecido por el sistema por audiencias consiste en mejorar la calidad de la información con la que cuenta el juez para formar su juicio sobre los hechos debatidos. Para ello rige la inmediación: el juez esta en contacto directo con las fuentes que contienen la información necesaria para resolver el asunto controvertido (la prueba), aumentando con ello la posibilidad de llegar a una decisión correcta o, al menos, disminuyendo la posibilidad de cometer errores. Por ello, uno de los cambios más trascendentales de los nuevos sistemas por audiencias ha estado en el diseño de la audiencia de juicio, aquella destinada a recibir la información que el juez utilizará para resolver el fondo del asunto (la prueba), haciéndola oral para permitir que éste pueda conocer los medios de prueba de forma directa e inmediata.

A su vez, dentro de la audiencia de juicio, el cambio más importante ha estado en las normas que regulan la manera en que se debe producir y valorar la prueba (las reglas de la prueba), pues ellas son las que definen la manera en que la información podrá ser introducida, usada y valorada en el juicio.[4] En general, las nuevas reglas de la prueba de nuestros diversos ordenamientos reformados facultan a los jueces para valorarla en libertad, siendo la sana crítica el modelo más utilizado.[5] De acuerdo a este método, si bien los jueces tienen autonomía para valorar los medios de prueba, tienen ciertos límites, como la prohibición de contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y/o los conocimientos científicamente afianzados.[6]

4 La importancia de la prueba en la conformación de un procedimiento judicial es clarísima: "En realidad, describir un proceso de primera instancia equivale, en buena medida, a dar cuenta de cómo se ofrecen, solicitan, admiten y asumen las pruebas". Taruffo, Michele, *La prueba*, Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2008, p. 109.

5 Así lo establece el artículo 140 del Código General del Proceso de Uruguay. También los artículos 456, 32 y 297 del procedimiento laboral, de familia y penal chilenos, respectivamente. Lo mismo hace el artículo 197 del Código Procesal Civil peruano. La Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000 establece también el sistema de la sana crítica, pero aplicándola sólo a algunos medios de prueba como la testimonial (Art. 376), la pericial (Art. 348); la declaración forzada de la parte respecto de los hechos declarados que la benefician (Art. 316 nº2), entre otros.

6 Para más detalle sobre el significado de "sana crítica" ver Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4º edición, Editorial B de F, Montevideo, Uruguay, 2007, p. 222 y ss.. También ver González Castillo, Joel, 2006. "La fundamentación de las sentencias y la sana crítica", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 Nº1.

Pero valorar de acuerdo a las reglas de la sana crítica también significa que los jueces deben apreciar la prueba de manera concreta, es decir, deben darle más o menos valor (credibilidad) de acuerdo a su propio peso, sólo después de haber conocido su contenido específico individual y en conjunto con todas las demás pruebas que se hayan rendido en el juicio.[7] Hoy este método puede parecer del todo natural. ¿Cómo se podría haber valorado seriamente la credibilidad de alguien sin primero haberlo conocido y haber escuchado lo que tenía que decir? ¿Cómo se podría haber valorado la credibilidad de un testigo sin primero haberlo visto directamente enfrentar, con o sin éxito, las contradicciones a las que haya podido ser expuesto?

Sin embargo, el sistema normativo de valoración de la prueba fue otro durante siglos.[8] La prueba era valorada antes de ser rendida en el juicio, por categorías generales, aisladamente una de otra y la persona a cargo de hacerlo no era el juez, sino que el legislador. A diferencia del sistema de valoración en concreto, éste era entonces un sistema de valoración a priori y en abstracto, conocido como el sistema de prueba legal o prueba tasada, nacido en Europa en la edad media, asociado históricamente a los sistemas en los que primó la escrituración y que existió en nuestros sistemas procesales desde la colonia para luego trasladarse hacia nuestros códigos republicanos.

En este trabajo sostendré que la limitación que se impone a las partes de contar voluntariamente su historia al tribunal – con valor probatorio, es decir, como medio de prueba – es propia de los sistemas escritos donde rige el sistema de la valoración legal de la prueba. En cambio, sostendré que en los sistemas por audiencias, donde rige la valoración judicial y concreta de la prueba[9], carece de sentido prohibir a las partes declarar voluntariamente. En definitiva, afirmaré que esta limitación es una de las instituciones que pertenecen a ese pasado del cual nuestros reformadores no fueron capaces de escapar y que nosotros ahora debemos superar.

Para sustentar esta afirmación, primero comenzaré describiendo y analizando el sistema de prueba anterior a las reformas, el sistema de la prueba

7 Así, por ejemplo, el artículo 140 del Código General del Proceso uruguayo señala que "Las pruebas se apreciarán tomando en cuenta cada una de las producidas y en su conjunto, racionalmente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica…". También el artículo 197 del Código Procesal Civil peruano que señala: "Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada".

8 Es importante hacer hincapié en que este fue el sistema *normativo*, ya que independientemente de lo regulado legalmente, los jueces pueden intentar "torcer" la mano de las reglas cada vez que ellas representaban un obstáculo para hacer justicia en el caso concreto.

9 Aunque algunos de nuestros sistemas por audiencias establecen por ley el valor que el juez debe dar a ciertos medios de prueba específicos, en todos ellos los dichos de las personas que concurren a declarar personalmente a la audiencia de juicio deben ser valorados judicialmente, como ocurre con la testimonial y la pericial. Como la declaración voluntaria de la parte sería una de aquellas pruebas en que se recibe la declaración de una persona directamente ante el juez, la tesis de este trabajo sería aplicable a todos nuestros sistemas por audiencias.

legal, donde explicaré porqué – por razones políticas, prácticas y culturales – se diseñó un sistema en el que el juez debía aplicar una valoración preestablecida por el legislador, es decir, una valoración a priori y en abstracto de la prueba. Explicaré también porqué la adopción de este sistema de prueba trajo como consecuencia la inhabilitación de las partes para declarar voluntariamente y que sólo pudieran hacerlo cuando la contraparte lo exigiera, permitiendo – más bien obligando – al juez valorar sólo lo que ella hubiera dicho en contra de sus propios intereses. Intentaré demostrar que esta manera de proceder encuentra sustento en una forma de razonar propia de la época en que surgió el sistema de prueba legal, el medioevo, y que fue denominado como pensamiento escolástico.

Una vez explicado lo anterior, haré un breve repaso de la superación del pensamiento escolástico y, junto con él, de la superación del mismo sistema de prueba legal, que incluía la inhabilidad de las partes para declarar voluntariamente. Esto llevó a un sistema de valoración de la prueba diferente, el de la valoración judicial o valoración en concreto de la prueba. Junto con ello demostraré como, en los ordenamientos más importantes de nuestra órbita cultural, este cambio en la forma de pensar se tradujo en modificaciones a las reglas de la prueba, incorporando la valoración en concreto y, como consecuencia, la declaración de la parte en su beneficio como un medio de prueba que el juez podía valorar en su favor.

Con esta información contestaré a continuación a algunas de las objeciones que se han esgrimido para justificar la negativa a recibir el testimonio voluntario de las partes en nuestros nuevos sistemas por audiencia.

Por ahora, trataré de demostrar que las partes deben ser admitidas a declarar voluntariamente como medio de prueba sólo desde el punto de vista de la valoración judicial o valoración en concreto de la prueba. Sin embargo, es necesario hacer presente que existe otro punto de vista desde el cual también puede llegarse a la misma conclusión: el derecho subjetivo de las partes a ser oídas y su derecho a la defensa, reconocidos en los Tratados Internacionales como elementos integrantes del Debido Proceso. Lo anterior, por su propia complejidad y extensión, lo he reservado para un trabajo posterior.

II.- EL SISTEMA DE LA PRUEBA LEGAL.

Durante parte de la edad media el sistema judicial que cobró fuerza en el continente europeo fue el sistema romano-canónico, diseñado originalmente por la iglesia católica y que tenía sus raíces en el sistema romano del último

periodo imperial.[10] Este procedimiento se caracterizó, entre otros, por buscar la verdad de los hechos, a diferencia de lo que ocurría con el sistema más primitivo de las ordalías o Juicio de Dios, que subsistió paralelamente, en el que más bien se intentaba buscar la solución de las disputas en la voluntad divina a través de pruebas mágicas o de destreza física.

El abandono paulatino de esta forma de resolver los conflictos trasladándose hacia la búsqueda de la verdad constituyó un notable avance de racionalidad para su época, pero planteó un desafío sumamente difícil: la reconstrucción de hechos ocurridos en el pasado. Esto, a su vez, llevó necesariamente a recurrir a lo que conocemos hoy como "medios de prueba", es decir, a elementos informativos que entregaran testimonio al juez sobre hechos ocurridos en un momento remoto (pasado), de los cuales el juez no formó parte y, por ello, no presenció directamente. Sólo a través de estos medios de prueba el juez estaría en condiciones de reconstruir la "verdad" en el proceso judicial y, como consecuencia de ello, de aplicar el derecho a esos hechos tenidos por verdaderos. Esta mecánica sigue siendo así hasta el día de hoy y seguirá siendo necesaria mientras los conflictos que deba resolver un tribunal tengan su fuente en hechos pasados y no exista otra forma más confiable para acceder a ellos.[11]

Sin embargo, la importancia de la "verdad" en este sistema no debe ser sobredimensionada. Cuando encontrarla es un objetivo central del juicio, entonces debe ponerse especial énfasis en la calidad de la información que entregan los medios de prueba. Por lo mismo, debe cuidarse que las reglas de la prueba, aquellas encargadas de regular la forma de extraer e incorporar al juicio la información aportada por los medios de prueba, facilite alcanzar ese objetivo. Pero esto no ocurría así en este sistema, como se verá, pues hubo otros valores que competieron con mucha fuerza junto al interés por encontrar la verdad[12], superándolo en la práctica, lo que terminó provocando la "desvalorización de la importancia del juicio sobre los hechos" y la "recíproca sobrevaloración del abstracto problema jurídico"[13], característica que sigue presente hasta hoy en nuestra cultura legal influida durante tantos años por este modelo y que

10 No todo el sistema de justicia romano tuvo las características del posterior sistema escrito, ya que durante el Imperio hubo sistemas en los que prevalecía la oralidad y libre valoración de la prueba. Sobre esto, ver López González, Jorge A., *Teoría General Sobre el Principio de Oralidad en el Proceso Civil*, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 2007, especialmente p. 21 y ss.; y Cappelletti, Mauro, *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*, Parte Primera, traducción de Banzhaf, Tomás A., Librería Editora Platense, La Plata, 2002.

11 Sobre la importancia institucional de la "verdad" en los procedimientos judiciales, ver Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 29 y ss.

12 Esto no significa que en los sistemas procesales modernos no haya otros objetivos que compitan con el de encontrar la "verdad", como ocurre con la exclusión de prueba obtenida ilícitamente y el derecho de algunas personas a no contestar preguntas (secreto profesional, relaciones de parentesco), entre otras.

13 Cappelletti, El Testimonio, cit. nota n. 9, p. 149.

es problemática porque "ninguna decisión correcta y justa se puede basar en hechos determinados erróneamente"[14].

a.- La escrituración y el control jerárquico.

Este sistema de justicia también se caracterizó por su escrituración, lo que, como se verá, tuvo una relevancia trascendental en el diseño de las normas que regularon la forma en que se debían rendir y valorar los medios de prueba.

La decisión de hacer el proceso escrito respondió a diversos factores. Uno de los más importantes fue de carácter político: el control jerárquico ejercido por el monarca. Ya fuera el Papa o el rey feudal, todos intentaban mantener el control de su precario poder en una época de alta inestabilidad política. Para ello, los distintos monarcas concentraban todos los poderes que hoy encontramos distribuidos en diferentes órganos de los estados republicanos: ejecutivo, legislativo y judicial. Sin embargo, por mucho que se estimara conveniente mantener centralizado el poder, su ejercicio concreto y cotidiano no podía ser realizado materialmente por una sola persona. Por lo mismo, cada monarca delegaba su ejecución en las personas (funcionarios) de su confianza, quienes no actuaban por sí mismos, sino que en su nombre. El poder de impartir justicia era uno de los poderes que era necesario delegar. Entonces, respecto de los funcionarios a quienes se delegaba la función que hoy llamamos jurisdiccional, era necesario ejercer un control estricto para asegurar al monarca que ellos la ejercieran de acuerdo a su criterio, manteniendo con ello el poder concentrado.

La escrituración, en este contexto, fue un medio para permitir y facilitar el control. Si una de las partes se quejaba de la decisión de uno de los funcionarios delegados del rey o si el mismo monarca, por propia iniciativa, deseaba controlar lo que ellos estaban haciendo – aunque nadie apelara por su intervención – no necesitaba más que pedir a su funcionario delegado que le devolviera el registro escrito (expediente) de todo lo actuado para revisar su corrección. Así, a través de su lectura, el monarca podía decidir ratificar lo realizado por su delegado o modificarlo en lo que estimara necesario de acuerdo a su propio criterio y convicción. La escrituración facilitaba enormemente las cosas, ya que de no existir el expediente escrito, la única forma del monarca para mantener el poder de decidir como única autoridad hubiese significado el penoso trabajo de hacer todo de nuevo – incluyendo volver a escuchar a los testigos – para formarse su propia idea de lo que había ocurrido y tomar su decisión final sobre el asunto.

14 Taruffo, La Prueba, cit. nota n. 3, p. 23.

Obviamente, para que este sistema de control funcionara correctamente se hacía imprescindible obligar a estos jueces/delegados a realizar un registro lo más completo y fiel posible. Producto de esta necesidad, en el sistema escrito se reglamentaba detalladamente cada paso para la formación del expediente y la forma de reconstruirlo en caso de pérdida, entre otras reglas que hacían manifiesta su importancia. Así, por ejemplo, la decretal del año 1216 de Inocencio III ordenaba que todos los actos procesales, inclusos aquellos ocurridos en presencia del juez, debían redactarse en actas y si el juez tomaba una decisión sobre la base de una información no escriturada y acompañada al acta, esa decisión era radical e insanablemente nula.[15] Y entonces el registro de lo que había ocurrido durante el proceso terminó por transformarse en el proceso mismo: el expediente era el juicio. Así se encargaba de dejarlo claro el aforismo que decía "quod non est in actis non est de hoc mundo" (si no está en el expediente, no está en el mundo).

b.- La escrituración y las reglas de la prueba.

En relación a los medios de prueba, la escrituración obligaba a transformar todo elemento informativo que diera luz sobre la verdad de los hechos, como la declaración de los testigos, en una pieza escrita que pudiera incorporarse al proceso, lo que materialmente se traducía en la agregación física de dicha pieza escrita al expediente. Si algún elemento informativo no había sido traducido al papel y agregado al expediente, entonces no era parte de proceso, no existía, porque el expediente era el proceso mismo. De esta manera, la prueba no era la declaración viva del testigo, sino que la "traducción" o "interpretación" de su declaración viva a través de la escrituración que quedaba registrada en un acta.

Esta "traducción", además, generalmente no era realizada directamente por el juez/delegado del monarca, sino que por un funcionario del juez/delegado al cuál éste le delegaba a su vez dicha función, lo que constituyó otra importante característica del sistema escrito. Jeremías Bentham lo describía así hace casi dos siglos: "la función de examinar a los testigos, de reunir las pruebas, a menudo se confía a un simple comisario, a un juez informador, quien transmite por escrito las actuaciones al juez superior, el cual falla de acuerdo al examen de los autos"[16] y agregaba con tono crítico que "Esta forma de proceder subsiste todavía en varios países e incluso en Inglaterra, en el tribunal eclesiástico y en los tribunales de almirantazgo"[17].

15 Ver Cappelletti, El Testimonio, cit. nota n. 9, p. 143.

16 Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, Vol. I, traducción de Manuel Ossorio Florit, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, p.191

17 Bentham, Tratado, cit. nota n. 15, p. 192.

Por supuesto, es fácil advertir todos los problemas que esta "traducción" podía tener al momento de intentar valorar la prueba "traducida", ya que el juez/delegado recibía esta información desnaturalizada a través de un funcionario que, incluso en el mejor de los escenarios, se limitaba sólo a modificar lo declarado por el testigo al resumirlo, pero que generalmente iba más allá al cambiar sus palabras, sin poder saber ni controlar hasta qué punto la declaración podía sufrir cambios sustantivos. Pero, además, al no haber visto nunca declarar al testigo, el juez/delegado perdía todo conocimiento de los elementos informativos que éste podía entregar por medios distintos a la palabra (gestos de duda, nerviosismo, demoras en contestar o, por el contrario, respuestas rápidas, seguras y claras), elementos usados cotidianamente para valorar la credibilidad de una persona.

Era este expediente, construido por un tercero delegado, el que recibía el juez/delegado para tomar su decisión final. Su juicio sobre los hechos, entonces, lo formaba a partir de los medios de prueba contenidos en el expediente, medios de prueba totalmente mediatizados, con los cuáles difícilmente podría haber realizado un ejercicio concreto de valoración. ¿Cómo saber si creerle más al testigo "A" que al testigo "B", si el juez no sabe qué dijo exactamente cada uno y en qué condiciones? A falta de elementos informativos percibidos directamente por el juez, un ejercicio concreto de valoración de la prueba se hacía muy difícil, por lo menos en la mayoría de los casos que llegan a juicio, donde no existe prueba autoevidente y determinante, sino que un conjunto de versiones subjetivas que, además, están integradas por varios medios de prueba distintos que entregan cada uno solo un fragmento de la historia, como si fueran una ficha más de un rompecabezas mayor.

En este escenario se explica que el sistema escrito resolviera el problema de la valoración de la prueba de la manera más coherente con su realidad: si la opción política consistía en priorizar el control jerárquico (por medio de la escrituración) y su contrapartida era que el juez que recibía la información de manera escrita y mediata no estaba en condiciones de valorarla de una manera concreta, entonces la misma ley (o los criterios predefinidos del monarca) tomarían el lugar del juez, estableciendo un sistema de valoración que obviamente no podía ser concreto (es decir, no podía valorar la prueba después de haberse rendido, con todos sus matices) sino que a priori (antes de ser rendida) y en abstracto (en categorías generales). Esto es lo que se conoce como el sistema de prueba legal o prueba tasada, que surgió originalmente en el proceso romano postclásico "como llana expresión de autoritarismo y centralismo estatal".[18]

De acuerdo a este sistema, el juez/delegado sólo debía realizar los ejercicios previamente establecidos por la ley para concluir, independiente de su propio

18 Cappelletti, El Testimonio, cit. nota n. 9, p. 207.

juicio, qué hechos debían darse por verdaderos. Así, frente a la pregunta "¿a quién debo creerle más?", la ley contestaba por categorías preestablecidas: si la declaración era de dos testigos contra uno, debía creer lo que dijeran los dos testigos porque "in ore duorum estat veritas (en boca de dos está la verdad)"[19]; si la declaración era de un pobre contra la de un hombre rico, debía creerle al rico porque "el pobre puede mentir por codicia o por promesa"[20]; si la declaración era la de un anciano en contra de la de un joven, debía creerle más al anciano porque "vieron más y pasaron más las cosas"[21]; si la declaración era la de un noble en contra de la de un villano, debía creerle más al noble porque "se guardará más de caer en vergüenza por sí, y por su linaje"[22]; y si la declaración era de una mujer en contra de la de un hombre, debía creerle al hombre porque "tiene el seso más firme"[23].

Esta forma de proceder era también consistente con el objetivo de mantener el control del monarca pues ahora, además del control posterior de lo ya resuelto a través de la lectura del expediente, podía intervenir previamente en el mismo proceso de convicción del juez/delegado a través de reglas que intentaban obligarlo a arribar a las mismas conclusiones a las que hubiese llegado el monarca si hubiese conocido originalmente los antecedentes.[24] Esta necesidad de control estricto demostraba la desconfianza "del legislador no solo en el juez y en su capacidad de realizar una valoración libre y sagaz, sino más bien en el individuo mismo y en su dignidad, capacidad y honestidad".[25]

El razonamiento que se usaba en estas reglas de la prueba ("A" es más creíble que "B" porque "A" es hombre y "B" es mujer) era, por lo demás, muy propio de la época y ha sido caracterizado como un pensamiento escolástico.[26] En este razonamiento, se construyen máximas generales a partir de la experiencia, que luego son aplicadas a los casos concretos de manera absoluta, sin ningún control de validez para dichos casos específicos. Es un razonamiento grueso, muchas veces arbitrario y suele manifestar los prejuicios de cada época. Así se pueden explicar los ejemplos recién mencionados. La experiencia (o prejuicio) de la época decía, entonces, que un villano era más propenso a mentir que un noble y, por lo tanto, de acuerdo al pensamiento escolástico,

19 Cappelletti, El Testimonio, cit. nota n. 9, p. 120.
20 Cappelletti, El Testimonio, cit. nota n. 9, p. 170.
21 Cappelletti, El Testimonio, cit. nota n. 9, p. 169.
22 Cappelletti, El Testimonio, cit. nota n. 9, p. 169 y 170.
23 Cappelletti, El Testimonio, cit. nota n. 9, p. 170.
24 En este sentido Couture señala que "por acto de autoridad, se aspiraba a señalar de antemano el resultado de los procesos intelectuales del juez". Ver Couture, Fundamentos, cit. nota n. 5, p. 220.
25 Cappelletti, El Testimonio, cit. nota n. 9, p. 227. Al contrario, el sistema de valoración en concreto de la prueba ha sido calificado como un sistema "que supone la confianza del legislador hacia el juez en lo que atañe a la decisión sobre los hechos". Ver Ferrer, La valoración, cit. nota n. 10, p. 61.
26 Capelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, especialmente p. 93 a 95.

siempre y sin excepción debía creérsele más a un noble que a un villano, sin importar las características particulares de ese noble, de ese villano ni de los hechos específicos que se estuvieran debatiendo.

Por otra parte, el sistema de prueba legal requería también de otra regla de la prueba: debía existir un catálogo cerrado de medios de prueba. Es decir, los hechos en un juicio sólo podían ser demostrados a través de ciertos medios específicos que eran definidos previamente por la ley. A los medios de prueba no regulados en la ley se los denominó "prueba atípica". De no existir esta regla, si se presentase un medio de prueba atípico, el juez no dispondría de una valoración preestablecida para resolver posibles conflictos entre esa prueba atípica y las demás que sí estaban reguladas. Esta regla, entonces, resolvía el problema.

c.- Las inhabilidades en general.

Pero el sistema de la prueba legal no se limitaba a establecer reglas para valorar la prueba que efectivamente se podía rendir y acompañar al expediente, sino que también disponía inhabilidades. Esto significaba que a algunas personas se les impedía declarar. Por lo tanto, había ciertas personas a las cuales no sólo no debía creérseles, sino que derechamente no podía recibirse su testimonio. Lo que ellos tuviesen que decir no podía ser escuchado ni tomado en cuenta por el juez a la hora de determinar la verdad de los hechos. Así, por ejemplo, las personas que hubiesen sido condenadas por un delito, los parientes de alguna de las partes y los ateos, entre otros, eran estimados testigos inhábiles y su testimonio no podía ser recibido.

Esto ocurría tanto en el sistema europeo continental como en el sistema de justicia inglés, donde paralelamente convivía el sistema del Common Law y el de Equity, aunque en el sistema inglés no se usaba la nomenclatura de la "inhabilidad" para declarar, sino que el de la "exclusión" de prueba. En ambos casos la razón para no recibir el testimonio de estas personas era exactamente la misma, como lo señalaba Jeremías Bentham, crítico de esta medida, al señalar que en Inglaterra esta "exclusión (…) se aplica a prevenir los errores de la justicia, es decir, a descartar los testimonios que se prejuzgan engañosos…".[27]

Como lo manifestaba Bentham, los inhabilitados o excluidos para declarar eran todas personas respecto de las cuáles, en principio, se podía desconfiar y el sistema, por sus características de escrituración y delegación de funciones[28],

27 Jeremías Bentham, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Vol. II, traducción de Manuel Ossorio Florit, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, p. 92.

28 En el caso del sistema del *Common Law* inglés, la exclusión de esta prueba de justificaba en la protección del jurado. Sobre esto ver Cappelletti, Mauro, *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*, Parte Segunda, traducción de Tomás A. Banzhaf, Librería Editora Platense, La Plata, 2002, p. 12.

no estaba en condiciones de entregar al juez herramientas suficientes para superar ese prejuicio inicial, de la misma forma en que no estaba en condiciones de proporcionarle medios para valorar en concreto la información entregada por los testigos que sí estaban habilitados para declarar. Por lo tanto, derechamente "inhabilitar" o "excluir" a estas personas parecía coherente con las prioridades y limitaciones de este sistema. Además, este resultado era también consistente con el pensamiento escolástico descrito anteriormente.

d.- La inhabilidad de las partes para declarar.

Dentro del universo de personas inhabilitadas para declarar, un grupo importante eran todas aquellas que tuviesen un interés directo o indirecto en la resolución del conflicto. Por su puesto, una persona interesada, en principio, podría estar tentada a mentir en defensa de sus propios intereses o, al menos, en matizar u omitir toda información que la perjudicare, lo que la transformaba en una persona inhábil o excluible para declarar. ¿Cómo podría el juez del sistema escrito hacer un análisis fino de la credibilidad del relato de una persona interesada si nunca pudo presenciar su declaración? ¿Estará esa persona diciendo la verdad en este caso concreto, a pesar de su interés en el conflicto, o estará mintiendo o matizando los hechos en su favor, como lo señala la experiencia general?[29] De nuevo, consistente con las limitaciones del sistema escrito debido a la falta de una relación directa del juez con la prueba, la doctrina de la prueba legal resolvió entonces que "nemo ideoneus testis in re sua intelligitur (no se trata a nadie por testigo idóneo en causa propia)"[30] y por lo tanto definió que sólo los terceros no interesados podían ser testigos hábiles.[31]

Como consecuencia directa de esta definición, las partes que formaban parte del conflicto no podían ser admitidas a declarar voluntariamente en su favor como medio de prueba ya que eran las primeras interesadas en la resolución final de su propia controversia. La regla surgida entonces desde el ra-

29 En esta misma línea, Chiovenda señala que "Lo que debe hacerse, como ha sucedido en las legislaciones más modernas, es despojar a la prueba testifical de su formalismo y poner al juez en la posición de ejecutar sobre ella un espíritu crítico, lo cuál únicamente es posible en el proceso oral y concentrado". Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, Tomo II, traducción de José Casais y Santaló, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977, p. 326.

30 Cappelletti, El Testimonio, cit. nota n. 9, p. 161.

31 Así, Chiovenda define a los testigos como "la persona *distinta de los sujetos procesales* llamada a exponer al juez las propias *observaciones* de hechos acaecidos que tienen importancia en el pleito", Chiovenda, José, Principios, cit. nota n. 28, p. 323. Ver también Carnelutti, Francesco, *La prueba civil*, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 147 y ss. En Chile, Darío Benavente presenta esta definición de testigo de acuerdo al Código de Procedimiento Civil de 1903: "personas extrañas al pleito que deponen acerca de los hechos controvertidos" y señala que la inhabilitación de algunas personas para declarar se justifica "por presumir la ley su falta de imparcialidad". Benavente Gorroño, Darío, *Derecho procesal civil, juicio ordinario y recursos procesales*, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, quinta edición actualizada, 2004, p. 56 y 59, respectivamente.

zonamiento apriorístico fue sencilla: las partes tienen interés en la resolución de sus propios conflictos; los que tienen un interés quieren protegerlo; para protegerlo están dispuestos a mentir, matizar u omitir información en su defensa; por lo tanto, las partes son indignas de crédito y deben ser inhabilitadas (excluidas) para declarar voluntariamente a su favor siempre y en todos los casos.

Así, durante siglos, lo que las partes hubiesen percibido directamente por sus sentidos no podía ser relatado por ellos mismos voluntariamente dentro del proceso judicial como medio de prueba, por lo que debían intentar ingresar la información de la que disponían a través de otros medios de prueba "no inhabilitados". Por su puesto, es fácil imaginar que esta limitación fomentara el uso de testimonios falsos para suplir la imposibilidad de entregar directamente la información que poseían, lo que además era alentado por la dificultad del mismo sistema para detectar la información de mala calidad debido a la ausencia de una relación directa entre el juez y la prueba que era, como ya se ha señalado, mediatizada por la escrituración y la delegación de funciones. Además era alentado por la ausencia de herramientas para que los mismos litigantes pudieran controvertir la prueba de manera efectiva demostrando con ello sus carencias al juez. Como consecuencia, la prueba testimonial tuvo gran descrédito y se sobrevaloró la prueba documental (aunque paradojalmente muchos documentos no sean otra cosa que la declaración de una persona puesta por escrito).

e.- La confesión.

Sin embargo, la imposibilidad de las partes para declarar no era total, sino que estaba limitada sólo a lo que ellas pudieran decir en beneficio de sus intereses (pro se declaratio), pues la sospecha ya no existía si estaban dispuestos a entregar información que los perjudicara (contra se declaratio). Por ello, si una parte entregaba información en contra de sus propios intereses, es decir, si confesaba, no era merecedor, a priori y en abstracto, de la misma desconfianza que producía su defensa. ¿Por qué, en principio, no creerle al que confiesa en detrimento de sus propios intereses? Al estar ausente la sospecha apriorística, el sistema de prueba legal permitió entonces que las partes pudieran confesar.[32]

De esta forma, el sistema de prueba legal se encargó de regular el mecanismo a través del cual debía producirse esta confesión como medio de prueba en el proceso. Así, en grandes líneas, la declaración de la parte procedía si era

32 En esta línea, Chiovenda define la confesión como "la declaración que hace una parte de la verdad de hechos afirmados por el adversario y favorables a este". Chiovenda, Principios, cit. nota n. 28, p. 306. Benavente la define como "el reconocimiento que la parte hace de un hecho que producirá consecuencias jurídicas en su contra en el proceso en el que se invoca como medio de prueba". Benavente, Derecho, cit. nota n. 30, p. 71.

forzada por la contraria, quien formalmente la citaba para obtener de ella una confesión mediante la absolución de posiciones (per positiones en el derecho italiano-canónico e interrogatoire sur faits et articles en el francés). Las preguntas eran previamente escritas por la parte contraria que la había solicitado. También existía la confesión espontánea (no forzada) que consistía en la manifestación de hechos desfavorables a la parte expresados en su propio escrito de demanda o contestación.[33] La confesión recibida debía ser valorada por el juez usando un intrincado sistema que clasificaba las confesiones en diversos grupos[34] a los que podía asignarse distintos valores probatorios, pero que en resumen hacía vinculante para el juez sólo las declaraciones realizadas por la parte en contra de sus intereses y le negaba valor probatorio a las realizadas en su beneficio.

Como se puede apreciar, esta manera de permitir la declaración de la parte adolece, entre otros, del mismo problema que su prohibición: se trata de un criterio absoluto, abstracto y a priori, sin cabida para los matices de la realidad.[35]

III.- EL ALEJAMIENTO DEL SISTEMA DE PRUEBA LEGAL EN LOS SISTEMAS COMPARADOS.

Las críticas al sistema de prueba legal no son nuevas. Ya en 1832 Jeremías Bentham, junto a otros importantes juristas, se oponía firmemente a él y ridiculizaba la inhabilitación o exclusión de los testigos por cuestiones relacionadas a su credibilidad. En particular, respecto de aquellos que eran inhabilitados para declarar en juicio por tener un interés, señalaba que "Si el interés, tomando la palabra en el sentido más general, representa una razón suficiente de exclusión, debe concluirse que todo testimonio procedente de labios humanos debiera excluirse".[36] Más aun, respecto de la declaración de las partes en el juicio, Bentham, padre del que denominaba el "procedimiento natural" en contraposición al vicioso "procedimiento técnico", señalaba que "… al comienzo de una causa y luego de todas las veces que sea menester, las partes serán llamadas y escuchadas en carácter de testigos como de partes, cara a cara, en

33 Ver Benavente, Derecho, cit. nota n. 30, p. 74.

34 Se distinguía entre confesión calificada, confesión simple, confesión compleja, confesión impura, etc. Ver Cappelletti, El Testimonio, cit. nota n. 9, p. 198 y p. 245 y ss. Ver también Chiovenda, Principios, cit. nota n. 28, p. 306 a 310.

35 En este sentido, Taruffo ha señalado que "La justificación aducida habitualmente para justificar el efecto vinculante de la confesión es una especie de máxima del sentido común según la cual nadie admitiría la verdad de un hecho desfavorable a menos que tal hecho fuera verdadero. Sin embargo, ésta es una justificación muy endeble: el mismo argumento sería más racional si se usara para proponer un estándar para la valoración discrecional del valor probatorio de la confesión de una de las partes, y no como el fundamento para justificar su efecto vinculante". Taruffo, La Prueba, cit. nota n. 3, p. 73.

36 Bentham, Tratado, cit. nota n. 26, p. 130 y 131.

presencia del juez".[37] Más cercano a nuestro tiempo, Cappelletti señalaba que el sistema de prueba legal era "un procedimiento que obviamente no puede ya corresponder a un pensamiento jurídico que alardea de haber abandonado (…) las abstracciones mecánicas deductivas típicas del pensamiento medieval y de la lógica llamada tradicional o aristotélico-tomista". Por último, Taruffo señala que la valoración en concreto de la prueba, cada vez más importante en todos los procesos civiles modernos, implica que "las normas jurídicas que restringen el uso de los medios de prueba deben ser reducidas al mínimo"[38].

a.- La nueva idea que subyace al cambio.

No es de extrañar que Bentham, junto otros innovadores de su época y los que lo siguieron, impregnados por los avances de la ciencia y la nueva forma de pensamiento humano, hicieran estas afirmaciones y se opusieran al método de razonamiento escolástico subyacente en el sistema de la prueba legal. El nuevo pensamiento científico postulaba una forma muy distinta de aproximarse a los problemas: primero debía observarse al objeto de estudio para llegar a una conclusión y, una vez obtenida, para hacerla aplicable a otros casos, era necesario primero controlar la validez de la primera conclusión para el nuevo caso. Esta manera de razonar ha sido definida como un pensamiento concreto[39] y su triunfo en el área procesal fue calificado como "la revancha de la observación directa de los datos y de la crítica libre sobre la superstición y el prejuicio, el triunfo del juicio concreto sobre el vinculado a la abstracta y apriorística valoración legal".[40] Por lo mismo es que el juicio, esa audiencia en la que se reciben los medios de prueba y el juez forma su convicción, debía ser reformado para lograr que tuviese "un fuerte parecido de familia con el método científico en lo que se refiere a la aceptación de hipótesis".[41]

Si el pensamiento concreto era llevado al campo de las pruebas en los juicios, debía estimarse que no era racional concluir nada sobre la credibilidad de una declaración sin primero haberla recibido, como hacía el sistema de la prueba legal. Por el contrario, sólo una vez presenciada cada prueba (específica y única), podía sacarse alguna conclusión respecto de ella, ya fuera aplicándole las conclusiones obtenidas con anterioridad en casos similares o desechándolas al no ser válidas para ese caso concreto. Por lo tanto, la valoración de la prueba no podía ser legal (por el legislador a priori y en abstracto), sino que judicial (por el juez luego de ver y escuchar las pruebas únicas de

37 Bentham, Jeremías, citado por Cappelletti, El testimonio, cit. nota n. 9, p. 46.
38 Taruffo, La Prueba, cit. nota n. 3, p. 24 y 25.
39 Para más antecedentes sobre este punto, ver Capelletti, Mauro, La oralidad, cit. nota n. 27, p. 45.
40 Salvioli, citado por Cappelletti, El testimonio, cit. nota n. 9, p. 104.
41 Coloma Correa, Rodrigo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral*, Universidad Católica de Temuco, Santiago, 2003, p. 1. El autor hace esta afirmación no para prescribir cómo debe ser la audiencia de juicio, como se usa aquí, sino más bien para describir al juicio oral del nuevo Proceso Penal chileno.

cada caso). Así, en la declaración de una madre que era ofrecida para declarar a favor de su hijo, no resultaba lógico inhabilitarla o excluirla sólo porque la experiencia general dijera que "las madres mienten a favor de sus hijos". Por el contrario, para resolver cualquier asunto relacionado con su credibilidad, la madre debía ser primero escuchada para, luego, y sólo una vez que fuera recibido su testimonio y el de los demás testigos, expertos y prueba material, concluir que, como lo señala la experiencia "esta madre no es creíble y mintió para favorecer a su hijo" o, por el contrario, que esta madre en concreto dijo la verdad cuando declaró en beneficio de su hijo, ya fuera por la consistencia interna de su relato, su consistencia con los demás medios de prueba o por las razones justificadas que fueran aplicables al caso concreto.

A partir de estas ideas comenzó el proceso de alejamiento del sistema de prueba legal y, en particular, de la inhabilitación de los terceros interesados y las partes para declarar voluntariamente como testigos. Fue este, sin embargo, un proceso paulatino y con distinto énfasis en el sistema del Common Law y el europeo continental.

b.- La evolución en los distintos sistemas legales.

A pesar de haber sido Francia la cuna de la revolución del pensamiento ilustrado, el primero en comenzar a alejarse de este método de una manera coherente y decidida en el tiempo fue el sistema inglés. En él convivían paralelamente dos sistemas judiciales: las Courts of Common Law, donde el órgano decisor era un jurado, y las Courts of Equity, que tenían su origen en el sistema canónico, donde el decisor era un juez y el proceso escrito.[42] Aunque la influencia del sistema de la prueba legal tenía diferente intensidad en cada uno, en ambos sistemas se excluían las declaraciones de las partes y de los terceros directamente interesados a través de la disqualification of parties and interested persons as witnesses (descalificación como testigos de las partes y otras personas interesadas). A partir de la Lord Demand's Act de 1843 fue derogada la exclusión como testigos de los terceros interesados, pero se mantuvo la exclusión de la declaración de la parte y de su cónyuge. Con la Country Courts Act de 1846 y la Evidence Further Amendment Act de 1869, entre otras, se aceptó que el juez o el jurado percibiera directamente por sus sentidos la declaración de las partes y de su cónyuge, siendo éstos sometidos al examen directo del abogado de la parte que lo presentaba y al contraexamen de la contraria, al igual que toda la prueba testimonial. Por su puesto, como puede advertirse, el sistema de las Courts of Equity fue reformada completamente, dando paso a la oralidad e inmediación en sus procedimientos.[43]

42 Sobre algunos antecedentes históricos de ambos sistemas, ver Pérez-Ragone, Álvaro, 2007. ""Writ" y "Actio" en el surgimiento y la Configuración del Proceso Civil Inglés Medieval", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XXIX, p. 333 a 356.

43 Para más información al respecto, ver el completo trabajo de Cappelletti, Mauro, El testimonio, cit. nota n. 9. Ver también al mismo Capelletti, La oralidad, cit. nota n. 27, p. 63 a 71.

El sistema en Estados Unidos de América siguió rápidamente un camino similar al inglés. La legislación con mayor influencia en el resto de los Estados Americanos para eliminar la exclusión como testigos de las partes y los testigos interesados fue el Code of Civil Procedure del Estado de Nueva York de 1848. De ahí en adelante, los demás estados fueron paulatinamente eliminando la exclusión de las partes y de los terceros interesados como testigos. Las normas federales fueron las últimas en cerrar el círculo.[44] Así, hoy la regla 601 de las Federal Rules of Evidence señala que "Toda persona es hábil para ser testigo, salvo los casos en que estas normas dispongan lo contrario".[45] En los comentarios a esta regla del Advisory Committee on Rules, se señalaba que ella "elimina todas las bases para alegar falta de habilidad por razones que no hayan sido reconocidas específicamente en las normas que siguen en este artículo"[46] y que "dentro de las razones para alegar la inhabilidad que fueron derogadas están el credo religioso, la condena por delitos, y la conexión con el juicio como parte o tercero interesado o como cónyuge de la parte o de un tercero interesado".[47] Por lo mismo, "Es hábil para declarar todo testigo no experto que tenga conocimiento personal del hecho sobre el que declara"[48]. Si bien, como la misma regla 601 señala, siguen existiendo hasta hoy algunos casos en que se excluye la declaración de ciertas personas, ella no se produce por la falta de credibilidad a priori del testigo, sino que se trata de casos calificados que responden a una política legislativa racional. Así, los casos tratados en la Regla 605 y 606 sobre falta de idoneidad para ser testigo del juez y de los miembros del jurado del mismo caso en el que están ejerciendo como tales.

En el sistema europeo continental, por su parte, los avances fueron dispares.[49] Austria fue uno de los primeros en abandonar la prohibición de valorar

44 Para más detalles sobre las reformas en Estados Unidos de América, ver Cappelletti, Mauro, El testimonio, cit. nota n. 9, p. 37 y ss.

45 Traducción libre del autor. La versión en inglés señala que "Every person is competent to be a witness except as otherwise provided in these rules". Ver Federal Rules of Evidence, Rule 601, disponible en: http://www.uscourts.gov/rules/Evidence_Rules_2007.pdf (visitado el 08.03.2010).

46 Traducción libre del autor. La versión en inglés señala que "eliminates all grounds of incompetency not specifically recognized in the succeeding rules of this Article". Las notas del *Advisory Committee on Rules* pueden verse en: http://www.law.cornell.edu/rules/fre/ACRule601.htm (visitado el 08.03.2010).

47 Traducción libre del autor. La versión en inglés señala que "Included among the grounds thus abolished are religious belief, conviction of crime, and connection with the litigation as a party or interested person or spouse of a party or interested person". Las notas del *Advisory Committee on Rules* pueden verse en http://www.law.cornell.edu/rules/fre/ACRule601.htm (visitado el 08.03.2010).

48 Definición de "witness - competent witness" en Black's Law Dictionary, Second Pocket Edition, St. Paul, Minn., Estados Unidos, 2001, p. 770. Traducción libre del autor. La definición en inglés señala que "A lay witness who has personal knowledge of the subject matter of the testimony is competent to testify".

49 Taruffo señala que "la idea de un modelo homogéneo del proceso de *civil law* ha sido y sigue siendo una *fictio* conceptual que ha escondido y confundido la realidad efectiva de los principales ordenamientos de la Europa continental y de los que de algún modo derivan de ellos en Europa y otras partes del mundo". Taruffo, Michele, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, traducción de Beatriz Quintero, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2006, p. 75.

las declaraciones que las partes hicieran en su beneficio. Primero lo hizo en los procedimientos de baja cuantía ("bagatelarios") en 1873, cuya fuente de inspiración explícita fue el sistema inglés.[50] Luego, en 1895 se aplicó a los demás procesos civiles cuando se aprobó el Código de Franz Klein. En el mensaje de la primera de dichas leyes se señalaba con gran claridad que no se comprendía cómo el testimonio a favor de la parte "debía continuar proscrito de ese proceso, cuando en el nuevo proceso civil dominaba el criterio de la oralidad y por consiguiente el principio de la libre valoración de las pruebas, que posibilitaba la utilización esmerada de todos los elementos susceptibles de contribuir a la credibilidad del hecho a probar".[51]

Por su parte, el procedimiento alemán fue reformado con el Código Federal de 1877.[52] En él se impuso la idea del sistema por audiencias para "el logro más coherente de la incorporación y apreciación de la prueba" para lo cual "El juez debía apreciar y valorar la prueba según los cánones de la libre apreciación".[53] El Código de 1877 fue precedido de varias reformas parciales en la misma línea, y su esfuerzo en esta área fue perfeccionado posteriormente con la reforma de 1933, antes de la entrada del régimen nazi, donde se "abolió el juramento de las partes e introdujo la Parteivernehmung como un medio para obtener elementos de prueba acerca de los hechos litigiosos".[54] En la actualidad, la declaración de la parte en Alemania (Parteivernehmung) procede de diversas maneras, incluyendo su declaración voluntaria (§ 447), teniendo todas como denominador común que ellas son interrogadas igual que los testigos y lo que digan es valorado por el tribunal de acuerdo a las normas de la libre valoración de la prueba (§ 453).[55]

50 Para mayor detalle del proceso de reforma austriaco, ver Cappelletti, El Testimonio, cit. nota n. 9, p. 70 y ss.

51 Citado en Cappelletti, El Testimonio, cit. nota n. 9, p. 78.

52 Para más información sobre el procedimiento alemán ver Cappelletti, El Testimonio, cit. nota n. 9, p. 120 y ss.; también Taruffo, Sobre las fronteras, cit. nota n. 48, especialmente p. 74 y ss.

53 Pérez-Ragone, Álvaro y Palomo Vélez, Diego, 2009. "Oralidad y Prueba: Comparación y análisis crítico de las experiencias reformadoras del proceso civil en Alemania y España", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII, p. 367.

54 Taruffo, La prueba, cit. nota n. 3, p. 68.

55 Las distintas formas en que se puede producir la declaración de la parte son las siguientes. En primer lugar, puede una parte solicitar la declaración forzada de la otra (§ 445 ZPO). En este caso, la ley señala que esta solicitud sólo procederá cuando la parte que la pide sea la que tiene la carga de la prueba y no haya aun podido superarla. Además, el tribunal debe considerar que se trate de hechos que no han sido ya probados en sentido contrario. En segundo lugar, puede la misma parte solicitar su propia declaración (§ 447 ZPO) siempre y cuando se trate de la parte que tiene la carga de la prueba y la contraria no se oponga, lo que generalmente no ocurre ya que si éste se opone ello podría ser valorado desfavorablemente por el tribunal. Por último, puede el tribunal ordenar de oficio la declaración de una o ambas partes (§ 448 ZPO). Para más detalles, ver Pérez-Ragone, Álvaro y Ortíz Pradillo, Juan Carlos, "*Código Procesal Civil Alemán, Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*", Fundación Konrad-Adenauer, 2006, disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf (visitado el 08.03.2010). Ver también Taruffo, La prueba, cit. nota n. 3, p. 69; Capelletti, El Testimonio, cit. nota n. 9, p. 211.

En España, el año 2000 comenzó a regir la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, derogando el antiguo procedimiento de 1881, cuyas normas fueron herencia de las Siete Partidas medievales.[56] En el código de 1881 existía la confesión bajo juramento decisorio o indecisorio[57] al estilo del sistema de la prueba legal. Tanto este código como el Código Civil se encargaban de regular este medio de prueba y le concedían a priori y en abstracto el valor de "prueba plena" sólo contra su autor. A su vez, la confesión judicial estaba rodeada de diversas reglas: la confesión era indivisible, irrevocable y se prohibía la prueba de testigos contra los hechos confesados. Si una confesión era prestada con todos sus requisitos, las demás pruebas resultaban irrelevantes. Esta situación era criticada por la doctrina. A su respecto se señaló que "Obviamente, la aplicación estricta de estas reglas hubiese conducido a situaciones de todo punto incompatibles con la finalidad del proceso, que no es otro que la resolución de un conflicto intersubjetivo, mediante la determinación de la verdad y sin menoscabo de terceros".[58] Por lo mismo, incluso antes de la reforma del año 2000, el Tribunal Supremo español comenzó a relativizar la fuerza vinculante del valor probatorio de la confesión para el juez.[59] Con la nueva ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 se avanzó en la dirección de la valoración en concreto: las partes debían declarar directamente ante el juez, las preguntas debían ser realizadas de manera oral (Art. 302) y la declaración de la parte a su favor podía ahora ser valorada por el juez, lo que además debía hacer de acuerdo a las reglas de la sana crítica (Art. 316 Nº2). Sin embargo, este avance fue parcial: sólo se reguló la declaración forzada de la parte (no en cambio su declaración voluntaria) y los hechos confesados que fuesen enteramente perjudiciales a ella debían ser considerados como ciertos obligatoriamente por el juez.[60] Con esta norma se mantuvo el sistema de prueba legal, al menos en esta hipótesis. Lo anterior, ya bastante claro por sí mismo, se reafirma al conocer su justifica-

56 Pérez-Ragone, Oralidad, cit. nota n. 52, p. 370.

57 Regulados en los artículos 580 y 581 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881.

58 Medina Cepero, Juan Ramón, "La Valoración Judicial del interrogatorio de las partes en el Proceso Civil", en *Repertorio de Jurisprudencia* num. 18/2003 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2003, p. 2 de la edición electrónica Westlaw España.

59 Ver sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 9276), donde se señala que si "se atribuye a la confesión una elevada fuerza probatoria es porque hay una presunción indudable de que cuando se afirma que perjudica al que declara, es que el hecho a que se refiere es verdad en sentido material, por más que se traduzca en los autos en una verdad formal, sin perjuicio todo ello de poder ser desvirtuada por el resultado de otros medios probatorios…". Ver también sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9772) que señala "la confesión en juicio prestada bajo juramento indecisorio no es de rango superior a los demás medios demostrativos citados en el artículo 1215 del Código Civil (…) y su eficacia ha de ser apreciada libremente en conjunción con el resultado que arrojen las restantes pruebas, sometidas todas ellas a la libre y racional valoración de los Tribunales, amén de que en virtud del principio de indivisibilidad de aquélla, su fuerza probatoria hay que referirla al conjunto armónico de lo confesado y no a la estimación fragmentaria de las de las posiciones".

60 Para que esta valoración legal fuese aplicable, el confesante debía haber declarado sobre (1) hechos en los que intervino personalmente y (2) que su declaración no haya sido contradicha por el resultado de las demás pruebas. Ver el artículo 316 Nº1 de la ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 española.

ción: la regla "descansaría sobre la máxima de experiencia" consistente en que "cuando una persona reconoce hechos personales que le perjudican tiene que ser creída adquiriendo certeza los hechos incluso sobre aquellos deducidos por el juez"[61]. Esta explicación ha sido calificada como "muy endeble" porque "el mismo argumento sería más racional si se usara para proponer un estándar para la valoración discrecional del valor probatorio de la confesión de una de las partes, y no como el fundamento para justificar su efecto vinculante".[62]

Francia, por su parte, fue gran precursor de muchas de las reformas en los demás ordenamientos y cuna del pensamiento crítico que llevó, entre otras cosas, al decaimiento del sistema de la prueba legal, permitiendo la declaración voluntaria de las partes. Por ello, en el comienzo, fue considerado "un ejemplo de la realización de un sistema oral"[63]. El Code de Procédure Civil de 1806 disponía originalmente dos formas diferentes de declaración de las partes con efectos probatorios[64]: La comparution personnelle (comparecencia personal) y el interrogatoire sur faits et article (interrogatorio de hechos y artículos). Éste último respondía al método formal de la absolución de posiciones donde la declaración de la parte era forzada, recibida por un juez delegado, sin presencia de la contraparte y respondiendo a preguntas redactadas con anterioridad. Su rigidez e ineficacia hizo que poco a poco fuera cayendo en desuso, especialmente si existía otro mecanismo más sencillo y eficaz, como la comparecencia personal de las partes. Por lo mismo, el interrogatoire sur faits et article fue finalmente derogado en 1942. En cambio, la comparecencia personal, que existe hasta hoy, se realizaba sin mayores formalidades, en presencia de la contraparte, frente al juez o tribunal del juicio, permitiendo que éste pudiera formarse una opinión directa del medio de prueba.[65] Respecto del valor de la declaración de las partes, el artículo 198 del Code de Procédure Civil señala que "El juez puede sacar toda consecuencia de derecho de la declaración de las partes, de la inexistencia o de la negación de responder de una de ellas y hacerlo como equivalente a un comienzo de prueba por escrito".[66] De acuerdo a Taruffo, esto significa que el juez puede dar a la declaración de la parte pleno valor probatorio ya que es valorada de manera discrecional.[67]

61 Montero Aroca, Juan, citado por Lorenzo de Membiela, Juan B., "Estudio sincrético del interrogatorio de las partes en la LPL/1995", en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales* num. 12/2003 (Comentario), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2003, p. 8 de la edición electrónica Westlaw España.

62 Taruffo, La Prueba, cit. nota n. 3, p. 73.

63 Cappelletti, El Testimonio, cit. nota n. 9, p. 357.

64 La *comparution personnelle* puede ser usada tanto como declaración de parte con valor probatorio como también para aclarar sus alegaciones (fijar el objeto del juicio). Sobre esto, ver Cappelletti, El Testimonio, cit. nota n. 9, p. 368 y ss.

65 Para mayor detalle sobre la declaración de la parte en el sistema francés, ver Cappelletti, El Testimonio, cit. nota n. 9, p. 355 y ss.

66 Traducción libre del autor. El artículo 198 señala en su forma original que "Le juge peut tirer toute conséquence de droit des déclarations des parties, de l'absence ou du refus de répondre de l'une d'elles et en faire état comme équivalent à un commencement de preuve par écrit".

67 Taruffo, La Prueba, cit. nota n. 3, p. 70.

En Italia, existe el interrogatorio libero de las partes que se usa con tres objetivos: (1) clarificar el objeto del litigio, (2) permitir un arreglo voluntario entre las partes y, (3) obtener respuestas de las partes sobre hechos controvertidos, pero su valor como medio de prueba es mínimo y preestablecido por la ley, por lo que "está claro que el interrogatorio libero no es un medio para obtener un testimonio de las partes y sólo eventualmente puede constituir prueba adicional sobre los hechos litigiosos".[68] Además existe la confesión, es decir, la tradicional declaración forzada de la parte que "no cuenta como prueba a su favor. Sí cuenta en cambio como prueba en su cargo…".[69] Esta manera de tratar la confesión ha sido calificada como "una reliquia del pasado que sigue existiendo simplemente por la inercia de algunos legisladores europeos".[70]

Como se puede apreciar del somero repaso de la situación de la declaración de las partes en estos ordenamientos, la regla general ha sido tender hacia la valoración de la prueba en concreto, ya sea a través de la sana crítica o la libre valoración, y a que la declaración de la parte a su favor pueda ser valorada también por el tribunal, ya sea a través de su declaración forzada o de su declaración voluntaria.

IV.- RESPUESTA A LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA DECLARACIÓN VOLUNTARIA DE LAS PARTES.

A partir de lo analizado hasta ahora, trataré de contestar a los argumentos que he recibido para justificar mantener la limitación de las partes para declarar voluntariamente en el contexto de nuestros nuevos sistemas por audiencias. Estos argumentos vienen de jueces y abogados y constituyen los más utilizados comúnmente.

1.- "Las partes no pueden declarar voluntariamente porque no son terceros ajenos e imparciales":

En un sistema de valoración en concreto de la prueba no es un requisito ser un tercero desinteresado para estar habilitado para declarar. Los testigos, de hecho, no son ni deben ser definidos de esa manera. Un testigo, en un sistema de valoración judicial, es toda persona que ha percibido hechos pertinentes por sus sentidos. La definición de testigo como "tercero ajeno e imparcial" era propia del sistema de prueba legal que valoraba la prueba a priori y en abstracto, en el cual las inhabilidades constituían un prejuicio sobre la credi-

68 Taruffo, La Prueba, cit. nota n. 3, p. 71.

69 Sitio Web de la Comisión Europea http://ec.europa.eu/civiljustice/evidence/evidence_ita_es.htm (visitado el 09.03.2010).

70 Taruffo, La Prueba, cit. nota n. 3, p. 73.

bilidad de ciertas personas, explicado por la imposibilidad del juez de tener contacto directo con la prueba. En los sistemas de valoración en concreto no se prejuzga la credibilidad ni se aplican máximas en abstracto, sino que se juzga la credibilidad en concreto, luego de haber recibido la prueba personalmente, aplicando las máximas en concreto sólo luego de verificar si son válidas para ese caso específico.

Por esta misma razón es que nuestros nuevos sistemas por audiencias no disponen inhabilidades para declarar a todos aquellos terceros que puedan tener un interés en el resultado del juicio, como podría ocurrir con el cónyuge, familiares o amigos de las partes. Por lo mismo también es que, al rendirse la declaración forzada de la parte, nuestros nuevos sistemas disponen que el juez puede dar valor a lo que la parte haya dicho tanto en su contra como también a su favor. Si, a diferencia de lo que ocurría en el sistema de la prueba legal, el juez ahora si puede dar valor a lo dicho por la parte en su beneficio, ¿qué sentido tendría impedirle decirlo voluntariamente? Al no existir la prohibición al juez de valorar lo dicho por la parte a su favor, no parece haber razones para limitar la forma en que la parte pueda entregar esa información como medio de prueba.

2.- "La inhabilidad de las partes para declarar sigue existiendo en los nuevos sistemas reformados porque no se señala expresamente lo contrario":

Esta afirmación puede ser más plausible en los sistemas por audiencia que mantienen una lista cerrada de medios de prueba. Si los medios de prueba están explícitamente señalados en la ley en cláusulas cerradas y ninguna de ellas contempla la declaración voluntaria de la parte, parece entonces más difícil incluirla, aunque ello no exime de críticas a una norma como la señalada. En un sistema de valoración en concreto no debiera haber cláusulas cerradas de medios de prueba simplemente porque la valoración de la prueba no es legal, sino que judicial y resulta arbitrario dejar fuera ciertos elementos informativos sólo por el hecho de no encontrarse dentro de una lista que, tal vez, no los contempló sólo por no haber existido en la época en la que se hizo. ¿Habrá que reformar la lista cerrada contenida en la ley cada vez que aparezca una nueva forma de comunicación entre los seres humanos que luego pueda servir en un juicio para probar la veracidad de un hecho?

En cambio, esta afirmación no es plausible en los sistemas por audiencias que no tienen una lista cerrada de medios de prueba. En éstos es posible aceptar la declaración voluntaria de la parte sin necesidad de que se señale expresamente que pueden hacerlo porque en ellos todos los hechos controvertidos pueden ser probados a través de cualquier medio de prueba. ¿Y cómo, en la práctica, se rinde en el juicio un medio de prueba no regulado expresamente?

Estos ordenamientos disponen una cláusula que señala que los medios de prueba no regulados explícitamente deberán ser producidos de acuerdo a las reglas del medio de prueba regulado más análogo[71] que, en el caso de la declaración voluntaria de la parte, será la prueba testimonial.[72]

En los sistemas por audiencias con listas abiertas de medios de prueba puede igualmente criticarse la falta de una norma expresa que disponga explícitamente la posibilidad de las partes para declarar voluntariamente, pero ello es sólo porque estratégicamente sería conveniente tenerla para facilitar el cambio de nuestras prácticas tan fuertemente influidas aun por el sistema de la prueba legal. Sin embargo, aunque la norma expresa no exista, ella surge clara desde el significado y objetivos de la sana crítica (valoración en concreto) y de un sinnúmero de disposiciones positivas, como las que establecen la libertad de probar los hechos por cualquier medio y las que disponen la aplicación por analogía de la reglas de los otros medios de prueba regulados. Todo lo anterior debiera llevar a concluir que ya no existen razones de lógica ni legales para inhabilitar a ningún declarante, incluidas las partes, por razones de credibilidad. En este contexto, la pregunta sería más bien la contraria: ¿cuál es la norma expresa que prohíbe a las partes declarar voluntariamente?

3.- "La única forma en que el juez puede valorar lo que digan las partes es a través de su declaración forzada ('absolución de posiciones' o la 'declaración de parte'), porque esa es la única regulación legal que existe":

Como ya argumenté en el punto anterior, algunos de nuestros sistemas permiten, en concordancia con la finalidad de valorar la prueba en concreto, que los hechos pertinentes en un juicio sean probados a través de cualquier medio. Por lo tanto, el hecho de que el legislador haya regulado explícitamente la "absolución de posiciones" o la "declaración de parte" como medio de prueba, no es argumento suficiente para sostener que los demás estén excluidos, como se pretende ocurriría con la declaración voluntaria de la parte. De hecho, la declaración voluntaria de la parte y su declaración forzada pueden coexistir. Así ha ocurrido en algunos sistemas comparados que han introducido la valoración de la prueba en concreto, como en Alemania y Francia, donde la declaración de las partes puede producirse de diversas maneras, incluyendo la ordenada por el juez, la solicitada por la contraparte o la ofrecida voluntariamente por la misma parte, coexistiendo dos o más de ellas al mismo tiempo.

71 Ver, por ejemplo, el artículo 146.2 del Código general del proceso uruguayo, el artículo 193 del Código procesal Civil peruano, el artículo 454.8 del Código Laboral chileno y el artículo 54 de la Ley de tribunales de Familia chileno.

72 Para una explicación más detallada del porqué la prueba testimonial es la prueba más análoga a la declaración voluntaria de la parte, ver Marín Verdugo, Felipe, *La declaración de la parte como medio de prueba*, en Ius et Praxis, año 16, Nº1, 2010, Santiago, Chile, especialmente p. 158 – 159.

En el contexto de un sistema de valoración en concreto, la continuidad de la regla de prueba que permite obligar a una parte a declarar forzadamente no se explica porque esa misma parte no pueda hacerlo voluntariamente. Más bien, la continuidad de la declaración forzada se explica porque en estos procedimientos se ha resuelto legislativamente que las partes no tengan derecho a guardar silencio. Así, mientras en un proceso penal el imputado sí tiene derecho a guardar silencio y por ello el órgano estatal que demanda la aplicación de una pena no podría citar al acusado como testigo, en materia civil ello si podría ocurrir: el demandante puede citar al demandado y viceversa, estando obligado a concurrir, justamente porque no tiene derecho a guardar silencio. Y no solo estará obligado a concurrir, sino que estará obligado a contestar a las preguntas cuando concurra, porque no tiene derecho a guardar silencio. Por ello, si incumple su obligación de concurrir o contestar, se le podrán aplicar sanciones, como considerar reconocidos los hechos contenidos en las afirmaciones de la parte que lo citó.[73] La posibilidad de imponer estas sanciones se legitima en que la parte no tiene derecho a guardar silencio, de lo contrario se estaría sancionando al litigante directamente por el ejercicio de un derecho.

4.- "Los jueces sí pueden escuchar a las partes, pero deben hacerlo a través de sus abogados y de lo que ellas mismas sostengan en sus escritos de demanda o contestación":

Los abogados no son medios de prueba. Ellos son asesores y representantes de las partes en el juicio. No han percibido por sus sentidos hechos pertinentes del caso. Lo que digan en el juicio respecto de los hechos, en representación de las partes, deben probarlo a través de otros medios de prueba. Lo que digan concluyendo sobre la prueba u otras cuestiones legales ocurridas durante el juicio tampoco constituyen medios de prueba, sino que pura argumentación o razonamiento que pretende persuadir al tribunal sobre algún punto legal. Las partes como medio de prueba, por lo tanto, no pueden ser suplidas por lo que diga su abogado. Cumplen funciones distintas con consecuencias diversas.

Lo mismo ocurre con lo que digan las partes en sus escritos de demanda y contestación. El juez no puede dar por acreditado un hecho controvertido porque creyó lo dicho en la demanda utilizando la misma demanda como fundamento. Esto ni siquiera ocurría en el sistema escrito. Las afirmaciones fácticas controvertidas realizadas en la demanda o contestación deben ser probadas posteriormente en la audiencia de juicio porque estos escritos tampoco son medios de prueba. La función de la demanda y la contestación es otra: fijar el objeto del juicio, enmarcar la disputa, determinar cuáles son los hechos controvertidos, aclarar qué es lo que las partes piden resolver al tri-

73 Ver, por ejemplo, el artículo 149.4 del Código General del Proceso uruguayo y el artículo 218 del Código Procesal Civil peruano. También el artículo 52 de la Ley 19.968 de Tribunales de Familia y el artículo 454.3 del Código del Trabajo, ambos chilenos.

bunal. Por lo tanto, para utilizar la información que las partes tienen con el objeto de lograr la convicción del tribunal, es necesario que ellas declaren de acuerdo a las reglas de la prueba: presentándose personalmente al tribunal y contestando a las preguntas que se les haga frente al juez. Permitir que las partes declaren por escrito en su demanda o contestación violaría las reglas más básicas de la prueba emanadas de la inmediación. Por lo tanto, la demanda y la contestación tampoco pueden suplir la declaración voluntaria de las partes como medio de prueba de los hechos controvertidos.

5.- "No es cierto que el sistema de prueba legal cause tantos problemas en la práctica porque los jueces se las ingenian para 'torcerles' la mano, aplicándolas con mayor razonabilidad cuando es necesario".

Aunque este es un argumento que no está relacionado con una oposición directa a la declaración voluntaria de la parte como medio de prueba, si se opone genéricamente a ella al matizar la necesidad de cambiar las reglas de la prueba legal: los jueces saben cómo tratar con ellas para no producir sus efectos indeseados.

Y esto cierto en muchos casos. En la práctica judicial las normas de la prueba legal no son aplicadas como lo dice el papel. Muchos jueces, conociendo sus casos concretos, intentan interpretar y reinterpretar las reglas de la prueba tasada de manera de no producir un resultado que les parece incorrecto o injusto. Y muchas veces lo logran. El problema es que lo hacen a pesar de las reglas. Por lo mismo, el hecho de que sean un obstáculo para llegar a una decisión correcta, es más bien un buen argumento para terminar con ellas, no para mantenerlas. Las reglas tienen poco o ningún valor intrínseco. Su valor se encuentra en la capacidad que tengan de realizar los valores que las justifican y subyacen. Si las reglas de la prueba legal entorpecen llegar a una decisión correcta, entonces es el momento de cambiar de reglas. Y eso ha sido lo que han hecho la mayoría de nuestras reformas hacia sistemas por audiencias: cambiar desde la prueba legal hacia la sana crítica.

VI.- ALGUNAS PALABRAS FINALES.

La audiencia de juicio de nuestros procedimientos por audiencias ha sido diseñada para aplicar el método de razonamiento moderno de valoración de la prueba que permite al juez apreciarla en concreto. Todas las normas específicas de nuestros procedimientos, con mayor o menor éxito y coherencia, intentan realizar este objetivo disponiendo el escenario para lograrlo.

La misma lógica y objetivos del sistema de valoración de la prueba en concreto llevan a concluir que ya no existen las inhabilidades para declarar, ya sea

de testigos interesados o de las mismas partes. Consistente con ello, las normas específicas de un sistema por audiencia coherente señalan en la misma dirección: hay un catálogo abierto de medios de prueba; a los medios de prueba no regulados explícitamente se les aplican las normas de incorporación del medio más análogo; los litigantes pueden realizar durante el examen de los declarantes preguntas tendientes a producir la información con la cual el juez podrá después valorar la prueba en concreto; el juez puede valorar la declaración de la parte hecha en su beneficio; el juez debe hacerse cargo de toda la prueba rendida en el juicio y; finalmente, debe hacerlo a través del sistema de la sana crítica, es decir, en concreto.

Las razones que en algún momento histórico justificaron la existencia de un sistema de prueba previamente tasada o valorada por el legislador ya no son válidas hoy para los sistemas por audiencia, al menos para aquella prueba que consiste en el relato personal de un declarante ante el juez.[74] Nuestros nuevos sistemas procesales están construidos sobre premisas diferentes. La credibilidad de un medio de prueba no debe prejuzgarse. Por lo mismo, un medio de prueba debe ser recibido y percibido por el juez antes de concluir algo sobre su valor probatorio. Las inhabilidades para declarar fundadas en razones de credibilidad, por lo tanto, no tienen razón de ser en nuestros nuevos sistemas. El hecho de que tradicionalmente se haya hecho de otra manera no es un argumento racional suficiente para continuar haciéndolo. Nuestros reformadores son un buen ejemplo de esto.

BIBLIOGRAFÍA

Añez Castillo, María Alejandra, 2009. "El sistema de valoración de las pruebas en el proceso laboral venezolano", Revista Gaceta Laboral, Vol. 15, Nº1, Universidad del Zulia, Venezuela.

Benavente Gorroño, Darío, Derecho procesal civil, juicio ordinario y recursos procesales, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, quinta edición actualizada, 2004.

Bentham, Jeremías, Tratado de las pruebas judiciales, Vol. I y II, traducción de Manuel Ossorio Florit, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.

Cappelletti, Mauro, El proceso civil en el derecho comparado, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1973.

Cappelletti, Mauro, El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad, Parte Primera y Segunda, traducción de Tomás A. Banzhaf, Librería Editora Platense, La Plata, Argentina, 2002.

74 Ver cit. nota n. 8.

Cappelletti, Mauro, La oralidad y las pruebas en el proceso civil, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1972.

Carnelutti, Francesco, La prueba civil, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000.

Chiovenda, José, Principios de derecho procesal civil, Tomo II, traducición de José Casais y Santaló, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977.

Coloma Correa, Rodrigo, La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral, Universidad Católica de Temuco, Santiago, 2003.

Couture, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 4º edición, Editorial B de F, Montevideo, Uruguay, 2007.

Couture, Eduardo, Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo II, LexisNexis, Buenos Aires, tercera edición, 2003.

De la Oliva Santos, Andrés, Casación, oralidad y nuevo proceso civil, Tres conferencias chilenas, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, Chile, 2009.

Duce, Mauricio; Marín Verdugo, Felipe y Riego, Cristián, 2008. "Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y la calidad de la información", en Justicia Civil: Perspectivas para una reforma en América Latina, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Santiago, Chile.

Ferrer Beltrán, Jordi, La valoración racional de la prueba, Marcial Pons, Madrid, España, 2007.

Garapon, Antoine et al., Juzgar en Estados Unidos y en Francia, traducción de Viviana Díaz Perilla, Legis, Primera edición en español, Colombia, 2006.

González Castillo, Joel, 2006. "La fundamentación de las sentencias y la sana crítica", Revista Chilena de Derecho, vol. 33 Nº1.

Hunter Ampuero, Iván, 2007. "Poderes del juez civil: algunas consideraciones a propósito del juez de familia", Revista de Derecho, Vol. XX, Nº1.

Lazo Cordero, Jaime, 2009. "Lógica y sana crítica", Revista Chilena de Derecho, vol 36 Nº1.

López González, Jorge A., Teoría General sobre el Principio de Oralidad en el Proceso Civil, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 2007.

Lorenzo de Membiela, Juan B., 2003. "Estudio sincrético del interrogatorio de las partes en la LPL/1995", Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales num. 12/2003 (Comentario), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona.

Marín Verdugo, Felipe, 2010, "La declaración de la parte como medio de prueba", Ius et Praxis, Año 16, Nº1, p. 125 – 170.

Medina Cepero, Juan Ramón, 2003. "La Valoración Judicial del interrogatorio de las partes en el Proceso Civil", Repertorio de Jurisprudencia num. 18/2003 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona.

Meneses Pacheco, Claudio, 2008. "Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil", Revista Ius et Praxis, año 14, Nº2.

Morello, Augusto, La Prueba. Tendencias Modernas, 2º edición ampliada, Librería Editora Platense, La Plata, Argentina.

Palomo Vélez, Diego, La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español, Librotecnia, Santiago, Chile, 2008.

Palomo Vélez, Diego, 2005. "¿Proceso civil oral: qué modelo de juez requiere?", Revista de Derecho (Valdivia), v. 18 n.1., p. 171 a 197.

Pérez-Ragone, Álvaro, 2007. ""Writ" y "Actio" en el surgimiento y la Configuración del Proceso Civil Inglés Medieval", Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXIX.

Pérez-Ragone, Álvaro y Palomo Vélez, Diego, 2009. "Oralidad y Prueba: Comparación y análisis crítico de las experiencias reformadoras del proceso civil en Alemania y España", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXII, Valparaíso, Chile.

Pérez-Ragone, Álvaro y Ortíz Pradillo, Juan Carlos, "Código Procesal Civil Alemán, Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo", Fundación Konrad-Adenauer, 2006, disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf (visitado el 08.03.2010).

Stürner, Rolf, 2008. "La obtención de información probatoria en el proceso civil", Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXX, Valparaíso, Chile.

Taruffo, Michele, La Prueba, Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.

Taruffo, Michele, La Prueba de los hechos, Traducción de Jordi Ferrer, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

Taruffo, Michele, Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil, traducción de Beatriz Quintero, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2006.

Taruffo, Michele, El proceso civil adversarial en la experiencia americana, traducción de Beatriz Quintero, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2006.

Taruffo, Michele, 2008. "¿Verdad negociada?", traducción de Andrés Bordalí Salamanca, Revista de Derecho, Vol. XXI, Nº1, Santiago, Chile.

Taruffo, Michele, 2003. "Investigación judicial y producción de pruebas por las partes", traducción de Juan Andrés Varas Braun, Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 15 Nº2.

Taruffo, Michele, 2006. "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa", Ius et Praxis, vol.12, n. 2 , pp. 95-122.

ABUSO DEL PROCESO*

Luis María Simón[1]

SUMARIO: I.- PREAMBULO: ABUSO DEL PROCESO O EN EL PROCESO; II.-NOCION DE ABUSO DE LAS VIAS O INSTITUTOS PROCESALES: 1.- El principio de moralidad; 2.- Abuso como desviación del fin; 3.- Abuso y exceso: licitud o ilicitud del acto abusivo; 4.- Abuso y buena fe ; III.- CASUISTICA DE ABUSO DE LAS VIAS PROCESALES: 1.- Abuso del derecho de acción; 2.- Abuso del derecho de defensa o contradicción; 3.- Abuso de los instrumentos procesales en general; 4.- Discontempt of Jurisdiction y discontempt of Court; 5.- Previsiones clásicas: régimen cautelar y otros; 6.- Abuso por el Tribunal y sus auxiliares; IV.- PREVENCION DEL ABUSO DE LOS INSTITUTOS PROCESALES: 1.- Prevención general por establecimiento de pautas y modelos; 2.- Poderes jurisdiccionales; 3.- Prevención en los procesos por audiencias; V.- CONSECUENCIAS DE LA ACTIVIDAD PROCESAL ABUSIVA: 1.- Admisibilidad-inadmisibilidad; 2.- Validez-nulidad; 3.- Valoración negativa de la conducta abusiva o maliciosa; 4.- Responsabilidad por costas y costos; 5.- Multas y responsabilidad disciplinaria; 6.- Responsabilidad civil: a.- Vías para hacer efectiva la responsabilidad civil; b.- Viabilidad o no del reclamo de indemnización en ausencia de condena en costas y costos; c.- Sujetos legitimados; d.- Factor de atribución de la responsabilidad; e.- Relevancia causal del comportamiento de la víctima; 7.- Responsabilidad penal; VI.- REFLEXIONES FINALES.-

I.- PREAMBULO: ABUSO DEL PROCESO O EN EL PROCESO.-

El artículo 14 del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica proclama que "el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales", recogiendo así las enseñanzas de la doctrina procesal acerca de la vocación de servicio de las normas e institutos procesales, cuyo instrumento, el proceso "es un medio y no un fin en sí, un instrumento al servicio

1 Miembro de los Institutos Iberoamericano y Uruguayo de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Profesor Titular de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor Agregado de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Ministro del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno (Uruguay). Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Organización de las Naciones Unidas.

del Derecho Sustantivo que, por aplicación de éste, procura dar solución a los conflictos o cuestiones que se plantean en la vida social". [2]

Asimismo, el citado cuerpo normativo prevé en su artículo 5 que "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".

El instrumento ha de utilizarse entonces en forma acorde con las pautas de moralidad, probidad y buena fe, y con el objetivo de alcanzar su finalidad natural, pues constituye abuso toda "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" [3]; ya que los actos procesales "Habrán de ser realizados con veracidad y buena fe y tener por causa un interés legítimo" (artículo 73 inciso 2º eiusdem).

Señala así Enrique Véscovi que "El estudio histórico del proceso demuestra que siempre se ha responsabilizado al litigante que se excede en el uso de los medios que el Derecho acuerda para actuar en justicia"; [4] y que "Desde que se ha proclamado la existencia de la regla moral rigiendo el proceso, o mas precisamente de la incorporación de normas morales bajo la forma de preceptos jurídicos para regir la conducta de las partes en un juicio, no puede aceptarse que el derecho a accionar en justicia pueda ser ilimitado y ejercitarse en forma caprichosa o maliciosa. Desde que proclamamos el triunfo del finalismo sobre el formalismo en el proceso debemos contemplar este principio diciendo que la actuación en juicio, que significa el uso de derechos subjetivos, debe realizarse de acuerdo con la finalidad que esos derechos tienen, sin ánimo de dañar a los demás". [5]

La legislación, doctrina y jurisprudencia iberoamericanas vinculan por ende el estudio del abuso del proceso al análisis de dos temas más amplios: el relativo al abuso de derecho en general, y el referente al principio de buena fe.

Ahora bien, sin perjuicio de ulteriores desarrollos, cabe desde ya destacar que el fenómeno en examen se presenta tanto cuando el proceso – considerado como un todo - es empleado con mala fe o abusivamente, como en aquellos supuestos en que se insertan en un proceso rectamente promovido o mantenido, vías o actos procesales concretos cuya utilización implica ejercicio abusivo o de mala fe de los institutos que el ordenamiento procesal pone al

2 * Este trabajo fue presentado en las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, publicado en el libro respectivo y en la R.U.D.P. Nº 4/2003, Montevideo, F.C.U., 2004.

Gelsi Bidart, Adolfo: *"Proceso penal – Aproximación a los fundamentos"*, Ed. F.C.U., Montevideo, octubre de 1996, pág. 43.

3 Couture, Eduardo J.: *"Vocabulario Jurídico"*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983, pág. 61.

4 Véscovi, Enrique: *"La responsabilidad derivada de la actuación en juicio en el Derecho Uruguayo"*, pub. en : *"Estudios Jurídicos en Memoria de Juan José Amézaga"*, Ed. por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, agosto de 1958; pág. 549.

5 Véscovi, Enrique; ob. cit. págs. 551-552.

alcance de los sujetos intervinientes. Esto es, puede existir "abuso del proceso" como instrumento mismo, porque su sola promoción importa ya vulnerar las pautas que protegen el empleo normal y de buena fe del mecanismo; pero también puede suceder que dentro de un proceso cuya existencia por sí sola no evidencia ejercicio abusivo, la conducta desplegada por los sujetos revele actos u omisiones abusivos o de mala fe.

En definitiva, ha de tenerse presente que además del "abuso del proceso" puede plantearse "abuso en el proceso", como especie dentro de aquél, quizá de más frecuente realización en la práctica, ya que es más probable que ejercitándose en forma el poder de acción o defensa, al amparo del derecho al proceso y al acceso a la Justicia, se produzcan apartamientos concretos de la regla de lealtad y buena fe, o se cometan abusos, en uno o más momentos o actos particulares del proceso en que tales poderes son empleados; y por lo tanto, aún cuando dicho proceso no pueda ser calificado como abusivo o de mala fe en sí mismo, sí puedan ameritar tales notas determinados actos, hechos, omisiones o modalidades de empleo de los institutos que lo integran. Resulta por consiguiente preferible la expresión "abuso de las vias o institutos procesales", pues comprende tanto las hipótesis en que el proceso todo configura ejercicio abusivo de derechos, como aquellas en que en un proceso sano, tienen lugar ciertos actos u omisiones abusivos o contrarios a la buena fe.-

II.- NOCION DE ABUSO DE LAS VIAS O INSTITUTOS PROCESALES.-

1.- El principio de moralidad.-

En el Derecho Procesal moderno, se ha producido una revitalización de los principios de lealtad y buena fe, al punto que configuran ejes capitales sobre los cuales se erige la estructuración legal de los procesos, requiriéndose de todos los partícipes en un litigio el desarrollo de comportamientos activamente adecuados a esas pautas, que permitan abandonar las posiciones meramente egoístas o hedonistas, inspiradas en la tendencia privatista del liberalismo individualista, por la idea de cooperación leal, participativa y eficiente en la búsqueda de los resultados naturales que el ordenamiento jurídico prevé para todo proceso (Kooperationsmaxime) alentada desde una óptica publicista del proceso. [6]

Se ha indicado así que: "La moralización del proceso preocupa no sólo a los operadores jurídicos (jueces, abogados y justiciables) sino también a los

6 Cf. Storme, Marcel y Coester-Waltjen, Dagmar: *"El activismo del Juez"*, relato general para el IX Congreso Mundial de Derecho Procesal (Coimbra-Lisboa, agosto de 1991), pub. por la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 1991, págs. 486-487.

cuerpos legislativos y, por supuesto, a la doctrina procesal" [7] porque la decadencia de la ideología liberal a ultranza que marcó la codificación procesal del siglo XIX, permisiva del triunfo del más hábil, artero o astuto, hizo resurgir "una nueva sensibilidad que se resiste a que lo intrínsecamente injusto se resguarde en lo formalmente lícito ... " [8] ya que "... la libertad de conducta reservada a las partes no puede ir tan lejos como para permitirse la violación de la buena fe y la ética y el empleo deliberado del dolo y del fraude en el proceso. No ha de olvidarse que el proceso persigue la aplicación del Derecho, su concreción al caso concreto, y, por ende, si bien existen en él posiciones opuestas, debe estar guiado por la lealtad y la ética en la búsqueda de la verdad, tanto en relación al fondo o derecho pretendido, como en lo referido a la forma de llevarlo adelante. Por otra parte, la represión de la conducta desleal o fraudulenta resulta de esencia en la labor de humanización del proceso que ya reclamaba Chiovenda." [9]

Se proclama entonces, por los ordenamientos jurídicos, las decisiones judiciales y la doctrina, la existencia de un deber a cargo de todo partícipe en un proceso (partes, juez, testigos, peritos, terceros) de emplear los instrumentos procesales de conformidad con los fines lícitos para los cuales han sido instituídos. La tutela del derecho al proceso implica facilitar el acceso a la Justicia, posibilitar el desarrollo del proceso debido o "justo" [10], que virtualice una tutela efectiva de los derechos de los justiciables, superando el garantismo formal y las trabas a la defensa mediante las ideas-fuerza de solidaridad y deber de colaboración. [11]

Desde tal óptica, los sistemas normativos, jurisprudenciales y doctrinarios caracterizan el abuso de las vías procesales por la recurrencia a los institutos procesales con un propósito que desvirtúa su cometido natural y legítimo, empleándoselos en definitiva con fines ilícitos, desviados del principio de buena fe.

2.- Abuso como desviación del fin.-

En general, los ordenamientos jurídicos y los autores definen el abuso por el empleo de los mecanismos procesales con finalidad distinta a la querida por el legislador al establecerlos, por el exceso en el uso, derivado de la conculcación del principio de moralidad; considerándolo una especie dentro del género abuso del derecho, a veces regulado expresamente por la legislación sustantiva.

7 Cf. Véscovi, Enrique; De Hegedus, Margarita; Klett, Selva; Landeira, Raquel; Simón, Luis María y Pereira, Santiago: *"Código General del Proceso – Comentado, anotado y concordado"*, Ed. Abaco, Montevideo, julio de 1992, Tomo 1, pág. 123.

8 Idem, pág. 124.

9 Ibídem.

10 En la ilustrada conceptualización de Augusto Mario Morello según *"El proceso justo"*, Librería Editora Platense S.R.L. – Abeledo Perrot S.A., Buenos Aires, 1994.

11 Cf.: Morello, Augusto Mario; ob. cit., pág. 659.

Se trasladan así al campo procesal los desarrollos de la doctrina sustantivista clásica en punto al tema, sobre la base de la noción de relatividad o limitación de todos los derechos, cuya utilización no puede efectuarse en perjuicio de terceros.

La idea rectora es que el uso de todo derecho subjetivo es lícito en tanto se realice conforme con el espíritu por el cual se lo ha reconocido por el Derecho Objetivo, produciéndose el abuso cuando se lo emplea en forma torcida o desviada, perjudicándose a los demás. [12]

3.- Abuso y exceso: licitud o ilicitud del acto abusivo.-

Parte de la doctrina distingue el abuso del exceso, reservando el último para los casos de actuación sin derecho o fuera de los límites internos del mismo; mientras que el primero se mantiene dentro de esos límites, con aparente conformidad entre la conducta y el régimen normativo.

Algunos autores restringen asi la noción de abuso a los casos de aparente corrección formal del comportamiento desarrollado, apreciable en su visión externa como llevado a cabo de modo compatible con el ordenamiento jurídico, pero escindido del fin abstractamente perseguido por éste, con perjuicio a los derechos de los demás sujetos; distinguiendo esa noción de la de actos ilícitos (entre los que se ubicarían los casos de exceso), conductas en las que, además del apartamiento del fin querido por la ley, se produce una infracción a ésta; porque los estudiosos que formulan esta distinción exigen, para la configuración de la primera categoría, un quehacer formalmente ajustado a la norma, que directamente no es tal en la segunda. [13]

Otros autores, en cambio, entienden que el ejercicio abusivo de un derecho, con apartamiento del fin propuesto por el régimen jurídico, implica en esencia vulnerar ese régimen, lo cual significa ilicitud, a pesar de la aparente corrección formal; ya que el fenómeno ha de ubicarse en el área de la ilicitud y no en el ámbito del elemento subjetivo de la responsabilidad (dolo o culpa): el uso excesivo o apartado del fin previsto por el legislador, quita la justificación que la causación del daño tenía cuando el ejercicio era acorde al propósito regular, tornando así la conducta en ilícita y el daño en resarcible. Se señala por ejemplo, que "La figura del abuso (al igual que el exceso) corresponde a la ilicitud, y no existe entre ambas diferencia de naturaleza, ya que pertenecen por igual al ámbito de los actos realizados sin derecho. Para que un acto sea ilícito basta con que resulte contrario a derecho, y en el abuso la contrariedad existe, sea contrariedad al derecho objetivo (como sostiene Josserand) o por sobrepasar los límites internos del derecho subjetivo ... La "apariencia" de licitud o la

12 Cf. Véscovi, Enrique: *"La responsabilidad derivada ..."*, cit. en nota nº 3, pág. 553.

13 Este es, por ejemplo, el enfoque del Prof. Jesús María González García, en el relato español para las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, págs. 2 y 3; quien ejemplifica indicando que la interposición de un recurso intempestivo no importaría ejercicio abusivo, mientras que sí lo sería su introducción con regularidad pero con el único propósito de dilatar la ejecutoriedad de la sentencia que se sabe acertada.

"juridicidad formal", no vuelve lícito el acto abusivo... un acto no puede ser lícito en su forma e ilícito en su contenido o sustancia, porque es una unidad, que exige, por ello mismo, una consideración y un juicio homogéneos."[14]

Y es al fijar los límites internos del derecho o al identificar la persecución de fines espúrios que se acude a la nociones de buena fe, dolo, fraude; etcétera; precisándose que el abuso de vías procesales las desnaturaliza, porque no se pretende la actuación del derecho sino la satisfacción de un interés u objetivo ilegítimo, impropio, convirtiéndose los instrumentos procesales en vehículos para lograr fines antisociales, contrariándose su función natural.

4.- Abuso y buena fe.-

Generalmente, las leyes, la doctrina y la jurisprudencia proclaman que la actividad de todos los sujetos del proceso ha de adecuarse a las reglas de buena fe y lealtad, entendidas como "estándar de moralidad que se identifica con la dignidad de la justicia. Este último concepto representa el valor último al que se deben adecuar las conductas dentro del proceso." [15]

Se refiere así que: "la buena fe, la lealtad, la veracidad y la probidad son componentes de un concepto más amplio que se podría denominar principio de moralidad ... (que) implica excluir del proceso la malicia, la mala fe, la deshonestidad, y en definitiva, la inmoralidad, las cuales no pueden ser jamás instrumentos para ganar pleitos." [16]

En el régimen argentino se define el ejercicio abusivo de los derechos como aquel que contraríe los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos o "que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres."[17]

La doctrina argentina, partiendo de la proscripción legal del accionar abusivo, considera que el abuso de los derechos procesales constituye una figura más amplia que el abuso del derecho en el proceso civil, caracterizada principalmente por el carácter inadecuado del proceder (no solamente antifuncional sino también inapropiado), descripta por aproximación como "inadecuado ejercicio objetivo de poderes, deberes funcionales, atribuciones, derechos y facultades en que pueden incurrir cualquiera de los sujetos – principales o eventuales – intervinientes en un proceso civil dado, y que genera consecuencias desfavorables para el autor del abuso." [18]

14 Cf. Gamarra, Jorge: *"Tratado de Derecho Civil Uruguayo"*, Montevideo, 1981, Tomo XIX, pág. 200.

15 Cf. Oteiza, Eduardo: *"Abuso de los derechos procesales en América Latina"*, Relato iberoamericano para el Simposio sobre el mismo tema realizado en octubre de 1998 en New Orleans por la Tulane University; pub. coordinada por José Carlos Barbosa Moreira; Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2000, pág. 9.

16 Cf. Véscovi., Enrique; De Hegedus, Margarita; Klett, Selva; Landeira, Raquel; Simón, Luis María y Pereira, Santiago; ob. cit., Tomo 1, págs.125-126.

17 Texto del artículo 1071 del Código Civil, según relato argentino a cargo de la Prof. Mabel De los Santos para las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, pág. 1.

18 Cf. Peyrano, Jorge Walter; *"Abuso de los derechos procesales"*; relato argentino para el Simposio sobre el mismo tema realizado en New Orleans en octubre de 1998; cit. en nota nº 14; pág. 71.

En ponencia sobre el tema presentada en las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, se ha postulado delimitar el alcance del principio de buena fe en los distintos modos en que aparece en el curso del proceso, distinguiéndolo del abuso del derecho o del fraude a la ley; proponiéndose interpretar que se entienda como un hecho (buena fe subjetiva, creencia honesta y sincera de obrar con derecho, sin intenciones malignas) o como principio y regla de conducta (buena fe objetiva, lealtad y probidad hacia el Juez y la contraparte). [19] Se sostiene así que la buena fe procesal destaca el íntimo parentesco que existe entre la moral y el derecho, comunicando ambos.[20]

En el Derecho Procesal civil portugués, el estudio del abuso del proceso se centraliza en el instituto de la litigancia de mala fe, de recepción legal expresa, contentiva de concretas hipótesis de tipificación y sanciones. [21]

En el sistema español, "La buena fe objetiva se relaciona con el abuso del derecho, en la medida en que este constituye una especie dentro de las diferentes actuaciones posibles contrarias a la buena fe. Las leyes procesales se componen, en amplia medida, de diferentes catálogos de comportamiento, de tal manera que toda conducta contraria al modelo establecido y querido por las leyes ... es contraria a la buena fe procesal ...". [22]

La doctrina brasileña expresa que "el deber de lealtad y buena fe ... implica la necesidad de los sujetos parciales, como de sus procuradores, de mantener conducta éticamente adecuada. La utilización de artificios, con miras a alterar el desenvolvimiento del proceso, constituye violación de ese deber. Los consumidores del instrumento estatal de solución de controversias deben tomar conciencia que incluso la guerra es pautada por límites. El proceso es el palco para la defensa de los intereses, no para la obtención de ventajas indebidas o ilegales. Lealtad y buena fe representan los parámetros éticos del contradictorio y de la amplia defensa." [23]

Desde ese enfoque, con saludable criterio pedagógico, el artículo 14 del Código del Proceso Civil brasileño, antes de tipificar conductas procesales abusivas, se encarga de indicar pautas positivas de comportamiento por los cuales deben guiarse los litigantes y quienes de cualquier forma participan del proceso, a saber: " exponer los hechos del juicio conforme a la verdad; proceder con lealtad y buena fe; no formular pretensiones ni alegar defensas a sabiendas de su carencia de fundamento; no producir pruebas ni practicar actos inútiles o innecesarios para la declaración o defensa del derecho; cumplir

19 Cf. Gozaíni, Osvaldo Alfredo: *"La buena fe en el proceso civil"*, pág. 1.

20 Cf. Gozaíni, Osvaldo Alfredo: *"Temeridad y malicia en el proceso"*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, julio de 2002, pág. 27.

21 Cf. Ferreira da Silva, Carlos Manuel; Relato portugués para las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, principalmente págs. 1 a 3.

22 Cf. González García, Jesús María; ob. cit., págs. 3 in fine y 4.

23 Cf. dos Santos Bedaque, José Roberto; Relato brasileño para las XIX Jornadas Iberomericanas de Derecho Procesal, pág. 3 (traducción del portugués por el relator general).

con exactitud los proveimientos y mandatos y no crear trabas para la efectivización de las providencias judiciales de naturaleza anticipada o definitiva."[24]

En Uruguay, el artículo 5 del Código General del Proceso, inspirado en el proyecto de Eduardo J. Couture [25], reproduce las soluciones ya citadas del artículo 5 del Código Modelo para Iberoamérica [26] sobre el principio de lealtad y buena fe, cuya raigambre constitucional se afirma por la doctrina en base a los textos e inspiración jusnaturalista de la Constitución [27]; dando pábulo a interesante discusión doctrinaria y jurisprudencial acerca del factor de atribución de la responsabilidad por el empleo abusivo de las vías procesales, que se tratará ulteriormente.[28]

En suma, tanto en función de las definiciones contenidas en textos normativos, como de los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales, el procesalismo iberoamericano conceptualiza desde larga data el abuso de las vías procesales, apoyando la noción en los principios generales relativos al abuso de derecho y a la buena fe; habiendo producido una rica tipificación y casuística cuyo examen, aunque somero, puede contribuir a la mayor comprensión de la temática, razón por la cual se lo abordará seguidamente.-

III.- CASUISTICA DE ABUSO DE LAS VIAS PROCESALES.-

Aunque el ingenio de los litigantes arteros o abusivos supera con creces la imaginación del legislador, de la doctrina o de la jurisprudencia, según revela la realidad forense, resulta ilustrativo reseñar algunos de los supuestos que las normas procesales, las decisiones judiciales o los cultores del Derecho Procesal han tipificado como hipótesis abusivas.

En este sentido, algunos regímenes legales se encargan de predeterminar un elenco general de conductas sancionables, aplicables a toda especie procesal, mientras que otros consagran soluciones puntuales, relativas a procesos u actos concretos.

A grandes rasgos, el abuso puede referir al proceso todo, o tener lugar dentro del mismo (como ya se analizó [29]) y categorizarse dentro del ejercicio de la acción (en sentido amplio); de los medios de defensa o de las potestades

24 Cf. Calmon Filho, Petrônio; Relato brasileño para las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, pág. 4 (traducción del portugués por el relator general).

25 El artículo 7 del proyecto de Eduardo J. Couture prevé, bajo el nomen iuris "Principio de probidad", que: *"El Juez deberá tomar, de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendientes a prevenir o sancionar cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia, al respeto que se deben los litigantes y las faltas a la lealtad y probidad en el debate"*.

26 Supra "I".

27 Cf. Van Rompaey, Leslie: *"La responsabilidad por el uso indebido de las vías procesales y la incidencia del Código General del Proceso"*, en *"Anuario de Derecho Civil Uruguayo"*, Ed. F.C.U., Montevideo, noviembre de 1990, Tomo XX, pág. 378.

28 Infra "V", 6, d.

29 Supra "I" in fine.

jurisdiccionales (pues también el comportamiento del tribunal o sus auxiliares puede resultar abusivo).

1.- Abuso del derecho de acción.-

Como abuso del derecho a reclamar la tutela jurisdiccional, se destaca el emprendimiento de "aventuras judiciales" con fines extorsivos, en búsqueda de una rápida y beneficiosa autocomposición [30] ya que la existencia misma del proceso puede llevar a la contraparte a verse forzada a conciliar (v.g. procesos de amparo con amplia cobertura de medios masivos de comunicación; cuestionamiento de la reputación comercial o industrial); pues la sola pendencia de la discusión no decidida por sentencia, puede resultar en ocasiones más gravosa que cualquier solución convencionalmente adoptada.

En el mismo grupo cabe ubicar la multiplicidad de litigios provocada por el fenómeno de la judicialización de los conflictos [31] particularmente los de origen político (judicialización de la política y politización de la Justicia); según la realidad iberoamericana que refleja en múltiples ocasiones el fácil mecanismo de derivar hacia el proceso oficial el tratamiento de cuestiones que los responsables de su solución en otro ámbito no logran resolver; generando a veces verdaderos procesos abusivos.

En general, los ordenamientos prevén como hipótesis de ejercicio abusivo del poder jurídico de acción, todo supuesto de pretensiones manifiestamente improponibles, "desprovistas de fundamento o innecesarias" [32] o demandas deducidas contra el texto expreso de la ley [33]

2.- Abuso del derecho de defensa o contradicción.-

Examinado el ejercicio de la acción desde la óptica del demandado, resulta frecuente la cita de hipótesis de defensas de mala fe o abusivas, desarrolladas usualmente con el objetivo de dilatar el curso del proceso, postergando así que se alcance la cosa juzgada y la posibilidad de ejecución. A vía de ejemplo, se alude al entorpecimiento reiterado al desarrollo normal del proceso [34], al abuso en el ejercicio de los medios de defensa y oposición de resistencia injustificada al progreso del proceso [35] o a la oposición cuya falta de fundamento no debía ignorarse. [36]

30 Cf. Peyrano, Jorge Walter; ob. cit. págs. 71-72.
31 Cf. Peyrano, Jorge Walter: ob. cit. pág. 72.
32 Artículo 53 del Código Procesal Civil de Paraguay.
33 Artículo 17, I del Código de Processo Civil de Brasil.
34 Artículo 74 numeral 5º del Código Procesal Civil de Colombia.
35 Artículos 273 y 17, IV del Código de Processo Civil de Brasil.
36 Cf. Ferreira da Silva, Carlos Manuel; Relato portugués para las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, pág. 2, con cita del artículo 456 numeral 2º del Código de Processo Civil.

3.- Abuso de los instrumentos procesales en general.-

Algunas legislaciones, como la brasileña, permiten distinguir tres clases de conductas procesales abusivas: las caracterizadas por la mala fe (punibles con multa e indemnización), las que atentan contra la jurisdicción (discontempt of Jurisdiction o discontempt of Court) y las que reciben sanciones procesales. [37] Se incluyen así en el primer grupo la deducción de pretensión o defensa contra el texto expreso de la ley o hecho incontrovertido, la alteración de la verdad de los hechos, usar el proceso para conseguir objetivo ilegal, oponer resistencia injustificada a su desarrollo, proceder de modo temerario en cualquier incidente u acto, provocar incidentes manifiestamente infundados, interponer recursos con intención manifiestamente dilatoria, alegar dolosamente desconocimiento del reo o de su domicilio, a los efectos del emplazamiento; deducir agravios inadmisibles o infundados; etcétera. [38]

La fórmula de la temeridad en cualquier incidente u acto permite contemplar prácticamente todas las hipótesis de conductas de mala fe o abusivas al emplear cualesquiera instrumentos procesales de defensa, tales como recursos, incidentes, cuestiones prejudiciales, defensas, excepciones, o cualquier modalidad que puedan llegar a adoptar las peticiones de partes. Resulta asidua la referencia normativa o doctrinaria al planteo infundado de incidentes,[39] recusaciones, [40] citaciones provocadas o intervenciones de terceros, [41] cuestiones de constitucionalidad, [42] nulidades o recursos que desnaturalizan la defensa, la contradicción o impugnación.

4.- Discontempt of Jurisdiction y discontempt of Court.-

Particularmente frecuentes en los repertorios jurisprudenciales son los casos de discontempt of Jurisdiction y discontempt of Court, oponiéndose trabas o resistencias al cumplimiento de mandatos judiciales (especialmente en fases o etapas de ejecución) o atentándose contra la dignidad de la Justicia (lesionándose su imagen); entre los cuales puede citarse la falta de colabora-

37 Cf. Calmon Filho, Petrônio; ob. cit., págs. 5-8

38 Idem, pág. 5.

39 Por ejemplo, el artículo 247.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000 prevé el rechazo fundado de *"las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal"* (Cf. González García, Jesús María; ob. cit. pág. 9).

40 Por ejemplo en Argentina o España. Cf. De los Santos, Mabel; ob. cit. pág. 5-6; Ramos Méndez, Francisco: "*¿Abuso de derecho en el proceso?*", Relato general ibérico pub. en *"Abuso de los derechos procesales"*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2000, pág. 4.

41 Cf. Díaz Solimine, Omar Luis: *"La buena fe procesal y la intervención de terceros en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina en la actualidad"*, ponencia presentada para las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, en cuyas págs. 9 y 21 se señala la frecuencia con que se utiliza la figura de intervención de terceros para dilatar indefinidamente los procesos, sumando complejidad innecesaria a la problemática de la relación procesal intersubjetiva, inconducta que, según el autor, cuando implica uso abusivo, amerita sanción, en proporción al perjuicio ocasionado en la duración y complejidad de la litis.

42 Cf. Véscovi, Enrique: *"La responsabilidad ..."* cit., págs. 561-562.

ción de las partes o terceros para la incoporación de prueba a la causa [43] y las violaciones del deber de veracidad que para algunos regímenes y autores se encuentra vigente en todo proceso civil.[44]

5.- Previsiones clásicas: régimen cautelar y otros.-

Ya las legislaciones hispanoamericanas más antiguas contienen, por lo menos, como ejemplos de actos de mala fe, abusivos o generadores de responsabilidad, aquellos relativos al exceso en la solicitud de cautelas, su obtención con finalidad espúria, a sabiendas de su improcedencia, vulnerándose el orden legal para la traba o afectándose la pauta de proporcionalidad [45]; la no formulación tempestiva de la pretensión principal cautelada; la petición de término extraordinario de prueba sin ulterior provecho del mismo; la nulidad reclamada por el propio causante de la misma; la pluspetición inexcusable; etcétera.

6.- Abuso por el Tribunal o sus auxiliares.-

Por último, la doctrina destaca la posible existencia de actuaciones abusivas o de mala fe desarrolladas por los tribunales, que en los casos más graves pueden dar lugar a la revisión de la cosa juzgada fraudulenta o dolosa, pero que comprenden también las hipótesis de dilaciones en la resolución de las cuestiones, confiriéndose sucesivos traslados o vistas, disponiéndose pruebas superfluas y evitándose ingresar al mérito, en modalidad inadecuada de ejercicio del poder jurisdiccional. [46]

43 V.g. sentencia inédita nº 299/2000 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno (Uruguay); artículo 456 nº 2 literal "c" del Código de Processo Civil de Portugal: *"omisión grave del deber de cooperación"*que califica al litigante como de mala fe; art. 74 del Código de Procedimiento Civil colombiano que considera temeraria la obstrucción de la práctica de pruebas, castigándose la retención o destrucción intencional del expediente (artículos 129 y 131).

44 El artículo 74 del Código de Procedimiento Civil colombiano considera temeraria la alegación a sabiendas de hechos contrarios a la realidad (Cf. Parra Quijano, Jairo: *"Abuso de derechos procesales"*, pub. en *"Abuso de los derechos procesales"*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000, pág. 85). El régimen brasileño veda alterar la verdad de los hechos (art. 17 del Código de Processo Civil) y el portugués contiene idéntica prohibición, previendo además como punible la omisión de hechos relevantes para la decisión de la causa (artículo 456 nº 2º literal "b" del Código de Processo Civil). Osvaldo Gozaíni niega la existencia de deber de veracidad, indicando que *"cuanto más se puede exigir certidumbre y convicción"* (ob. cit. págs. 2 y 26-29). El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (artículo 73) y el Código General del Proceso de Uruguay (artículo 63) requieren en todo acto procesal los requisitos de veracidad y buena fe; con lo cual parecen integrar el deber de veracidad al general de cooperación o colaboración de las partes y terceros. El relato portugués refiere como curiosidad que aún en procesos de objeto indisponible, no susceptible de ser probado por confesión, la jurisprudencia considera que litiga de mala fe quien niega el adulterio (en el divorcio) o las relaciones sexuales (en la investigación de paternidad) fundándose en la vigencia del deber de veracidad (Cf. Ferreira da Silva, Carlos Manuel: ob. cit. págs. 11-12).

45 Por ejemplo, regímenes argentino, español, uruguayo, chileno (Cf. Díaz Uribe, Claudio; relato para las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, pág. 1).

46 Cf. Peyrano, Jorge Walter; ob. cit., págs. 70 y 76.

Las legislaciones más modernas, y la doctrina, se ocupan principalmente de conceptualizar en forma amplia los casos de abuso o mala fe, más que de diseñar elencos de conductas punibles, que nunca podrían ser taxativos y siempre resultarían superados por la realidad; ya que el énfasis ha de ubicarse en una adecuada consagración de principios y reglas generales de conducta, así como mecanismos de prevención y sanción; cuya amplitud permita luego comprender los actos u omisiones procesales concretamente configurativos de comportamiento abusivo o malicioso.-

IV.- PREVENCION DEL ABUSO DE LOS INSTITUTOS PROCESALES.-

1.- Prevención general por establecimiento de pautas y modelos.-

Resulta difícil concebir un sistema preventivo de conductas abusivas o de mala fe, puesto que en general la respuesta del ordenamiento jurídico a esta clase de comportamientos se produce de manera reactiva, tanto de oficio como a instancia de parte, una vez que tiene lugar el acto malicioso, temerario o configurativo de abuso.

Sin embargo, ya la sola consagración de los principios de lealtad y buena fe, como la previsión de modelos conductuales, de hipótesis en que se producen apartamientos de la regla o abusos, y de sanciones correspondientes a los sujetos que incurren en los comportamientos reprobables, cumple las funciones de prevención general, disuasoria "frente a conductas incardinables en el concepto de abuso de derecho o del de fraude a la ley, en la medida en que la perspectiva de una futura consecuencia desfavorable, con relevancia incluso penal, pueda compeler al sujeto del proceso a conducirse dentro de la ortodoxia legal y con respeto a las exigencias de la buena fe. Se trata de una prevención provocada por la sana constricción legal a observar o evitar una determinada conducta, ante la eventualidad de una reacción desfavorable del ordenamiento, bien sea en forma de reconocimiento del derecho al resarcimiento de daños, bien sea en forma de sanción provocada por la infracción al deber de probidad de los sujetos del proceso o por el ejercicio abusivo de los derechos."[47]

Por ello es que se considera preventivo, además de la consagración de las pautas generales en materia de buena fe y abuso de los derechos, el quehacer normativo de sancionar determinados actos calificándolos a priori como abusivos, previendo las especies de responsabilidad que su acaecimiento puede movilizar, así como los remedios procesales aplicables.

47 Cf. González García, Jesús María; ob. cit., págs. 13-14.

2.- Poderes jurisdiccionales.-

Desde esta óptica preventiva, la doctrina asigna particular importancia al establecimiento de un elenco vigoroso de facultades o poderes judiciales tendientes a evitar las conductas abusivas o de mala fe, neutralizar o eliminar sus consecuencias nocivas, insistiendo en la necesidad de adopción de medidas inmediatas y eficaces para el combate. Generalmente, se incluyen dentro de esta clase de requerimientos las potestades de rechazo liminar de incidentes, peticiones o recursos meramente dilatorios, infundados, o maliciosos; la no asignación de eficacia suspensiva del cumplimiento de las providencias judiciales a los mecanismos impugnativos que puedan revestir tales características; la clara atribución de poderes de dirección u ordenación del proceso al Tribunal (sin mengua del derecho de defensa de los litigantes); la consagración de importantes potestades disciplinarias ejercitables con respecto a las partes, terceros que puedan obstaculizar el desarrollo del proceso y también de abogados y demás auxiliares de Justicia.

Sobre el rol de custodio de la moralidad asignado al tribunal, señala Eduardo Oteiza que: "El deber de inmediación adjudicado al órgano jurisdiccional procura mantener un control sobre la actividad de las partes, que a su vez deben actuar de conformidad con el principio de buena fe. El equilibrio entre ambos términos: dirección del juez y actividad bajo la pauta de moralidad, tiene por objeto explicitar las reglas del debate y controlar su cumplimiento. Al mismo tiempo se le otorgan poderes al juez para cercenar las desviaciones ... " [48] Aunque naturalmente, el autor ya comenta la distinta eficacia que pueden revestir los poderes jurisdiccionales en procesos escritos y desconcentrados, frente a los procesos por audiencias regidos por el principio de inmediación, cuya estructuración "constituye la mejor forma de evitar el abuso del proceso".[49] Incluso se critica por algunos la renuencia judicial al empleo de tales facultades.[50]

Que el abuso de las vías o institutos procesales, y la mala fe, resulten en definitiva conceptos jurídicos "válvula" o indeterminados, conduce obviamente a la determinación de su contenido caso a caso, judicialmente, atribuyendo importante rol preventivo y sancionatorio al Juez, a quien se recomienda prudencia y ponderación, a fin de que evite tanto la inacción que premie el comportamiento indebido y tolere las negativas consecuencias procesales del abuso o mala fe, como el exceso de dirección que restrinja la tutela efectiva de las garantías de la defensa.[51]

48 Oteiza, Eduardo; ob. cit. pág. 22.
49 Idem, pág. 23.
50 Cf. Peyrano, Jorge Walter; ob. cit., pág. 73; Ramirez, Nelson; ob. cit. pág.5.
51 En esa línea se ubican por ejemplo expresiones de Jesús María González Garcia (ob. cit. pág. 19); y de Francisco Ramos Méndez (ob. cit. pág. 6).

3.- Prevención en los procesos por audiencias.-

Pero los regímenes legales van adoptando cada vez con mayor frecuencia un elenco de potestades y facultades judiciales cuyo empleo puede convertirse en eficaz previsión y combate del abuso o mala fe; y que se potencia particularmente en los procesos por audiencias, ámbitos de más cómoda realización de los principios de lealtad y buena fe, por virtud de la inmediación y concentración propias de la actividad procesal en audiencia.

Así por ejemplo, luego de consagrar los principios de dirección, buena fe, ordenación, concentración y economía (en los artículos 2, 5, 6, 9 y 10) el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica respalda en su art. 22.2 la autoridad judicial con la posibilidad de imponer conminaciones económicas o personales, y prevé el siguiente elenco de potestades en el art. 33: rechazo ab initio de pretensiones improponibles, asignación del curso correcto al proceso, iniciativa probatoria, convocatoria de partes, testigos y peritos, rechazo de prueba inadmisible, impertinente o inconducente, de incidentes reiteratorios o violatorios de la regla de eventualidad, o de la intervención de terceros; posibilidad de adoptar diligencias que tiendan a evitar nulidades; facultad sancionatoria de procuradores y abogados; y finalmente, poder de "dirigir el proceso y aplicar las sanciones que correspondan a quienes obstaculicen indebidamente su desarrollo u observen conducta incompatible con el decoro y dignidad de la justicia." [52]

V.- CONSECUENCIAS DE LA ACTIVIDAD PROCESAL ABUSIVA.-

El acto procesal configurativo de abuso de las vías procesales, o realizado en violación de los principios de lealtad y buena fe, puede recibir distinto tratamiento por parte del ordenamiento jurídico, en ocasiones a través de reacción inmediata, sin perjuicio del advenimiento ulterior de distintas consecuencias generalmente catalogables como sancionatorias, tanto en el ámbito del propio proceso en que la conducta reprobable se lleva a cabo, como mediante la movilización de recursos o procesos posteriores, tendientes a hacer valer la sanción que corresponda.

52 Similares soluciones, totales o parciales, adoptan: el régimen portugués, principalmente en el art. 265 del Código de Processo Civil (Cf. Ferreira da Silva, Carlos Manuel; ob. cit. pág. 17); el argentino (artículo 34 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Cf. De los Santos, Mabel; ob. cit. pág. 2); el costarricense (artículos 98.3 y 100 del Código de Procedimiento Civil; Cf. Artavia Barrantes, Sergio: relato nacional de Costa Rica para las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, pág. 1); el español (artículo 200 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); el peruano (art. 50 del Código respectivo; Cf. Ramírez, Nelson; ob. cit., pág. 1.) y el uruguayo (artículos 2, 3, 5, 6, 9, 21.3, 24 y concordantes del Código General del Proceso).

El elenco de reacciones comprende varias que incluso pueden producirse acumulativamente, y que de modo somero se reseñarán a continuación.-

1.- Admisibilidad – inadmisibilidad.-

La primera consecuencia que los regímenes jurídicos prevén para los actos maliciosos o abusivos, se produce cuando se realiza la tarea de valoración de los mismos, con el objetivo de determinar si pueden incorporarse al proceso en el cual pretende insertárselos, permitiéndoseles el ingreso para que desplieguen la eficacia que en cada caso regule el ordenamiento jurídico; o bien vedándose la incorporación, excluyéndoselos del proceso respectivo.

Como la tarea de valoración de todo acto procesal implica cotejar la especie concreta con el modelo previsto en la normativa, esa labor comparativa puede ya revelar irregularidad, determinante de que se declare el acto inadmisible, y se impida su ingreso a la litis.

La declaración de inadmisibilidad puede realizarse ab initio, y constituye la forma reaccional más rápida y eficaz contra la conducta desviada, pues impide que la misma despliegue eficacia, y neutraliza las consecuencias nocivas que el comportamiento reprobable pudiere potencialmente provocar en el proceso y con respecto a todos los sujetos procesales.

Constituyen ejemplos de esta modalidad de reacción normativa, todas aquellas hipótesis en que el régimen jurídico posibilita al Juez repeler de plano el acto u omisión de mala fe o abusivo, como el rechazo liminar de demandas o defensas manifiestamente improponibles o carentes de fundamento[53], de incidentes que reiteren otros previamente propuestos [54], de mecanismos impugnativos inidóneos, de actos probatorios inadmisibles, innecesarios y dilatorios[55]; y en general, de cualesquiera peticiones que sean evaluadas como abusivas o maliciosas.[56]

El mecanismo se vincula al conjunto de poderes con que se dote al Tribunal en su función de contralor inicial de los actos de partes o terceros, como por ejemplo los resultantes del artículo 33 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Las legislaciones modernas habilitan no solamente la declaración de inadmisibilidad, sino que prevén también la posibilidad de que el tribunal adopte los mecanismos que correspondan para evitar reiteraciones y disponer lo necesario para el progreso regular del proceso.[57] Así, además de

53 Cf. De los Santos, Mabel; relato argentino cit.; pág. 6.

54 Cf. De los Santos, Mabel; relato argentino cit.; pág. 7; Díaz Uribe, Claudio; relato chileno cit., pág. 2.

55 V.g.: artículos 33 apartado 6º, 134 y 301 numeral 6º del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

56 En el sistema español, puede rechazarse en forma fundada el acto abusivo, en el momento en que se produce, pero esa posibilidad es interpretada restrictivamente tratándose de demandas; según informa González García, Jesús María, en ob. cit., pág. 30-31.

57 El artículo 7.2 del Código Civil español prevé que todo acto abusivo dará lugar a indemnización *"y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso"*; Cf. González García, Jesús María; ob. cit. pág. 31.

no tolerarse el discontempt of Court, pueden agregarse medidas disciplinarias u adoptarse providencias judiciales tendientes a asegurar el cumplimiento de lo ordenado (v.g. imposición de astreintes al litigante renuente); o exigirse consignación en garantía para que puedan interponerse nuevos incidentes; etcétera. [58]

Análogamente, además de no admitirse las expresiones ofensivas o injuriosas que pudiere contener cualquier alegación escrita, puede ordenarse su testado. [59]

Pero lo esencial de esta modalidad de respuesta radica en la posibilidad de declarar inadmisible el acto abusivo o malicioso, y su consecuente erradicación inmediata del proceso.-

2.- Validez – nulidad.-

En otras ocasiones, no resulta posible el rechazo inicial, por inadmisibilidad, del comportamiento de mala fe o abusivo, y entonces, en principio el acto se incorpora al proceso, con aptitud para desplegar su eficacia típica.

Pero ello no obsta a que pueda luego declararse su invalidez, de oficio o a petición de parte, por las distintas vías que prevea el ordenamiento jurídico al efecto (defensas, recursos, incidentes; etcétera).

Aún superado el control inicial de admisibilidad, puede ocurrir que finalmente se declare la nulidad del acto abusivo o malicioso, puesto que en definitiva, todo supuesto de violación de los principios prohibitivos del abuso de derecho o de la mala fe, importa un determinado grado de ilicitud que puede determinar la declaración de nulidad y consecuente privación de eficacia al acto cuestionado. [60]

En estas hipótesis, el tratamiento procesal de la conducta abusiva o de mala fe pierde autonomía, y se confunde con el previsto en el ordenamiento jurídico correspondiente para los casos de nulidad.

La declaración de nulidad puede tener lugar en el propio proceso en que el acto viciado tiene lugar, o incluso en otro posterior, en aquellos supuestos graves en que los regímenes jurídicos prevén por ejemplo la revisión de la cosa juzgada obtenida mediante fraude o colusión.

La entidad del vicio podrá ser variable, y dar lugar a nulidades sanables o insanables (relativas o absolutas); según las circunstancias de cada caso concreto. La nulidad puede llegar a contaminar el proceso todo, como en las hipótesis de procesos simulados o fraudulentos, que contemplan muchas legislaciones,[61] previendo por ejemplo la revisión de la cosa juzgada, o habili-

58 Solución chilena comentada por Díaz Uribe, Claudio; ob. cit. pág. 3.

59 Solución prevista, por ejemplo, en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (art. 80) en el Código General del Proceso de Uruguay (art. 73); en el Código de Processo Civil de Brasil (art. 15); etcétera.

60 Cf. Peyrano, Jorge Walter; ob. cit. pág. 74; identificando acto abusivo con acto prohibido.

61 Por ejemplo: artículo 253 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica; artículos 114 y 283 el Código General del Proceso de Uruguay; artículo 100 del Código Procesal Civil de Costa Rica;

tando al Juez a proferir sentencia sin juzgar el mérito, obstando a que el o los simulantes obtengan su ilegítimo propósito. [62]

La nulidad declarada equivale a la inadmisibilidad, y el acto o conjunto de actos abarcados por la declaración han de considerarse inexistentes para el proceso en que se los produjo, o éste mismo resultar anulado por fraudulento, cayendo la cosa juzgada que aparentemente se había formado [63].

3.- Valoración negativa de la conducta abusiva o maliciosa.-

Independientemente de la declaración de inadmisibilidad o nulidad de un acto que se califique de abusivo o malicioso, el comportamiento reprobable puede ser sancionado evaluándoselo en perjuicio de quien lo llevó a cabo.

Las modernas legislaciones procesales, la doctrina y la jurisprudencia, tienden a valorar la conducta "endoprocesal" de los litigantes a la luz de las pautas de buena fe, sana crítica en la apreciación de la prueba y sus omisiones, del deber de cooperación o colaboración para con la Justicia, y de la doctrina de la relevancia de los actos propios. Y si encuentran apartamientos de los modelos conductuales diseñados por esos parámetros, arriban a soluciones desfavorables a quien se aleja del comportamiento querido, como por ejemplo, asignar valor probatorio a las afirmaciones de la contraparte.

Para muchos autores, esta es una de las modalidades de reacción más útiles ante los actos u omisiones abusivos o de mala fe, que mejor se acompasa a los principios rectores de la conducta procesal, puesto que impide el éxito del quehacer desviado, provocando un resultado contrario al perseguido por el infractor.

Se insiste así en que el juez ha de valorar como indicios desfavorables, a la hora de decidir, los emergentes del comportamiento abusivo [64], generándose una situación procesal desfavorable para quien abusa de las vías o institutos procesales o no se comporta de acuerdo con la regla de buena fe. Esa situación perjudicial puede consistir en una admisión de hechos, tener por acreditados

artículo 178 del Código peruano; artículo 665 del Código de Processo Civil portugués; artículo 129 del Código de Processo Civil brasileño; y artículos 142 y 380 del Código de Procedimiento Civil colombiano para fraude en el emplazamiento.

62 Cf. Ferreira da Silva, Carlos Manuel; ob. cit. págs. 12-14; Calmon Filho, Petrônio; ob. cit. pág. 11.

63 Indica Cipriano Gómez Lara que *"Como el derecho está relacionado con la ética y la justicia, se han creado mecanismos para nulificar las ejecutorias que son fruto de un proceso fraudulento, pues su carácter ilícito conculca la legalidad y los valores del derecho*" (Cf. *"Revisión de la cosa juzgada aparente o fraudulenta"*, relato general iberoamericano publicado en: *"XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal"*, Ed. F.C.U., Montevideo, setiembre de 2002, pág. 397).

64 Cf. Parra Quijano, Jairo; ob. cit., págs. 90-91; con fundamento en el art. 249 del Código de Procedimiento Civil de Colombia. José Carlos Barbosa Moreira estudia el tema dentro de las pruebas atípicas, con fundamento en la aplicación de las máximas de experiencia, concluyendo en su catalogación como prueba indiciaria (*"Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas"*, pub. en Revista Uruguaya de Derecho Procesal 3-4/1998, pág. 219; Ed. F.C.U., Montevideo).

ciertos datos controvertidos, facilitar la procedencia de la tutela anticipatoria [65]; etcétera.

Por ejemplo, el artículo 163 inciso 5º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina) prevé que: "la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones".[66]

Asimismo, el artículo 282 de la legislación procesal peruana establece que: "El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes, atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción" [67].

Otros ordenamientos aplican similar regla, aunque sin explicitarla con carácter general, en soluciones particulares relativas a determinados actos procesales o medios probatorios, como las admisiones derivadas del silencio o reticencia al contestarse la demanda o responderse al interrogatorio de parte u absolución de posiciones[68], o del no aporte de prueba documental, y en general, por la no colaboración en la producción probatoria.

Pero ello no es óbice para el reconocimiento de su existencia como precepto general, pues como se señala en profundo estudio sobre el tema: "La más calificada doctrina procesal extranjera, seguida por una sólida jurisprudencia, señala con firmeza que, aún a falta de texto legal al respecto, la conducta procesal de las partes tiene un valor trascendente en el proceso, sea como indicio, como argumento de prueba o como un elemento que debe tenerse en cuenta al valorar el material probatorio. . .". [69] Se postula la existencia de un tipo legal que impone el actuar veraz, leal y colaborador de las partes, denominado el "standard del buen litigante", y que el Juez al sentenciar ha de considerar las adecuaciones o apartamientos a ese standard, extrayendo del comportamiento y su comparación con el modelo normativo, argumentos o indicios a favor o en contra de las partes; sin perjuicio de las sanciones que más específicamente pueda prever la legislación para casos particulares. [70]

65 Cf. Calmon Filho, Petrônio; ob. cit. pág. 11; con fundamento en el art. 273 del Código de Processo Civil brasileño.

66 Cf. Gozaíni, Osvaldo; *"La buena fe ..."*; cit. pág. 14.

67 Cf. Ramírez, Nelson; ob. cit., pág. 2.

68 Cf. González García, Jesús María; ob. cit., pág. 29; artículos 120.2, 139.4, 158, 177, 179 y 299.4 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica; artículos 130.2, 339.4, 149.4, 168, 189 y 191 del Código General del Proceso de Uruguay.

69 Cf. Klett, Selva y Pereira Campos, Santiago: *"Valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el Código General del Proceso"*, pub. en Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº1/1997, pág. 94, Ed. F.C.U., Montevideo, octubre de 1997.

70 Klett, Selva y Pereira Campos, Santiago; ob. cit. pág. 95.

4.- Responsabilidad por costas y costos.-

La respuesta más común al comportamiento abusivo o de mala fe es la aplicación de sanciones en gastos y honorarios del proceso, usualmente conocidos como costas (gastos) y costos (honorarios).

La mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén la distribución de costas y costos en la sentencia, aún sin petición de partes, siguiéndose dos tendencias: la objetiva, que toma en cuenta el resultado del pleito, esto es, quien resultó vencido soporta el costo [71]; y la subjetiva, que atiende a la conducta procesal para distribuírlos por su orden si fue de buena fe, para imponer el pago de todas las costas a quien actuó con ligereza culpable, o el de costas y también costos a quien se comportó con malicia temeraria.[72]

Por ende, si el acto abusivo o de mala fe fue detectado y su autor resulta perdidoso, soportará en algunos sistemas necesariamente el pago de todas las costas y costos, por la mera sucumbencia. En otros, como la imposición depende de la calificación de su comportamiento, al resultar éste apartado de la buena fe ameritará al menos la imposición de costas (en hipótesis de conducta ligera, culpable, desaprensiva) o también la de los costos (en supuestos de malicia temeraria, conciencia de la sinrazón, intención equivalente al dolo). Y todo ello sin perjuicio de las excepciones que todas las legislaciones prevén para ciertas especies de procesos, o etapas, en que aún los países con criterio subjetivo de imposición, castigan objetivamente al perdidoso con los gastos causídicos.

Naturalmente, la utilidad de esta sanción depende en definitiva de la solvencia del obligado al pago, y resulta cuestionable su ubicación como resarcimiento, puesto que el único perjuicio que cubre sería el de los gastos y honorarios en que incurrió la contraparte de quien actuó abusivamente, cuando existen otros susceptibles de ser causalmente ligados al comportamiento lesivo.

En el régimen portugués, se le asigna clara naturaleza indemnizatoria, la imposición requiere la petición de la parte perjudicada por la conducta de mala fe, y puede consistir en el reembolso de los gastos y honorarios en que hubo de incurrirse, o acumularse a ese reembolso el de otros perjuicios derivados de la actuación de mala fe; entendiendo la jurisprudencia que la primera opción cabe en supuestos de culpa grave y la segunda si medió dolo, en solución que el informante nacional no comparte, por no atender a los fines persegui-

71 El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica recogió este sistema en su artículo 66, haciéndose eco de su común aplicación en Iberoamérica.

72 Este es el sistema uruguayo aplicable en principio (artículo 56 del Código General del Proceso). El régimen español presupone el vencimiento para la imposición de costas, pero admite también la condena al litigante temerario, en hipótesis excepcionales (Cf. González García, Jesús María; ob. cit., págs. 27-28). El sistema peruano admite el pago de costas duplicadas (Cf. Ramírez, Nelson; ob. cit., pág. 2).

dos por el litigante de mala fe, quien siempre debería indemnizar todos los daños, a su criterio. [73]

Resulta sí de interés destacar que en algunos sistemas, como en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, se prevé la posibilidad de condena solidaria al abogado o apoderado, no limitándose por tanto la sanción a la parte sustancial, extendiéndose al patrocinante técnico si de su actividad surge mérito manifiesto para ello.[74]

Por último, cabe indicar que si bien en principio este régimen sancionatorio se aplica a las partes, quedan alcanzados por el mismo los terceros que se constituyen en parte por su intervención en el litigio; y que en ocasiones los ordenamientos contienen soluciones particulares en materia de litisconsorcios.-

5.- Multas y Responsabilidad disciplinaria.-

Múltiples legislaciones prevén como la respuesta más común al comportamiento abusivo o malicioso, la imposición de multas.

Según el régimen concreto, la naturaleza jurídica de tales sanciones puede variar: en algunos casos, su producto está destinado al sujeto perjudicado por la inconducta procesal y se gradúa en función de los perjuicios que padeció como consecuencia del abuso o mala fe, con lo cual se advierte su naturaleza indemnizatoria; pero en otros sistemas, el beneficiario de la multa es el Estado, y entonces, el carácter oficioso y público de la pena acerca su naturaleza a la de sanción disciplinaria, tanto si es impuesta por el Juez actuante en el proceso en que tuvo lugar el comportamiento reprobable, como si se hace efectiva por los Colegios de Abogados o demás Instituciones encargadas de velar por la ética y corrección profesional.

También los sujetos pasivos (partes, abogados) varían, así como los criterios para la individualización cuantitativa.

En el régimen brasileño, la incursión en conductas de mala fe (previstas en el artículo17 del Código de Processo Civil, ya comentadas[75]) determina que el Juez, de oficio o a petición de parte, condene al litigante malicioso al pago de multa no excedente del 1% del valor de la causa, que en ciertos casos puede ser aumentada hasta el 10%; también se prevé la aplicabilidad de multas si la inconducta configura acto atentatorio del ejercicio de la jurisdicción; variando el beneficiario (Estado, contraparte perjudicada) según las situaciones.[76]

73 Cf. Ferreira da Silva, Carlos Manuel; ob. cit., págs. 4-5.
74 Artículo 70, cuya solución fue recogida por el art. 60 del Código General del Proceso de Uruguay.
75 Supra III, 3.
76 Cf. Calmon Filho, Petrônio; ob. cit., pág. 9-10.

El sistema portugués regula a título de multas, en realidad, el pago de costas y daños, según se analizó[77], liquidables en el mismo proceso en el cual se produjo la inconducta, en forma sumaria.[78]

En España, el art. 247.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé con carácter general que quien actúa conculcando las reglas de la buena fe, es pasible de multa entre 180 y 6000 euros y no más allá del tercio de la cuantía del litigio; graduable en proporción a las circunstancias del caso y perjuicios de la contraparte; que no tiene naturaleza resarcitoria, ya que beneficia al Estado. Los sujetos pasivos son las partes, los profesionales (a quienes se imputa la mala fe de la parte), terceros (como testigos y peritos que nieguen su colaboración).También se establecen multas específicas para comportamientos particulares, como no actuar con diligencia en el auxilio judicial (30 euros por día de atraso), temeridad en la impugnación de documentos (120 a 600 euros); etcétera. El régimen es sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria de los profesionales (abogados y procuradores) que se hace efectiva por los Colegios respectivos; y no comprende los casos de abuso de derecho, sancionados por el rechazo motivado. [79]

El sistema costarricense admite la imposición de multas a partes, terceros y abogados, por parte del Juez, así como la comunicación a la entidad colegial correspondiente para la eventual promoción de proceso disciplinario.[80]

La responsabilidad disciplinaria de abogados también puede hacerse efectiva en Chile, correspondiendo al Tribunal actuante o al Colegio respectivo en caso de existir afiliación.[81]

El Código General del Proceso uruguayo prevé la aplicación de conminaciones económicas o personales, en casos vinculados a la falta de colaboración de partes o terceros con la Justicia (inasistencia de testigos y peritos, retención de expedientes, obstáculos a la información o realización de diligencias probatorias) y también la aplicación de sanciones disciplinarias, por el Tribunal, a los abogados y procuradores, en supuestos de faltas que en algunos casos configuran comportamientos abusivos o de mala fe (v..g. falta del respeto debido a magistrados, profesionales y partes, de palabra o de obra, alegaciones falsas, deducción de recursos prohibidos).

Similar posibilidad de imponer multas y sanciones disciplinarias se contempla en los arts. 33 numerales 10 y 11, 177, 179 y 320 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

En cuanto al comportamiento inadecuado del Juez o sus auxiliares, la responsabilidad disciplinaria estará sujeta a las previsiones constitucionales y legales del Estatuto funcional, previéndose en diversos sistemas la posibilidad de aplicar sanciones por demoras injustificadas en proveer, omisión de los

77 Supra V, 4.
78 Cf. Ferreira da Silva, Carlos Manuel; ob. cit., págs. 6-7.
79 Cf. González García, Jesús María; ob. cit. págs. 21-26 y 30.
80 Cf. Artavia Barrantes, Sergio; ob. cit., pág. 2.
81 Cf. Díaz Uribe, Claudio; ob. cit., pág. 3.

deberes inherentes al cargo y demás figuras (aún con relevancia penal) que puedan motivar su responsabilización.-

6.- Responsabilidad civil.-

Desde larga data, la doctrina procesal y la legislación han resuelto afirmativamente la cuestión relativa a la posibilidad de que la conducta abusiva de las vías procesales o contraria a la mala fe, genere responsabilidad civil de quien la lleva a cabo, además de las sanciones procesales (costas y costos) y disciplinarias que pueda ameritar.

La contemplación de los perjuicios padecidos por los demás litigantes no es completa por la sola imposición de costas y costos, ya que éstos se apartan un poco de la naturaleza resarcitoria, por su carácter preceptivo e imposición aún sin petición de parte; y porque aún reparando los gastos y honorarios en que hubo de incurrir la contraparte del litigante malicioso o abusivo, no indemniza la totalidad de los daños eventualmente sufridos, se trataría de un rersarcimiento limitado; por lo cual el principio sustantivo de la reparación integral del daño favorece la posibilidad de que otros perjuicios directamente causados por el quehacer procesal reprobable sean también indemnizados.

Por ello, la doctrina procesal consideró ya hace tiempo superada la tesis negativa en punto a la posibilidad de que se reclame la reparación de esos otros perjuicios, tanto en base a textos expresos que la proclaman, como en ausencia de ellos, por aplicación de los principios generales en materia de responsabilidad, fundamentalmente, el relativo al abuso de derecho[82]; y también por emanación de la regla obtenida por inducción de los casos particulares en que las legislaciones iberoamericanas preveían la posibilidad de reclamar (v.g. por embargos trabados a sabiendas de su improcedencia, por la caducidad de cautelas previas al no promoverse tempestivamente el proceso principal al que accederían; etcétera).

Múltiples legislaciones procesales del área prevén para ciertos casos concretos la posibilidad de reclamar indemnización y varias establecen su procedencia con carácter general.

La principal problemática que se plantea, tanto de orden sustantivo como procesal, dice relación con las siguientes cuestiones atinentes al reclamo y configuración de esa responsabilidad:

a.- Vías para hacer efectiva la responsabilidad civil.

¿Necesariamente ha de promoverse en el mismo proceso en que tuvo lugar la actuación abusiva o de mala fe o puede intentarse en proceso posterior?

La conexión con el proceso en que se produce el daño justifica la inserción de la pretensión en el mismo, por ejemplo por vía reconvencional o incidental. Pero esa subsunción puede implicar exceso de simplificación en la alegación,

82 Cf. Véscovi, Enrique: *"La responsabilidad derivada..."* cit., págs. 558-559.

instrucción y decisión del objeto, porque por ejemplo, puede no disponerse de adecuada oportunidad para alegar y probar todos los daños, éstos pueden no haberse consolidado aún, incluso pueden ser conocidos o evaluados recién luego de culminado el proceso que los provocó (como sucede en supuestos de reclamos promovidos por terceros por procesos colusivos de las partes, o en que mediara dolo o fraude del Tribunal).

Por ende, la solución más aconsejable es la que permite con amplitud ambas formas de reclamación: la que se inserta en el proceso en el cual tiene lugar la conducta generadora de responsabilidad, y la que da mérito a un proceso posterior. Esa es la opción que adopta el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica en su artículo 71; seguido por el artículo 61 del Código General del Proceso de Uruguay. [83]

b.- Viabilidad o no del reclamo de indemnización en ausencia de condena en costas y costos.

Es éste quizá uno de los problemas más árduos que plantea la indemnización de daños causados por abuso de derecho o actuación maliciosa.

Cuando existe condena en costas y costos, ello obedece a que el condenado fue vencido y/u actuó con inconducta procesal, de manera que reclamar contra él la indemnización de los perjuicios que su accionar procesal provocó resulta plenamente congruente con esa condena.

Pero cuando no se impuso el pago de costas ni costos, por ejemplo porque quien alegadamente desarrolló la conducta abusiva o maliciosa no fue vencido en el pleito, o porque la sentencia del mismo no consideró que su conducta ameritare tal reproche, la promoción de una pretensión afincada en el carácter abusivo o de mala fe del comportamiento, parecería colidir con lo que fue objeto de cosa juzgada, tornando cuestionable la viabilidad de amparo de tal pretensión, que podría implicar el dictado de una sentencia contradictoria, atentatoria de los principios y valores ínsitos en el instituto de la cosa juzgada.

En los casos en que la condena en costas y costos responde al criterio objetivo de la sucumbencia, desde el punto de vista sustantivo puede resultar árduo acreditar abuso de derecho o mala fe de quien resulta vencedor, salvo quizá en los supuestos excepcionales en que la victoria haya sido obtenida mediante maniobra fraudulenta o dolosa, con o sin connivencia del tribunal. En éste último caso, la indemnización será viable en tanto se alcance previa o simultáneamente la remoción de la cosa juzgada írrita, porque el descubrimiento de la situación fraudulenta constituirá a la vez el fundamento para declarar nulo lo resuelto y considerar acreditado el factor de atribución de la responsabilidad por los daños generados.

83 El régimen argentino prevé también la liquidación en vía incidental o principal de los daños causados por medidas cautelares indebidas (Cf. De los Santos, Mabel; ob. cit., pág. 6).

Pero en los supuestos en que hubo victoria sin obtenerse cosa juzgada fraudulenta o dolosa, el triunfo de quien se invoca actuó con abuso o mala fe parece contradecir sustantivamente la posibilidad de que efectivamente haya habido tal abuso o violación de la buena fe, en tanto su derecho fue reconocido por cosa juzgada, que sería contradicha si en el proceso reparatorio se le atribuyera en definitiva accionar ilícito (por abusivo o malicioso) como factor de atribución de la responsabilidad.

Más grave resulta aún la posibilidad de colisión entre los dos pronunciamientos, cuando en el ordenamiento jurídico la condena en costas y costos depende de la conducta procesal, porque su inexistencia presupone que no hubo comportamiento indebido, y la de una condena reparatoria partiría del supuesto exactamente contrario, vulnerando la cosa concretamente juzgada.

Por ello, parece apropiada la solución del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, que prevé que: "Cuando la mala fe o la temeridad resulten plenamente acreditadas, la parte podrá ser condenada además, a los daños y perjuicios, sea en el mismo proceso o en otro posterior. . ."; expresión que claramente contingenta la viabilidad de la indemnización general a la coherente declaración de temeridad o mala fe (y consecuente condena en costas y costos), reafirmada por el empleo de la fórmula acumulativa derivada del vocablo "además" y de la inserción de la norma en el capítulo relativo a las condenaciones procesales.[84]

Naturalmente, siempre queda a salvo la posibilidad de reparación, aún contra la inexistente condena en costas y costos, si se hace caer la cosa juzgada anterior, como en los ya comentados supuestos de proceso simulado, fraudulento o doloso revisado a posteriori.

c.- Sujetos legitimados.-

Los legitimados activos en el proceso reparatorio serán los litigantes o terceros que hayan padecido perjuicios con nexo causal directo con el comportamiento abusivo o de mala fe. La hipótesis más frecuente es la de la contraparte que sufrió el abuso, pero si la inconducta es bilateral, en ciertos casos la eficacia refleja de los procesos puede afectar a terceros aún no litigantes, como en supuestos de procesos colusivos, simulados o fraudulentos.

También podrían ser ambas partes las reclamantes, cuando el comportamiento indebido que genera la responsabilidad proviene del Tribunal o sus auxiliares.

Los legitimados pasivos serán los litigantes temerarios o abusivos, infractores de los deberes de probidad y buena fe; el Estado por el quehacer de

84 El texto parcialmente transcripto es también el contenido en el art. 61 del Código General del Proceso. La doctrina ha señalado la necesariedad de la condena en costas y costos para la procedencia de la indemnización (Cf. Véscovi, Enrique et alter, "Código General del Proceso – Comentado ..." cit., Tomo 2, págs. 259-261; Ed. Abaco, Montevideo, julio de 1993. También la Suprema Corte de Justicia de Uruguay ha postulado tal criterio (Cf. sentencia Nº 271/2002, pub. en La Justicia Uruguaya, Tomo 127, año 2003, caso 14.585).

sus funcionarios; y excepcionalmente los terceros que causaren daños a los litigantes (por ejemplo: el perito infiel, el tercerista que dilató una ejecución, etcétera).

Muchas legislaciones prevén la responsabilidad de los profesionales que asistieron al litigante abusivo o malicioso, en ocasiones en forma solidaria [85] y en otras subsidiaria [86]; planteándose la cuestión de la posible escisión entre la responsabilidad atribuíble a la parte y la asignable al profesional; que en general tiende a unificarse, porque, por un lado, no puede dudarse que en definitiva, toda opción técnica procesal y la estrategia de actividad en un determinado proceso, resulta de resorte primordial del profesional, pero imputable a la parte, que es por quien aquél actúa, siendo entonces ambos responsables (por hecho propio y/u ajeno)[87]; y por otro lado, salvo prueba fehaciente de engaño del cliente a su patrocinante, la mala fe o abuso del patrocinado se trasmite a su asistente técnico, instrumento de la voluntad del primero, lo cual vuelve a viabilizar responsabilizar a ambos frente al damnificado.

No obstante, en el orden interno de la relación – generalmente contractual - que ligue al Abogado y la parte sustancial por él patrocinada, puede llegar a configurarse alguna hipótesis de repetición en base a los principios generales (por ejemplo: el cliente considera que el profesional incumplió el arrendamiento de obra o servicios por haber empleado sin su instrucción ni conocimiento mecanismos abusivos o de mala fe en el proceso; y solicita se le reembolse lo que hubo de indemnizar al perjudicado por dicha actuación).

d.- Factor de atribución de la responsabilidad.-

Tradicionalmente, el tema de la naturaleza jurídica y factor de atribución de la responsabilidad por abuso de las vías procesales se ha resuelto por la doctrina y la jurisprudencia dentro de la órbita de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, por violación del deber genérico de no dañar a otros (alterum non laedere), y particularmente, como especie de la responsabilidad por abuso de derecho desarrollada por los civilistas; exigiéndose un factor subjetivo y calificado de atribución, afincado en el dolo, intención de perjudicar (animus nocendi) o al menos culpa grave; al centralizarse la noción de abuso en el empleo de medios formalmente lícitos para la consecución de fines ilícitos, lo cual requiere de una intención o voluntad dirigida a ese objetivo desviado.

85 Solución del articulo 71 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y del art. 61 del Código General del Proceso de Uruguay.

86 Por ejemplo, en el artículo 459 del Código de Processo Civil portugués; Cf. Ferreira da Silva, Carlos Manuel; ob. cit. págs. 8-9.

87 En sentido similar y destacando la responsabilidad del profesional: Tavolari Oliveros, Raúl, *"Abusos en el proceso"*; Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año I, Nº 1, ed. del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Argentina, 2002, págs. 107-108. En contra: Peyrano, Jorge Walter; ob. cit., pág 77.

Esa postura, inspirada en la doctrina de Mazeaud y jurisprudencia de casación francesa, es seguida por varios procesalistas iberoamericanos [88], e impera en muchos países de la región, según los informes nacionales.[89]

Pero más modernamente, la doctrina sustantivista ha cuestionado esos postulados, calificando la responsabilidad como contractual (por su origen en violación de obligaciones o deberes específicos legalmente consagrados, no considerándola mera transgresión del deber genérico de no dañar; y porque entre litigantes, la previa existencia de la relación jurídico-procesal no parece adecuarse a la noción de "terceros" damnificados por el responsable en la responsabilidad aquiliana); y ubicando el factor de atribución no solamente en la noción de abuso de derecho, sino principalmente, en la violación del deber de probidad y del principio de la buena fe[90] de consagración normativa (y por consiguiente, obligatoria) en las Constituciones y leyes procesales de la región. Este cambio de óptica reviste importancia en punto al factor de atribución, porque ya no radicaría exclusivamente en el dolo o culpa grave, sino que podría ubicarse también en la culpa simple,[91] pues también es valor entendido en la doctrina civilista que la culpa (sin necesidad de calificación) entendida como violación normativa, ligereza, imprudencia, negligencia o impericia, excluye la buena fe, en tanto no puede existir buena fe subjetiva, como tutela de la legítima creencia errónea, cuando ésta se origina en culpa del propio creyente, que implica apartamiento del modelo conductual querido por el legislador (o sea, de la buena fe objetiva). [92]

También varios procesalistas adhieren a esta concepción más amplia [93], de la cual participo, pues la recepción normativa del principio de buena fe y leal-

88 Por ejemplo: Véscovi, Enrique, *"La responsabilidad derivada ..."* cit., págs. 565/567; Gelsi Bidart, Adolfo: *"Abuso del proceso"* en Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 3/1981, Ed. F.C.U., Montevideo, febrero de 1982, pág. 210; Landoni Sosa, Angel: *"El abuso de los derechos procesales"*, pub. en *"Abuso de los derechos procesales"*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000, págs. 142-144.; Peyrano, Jorge Walter, ob. cit., pág. 74.

89 Cf. para Argentina: De los Santos, Mabel, ob. cit.; págs. 7-10; para Chile: Díaz Uribe, Claudio, ob. cit., pág. 3; para España: González García, Jesús María, ob. cit., págs. 32-34; para Perú: Ramírez, Nelson, ob. cit., pág. 4; para Portugal: Ferreira da Silva, Carlos Manuel, ob. cit., pág. 4. Esta opinión ha sido mayoritaria en la jurisprudencia uruguaya, sobre todo la relativa a abuso de derecho al formular denuncias penales (v.g. Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Nº 3/1989, c. 347 a 349, pág. 364, Ed. F.C.U., Montevideo, marzo de 1990), hipótesis que puede diferir de otras actividades más tipicamente procesales, donde igualmente la tesis dominante es la clásica (v.g. Suprema Corte de Justicia en mayoría en La Justicia Uruguaya, Tomo 127, año 2003, c. 14.585 y sentencias inéditas números 252/2003 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno, 104/1997, 32, 48 y 74/1999 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno).

90 En Uruguay, quien primeramente planteó en tales términos la cuestión fue De Cores, Carlos, en: *"Responsabilidad civil por uso indebido de las vías procesales"*, pub. en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo VIII, Ed. F.C.U., Montevideo, págs. 233-238; a quien siguió Van Rompaey, Leslie en ob. cit., págs. 382-383.

91 Cf. De Cores, Carlos; ob. cit., págs. 238/239.

92 Cf. Gamarra, Jorge; *"Tratado de Derecho Civil Uruguayo"*, Ed. Montevideo, 1980, Tomo XVIII, págs. 255-256.

93 Por ejemplo: Oteiza, Eduardo, ob. cit., págs. 21-22; Parra Quijano, Jairo, ob. cit., págs. 89 y 91; Greif, Jaime: *"El abuso del derecho y la responsabilidad civil emergente en el Derecho Uruguayo"*, pub. en *"Abuso de los derechos procesales"*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000, págs. 168-170.

tad procesal determina que las violaciones a esa regla, imputables a acciones u omisiones voluntarias de los sujetos procesales, se originan en definitiva tanto en intenciones dolosas como en conductas atraídas por alguna de las conocidas especies de culpa, sin que resulte necesario acudir a la calificación por el animus nocendi o por la gravedad del quebrantamiento normativo, para ubicar la ilicitud y el incumplimiento de deberes específicos constitucional o legalmente consagrados, como factor de atribución de la responsabilidad consecuentemente generada.

Quien promueve un proceso o se defiende en él, quien realiza cualquier actividad procesal, tiene el deber jurídico de ajustar su conducta al modelo legal de buena fe, y si no lo hace y causa daños, aún sin intención ni dolo, pero con apartamiento de los preceptos normativos, con ligereza de obrar, imprudencia, desatención, negligencia o impericia, incurre en mala fe y violación de preceptos jurídicos, habilitándose entonces responsabilizarle, no quedando excluída la obligación reparatoria porque su quehacer no pueda ser calificado como abuso de derecho en sentido estricto.

Por lo demás, aún desde la óptica del abuso de derecho, la doctrina sustantivista también cuestiona que se ubique la figura en el ámbito de los elementos subjetivos (dolo y culpa) como en la tesis francesa clásica de Mazeaud (ya contestada por Josserand), pues la desviación del fin (ilicitud en el objetivo) que lo caracteriza torna más viable comprender el fenómeno desde el ámbito objetivo de la ilicitud: el ejercicio de los institutos procesales es abusivo no por el dolo o culpa del que proviene, sino por ilicitud de la finalidad con que se lo emprende y este es el fundamento (objetivo) de la responsabilidad.[94]

La postura tradicional se inspira en parte en el objetivo de no propiciar limitaciones al acceso a la Justicia ni de los medios de defensa [95]; finalidad plenamente compartible que no necesariamente se ve afectada por los postulados de la opinión más moderna, ya que exigir comportamiento acorde a normativa que impone deberes específicos excluyentes de todo abuso o mala fe en la utilización de vías o instrumentos procesales, a la hora de juzgar casos de responsabilidad por esa conducta, no hace sino reiterar las exigencias ya contenidas en el mismo ordenamiento que asegura aquel acceso.

Si desde el Derecho Romano se combaten las prácticas abusivas, y en el siglo XX, el pleno auge del principio de probidad o moralidad y su inserción en los ordenamientos jurídicos iberoamericanos obedeció en gran parte a la persistencia y proliferaciones de abusos, "chicanas", conductas desaprensivas, frívolas, apartadas de las pautas de buena fe y lealtad que vertebran las modernas legislaciones procesales y que proclaman unánimemente doctrina y jurisprudencia; en el siglo XXI cabe preguntarse hasta qué punto la postura

94 Cf. Gamarra, Jorge, *"Tratado ..."* cit., tomo XIX, págs. 211, 212, 215 a 217, Ed. Montevideo, diciembre de 1981; aunque igualmente, para este autor, toda desviación del fin evidencia intención o dolo y no es concebible la forma culposa del ejercicio del derecho con función antinatural (ob. y T. cit., págs. 217/218).

95 Un ejemplo de esa subyacente motivación puede ubicarse en el pensamiento de Ramos Méndez, Francisco, en ob. cit., págs. 5-6.

tradicional citada ha sido eficaz en la protección de tales principios, si no ha permitido que bajo su manto se escuden los comportamientos que atentan contra los mismos; y si no es hora de abandonar algunos de sus postulados por los de otra que habilite una mejor defensa de valores jurídicos tan relevantes, y facilite la tutela efectiva de los derechos de todos los litigantes o tribunales, incluídos aquellos que no incurren en prácticas abusivas ni maliciosas, exigiendo simplemente a quien accede a los instrumentos procesales el ejercicio responsable de sus derechos, lo cual no significa crear obstáculos ni trabas a la libre determinación de la conducta a seguir en todo proceso.

Cabe destacar que la solución del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (artículo 71) seguida por la del Código General del Proceso de Uruguay, permite sostener cualquiera de las dos tesis someramente comentadas, ya que al aludir tanto a "mala fe" como a "temeridad"; resulta compatible con cualquiera de esas opiniones sobre el factor de atribución de la responsabilidad que habilita a reclamar.-

e.- Relevancia causal del comportamiento de la víctima.-

Otro aspecto de interés particular que puede plantear la responsabilidad civil por ejercicio abusivo o de mala fe de las vías o institutos procesales, dice relación con la incidencia que puede tener en el análisis de la causalidad del daño, el comportamiento defensivo o impugnativo que haya podido tener la víctima. En efecto, no parece ser igual la situación cuando el abuso o mala fe cometidos por un litigante han sido tolerados pasivamente por su contraparte, si ésta disponía de alguna oportunidad procesal impugnativa o de resistencia, que cuando ésta ha empleado las vías impugnativas o defensivas para cuestionarlo o erradicarlo, porque en el primer caso, el tácito consentimiento a las actuaciones, sin ejercitarse las oportunidades de contradicción que hubieran estado expeditas, puede llevar a considerar interrumpido el nexo causal entre el daño alegado y el comportamiento del responsable, por su vinculación con la propia conducta de la víctima.[96]

7.- Responsabilidad penal.-

En ocasiones, la gravedad de los comportamientos configurativos de abuso de derechos procesales o actuación procesal de mala fe, alcanza para tipificar figuras criminalmente castigadas, como por ejemplo, el fraude o estafa procesal, la omisión del concurso de los encargados judiciales (peritos, testigos), desacatos, ilícitos en que pueden incurrir jueces o funcionarios públicos

96 Se analizan esta clase de cuestiones, por ejemplo, en proceso reparatorio por supuesto abuso por cobro excesivo en previa ejecución judicial en la que la reclamante no se había defendido (sentencia inédita nº 62/2004 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno); o por la pasividad de terceristas ante embargos que los gravaban (sentencias inéditas Nos. 138/1996 y 199/2000 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno).

o profesionales del Derecho, y una multiplicidad de otros reatos que puedan describirse en cada régimen penal positivo.

Cualquiera de los sujetos procesales que incurra en abuso o mala fe, puede llegar entonces a ser sometido también a esta especie de responsabilidad; inclusive ambas partes a la vez en las hipótesis de revisión de procesos simulados, fraudulentos o colusivos, perjudiciales para terceros y para la administración de Justicia.-

VI.- REFLEXIONES FINALES.-

Las limitaciones y el propósito naturalmente impuestos a toda ponencia o relato general impiden la formulación de conclusiones debidamente elaboradas y fundamentadas, acerca de la temática tratada.

Ello no obstante, a guisa de breves reflexiones finales y preámbulo de discusión, se estima del caso indicar que:

1.- Resulta notorio en Iberoamérica el interés que para la legislación, doctrina y jurisprudencia procesal suscita el tema del abuso de las vías o institutos procesales, en razón de su profuso tratamiento, y de la realidad forense, que evidencia la existencia de múltiples casos, y de numerosas técnicas para prevenir su ocurrencia y sancionar a los responsables.-

2.- Mientras el enfoque de la temática en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica parece razonablemente adecuado a los actuales avances del procesalismo en la región, así como también algunas de las soluciones locales, los resultados prácticos de la aplicación de las distintas normativas nacionales (no siempre calificadas como suficientes ni sistemáticas) no cuentan con el beneplácito de los especialistas, quienes destacan la parcial falta de efectividad del sistema y consecuente perjuicio de la confianza en el mismo, y la sensación de derrota o victoria pírrica que en ocasiones padecen los jueces, abogados y justiciables ante comportamientos abusivos o de mala fe desarrollados por sus pares.-

3.- Ha llegado el tiempo de abandonar el paralelismo de falsa oposición entre una tendencia - injustamente considerada como autoritaria - a aumentar los poderes jurisdiccionales preventivos y represivos del abuso de las vías procesales, generalmente asociada a una mejor realización a través de procesos por audiencias; y otra tuitiva de la protección de las garantías del acceso a la Justicia y de la defensa en juicio, que en realidad no resulta excluída por la primera; pues como enseña Luigi Paolo Comoglio, "la moralización del proceso, ... cons-

tituye, hoy más que nunca, el eje esencial del fair play o, si se prefiere, del proceso equo e giusto"[97] ya que "el control, bajo el perfil ético y deontológico, de los comportamientos de los sujetos procesales en el ejercicio de sus poderes, ingresa en el área de inderogabilidad del llamado orden público procesal..."[98]

4.- Es hora de adoptar políticas normativas y de actuación en procesos que alcancen una mayor tutela efectiva de los derechos de los justiciables de la región, puesto que en definitiva, la concepción actualmente imperante acerca del debido proceso o proceso justo, incluye el desarrollo de éste de conformidad con sus fines lícitos naturales, según pautas de buena fe de todos los intervinientes, en un ámbito de cooperación leal y efectiva entre ellos, que veda toda posible idea de abuso de las vías o institutos procesales o de proceder de mala fe. Según Eduardo J. Couture, "lo que el proceso requiere no es solamente la verdad formal; requiere la lealtad, el juego limpio y no el subterfugio. El proceso no es una red para que el adversario caiga en ella, ni una emboscada para sustraer del debate la natural exposición de los hechos y el Derecho". [99] Entonces, en expresiones de Roberto Berizonce,"...los hombres de justicia – jueces, doctrinarios y también abogados ... se han convertido en buena medida en activistas de una causa que es intemporal y ecuménica, ya que persigue el perfeccionamiento y progreso de las instituciones mediante la justicia en concreto" [100]. Corresponde promover y apoyar toda realización práctica de procesos sin abusos y plenamente regidos por la buena fe, pues como señala José Carlos Barbosa Moreira, "en la mayoría de nuestros países, una distancia inmensa separa lo que hacemos en el proceso de lo que sabemos que se debería hacer en él". [101] El Derecho Procesal se negaría a sí mismo, y sus cultores no lo defenderían realmente, si se tolerase la desnaturalización de su esencial vocación instrumental al servicio de los derechos sustantivos, por no implementarse con eficacia mecanismos combativos del ejercicio corrupto de las instituciones procesales.-

97 Cf. Comoglio, Luigi Paolo: *"Garantías mínimas del proceso justo civil en los ordenamientos hispanolatinoamericanos"*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año I Nº 2, ed. del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2002, pág. 227.

98 Ídem, pág. 228. La misma falta de contradicción entre el principio de lealtad procesal y cualquier principio o garantía procesal constitucional se destaca por Pellegrini Grinover, Ada; Dinamarco, Cándido y De Araújo Cintra, Antonio Carlos en *"Teoria general del proceso"*, Ed. Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 1991, pág. 70.

99 Cf. Couture, Eduardo, J.: *"Estudios de Derecho Procesal Civil"*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998, Tomo 3, pág. 253.

100 Cf. Berizonce, Roberto: *"Recientes tendencias en la posición del Juez"*, en: *"El Juez y la magistratura"*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, julio de 1999, pág. 58.

101 Cf. Barbosa Moreira, Jose Carlos: *"La igualdad de las partes en el proceso civil"*, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 2/1987, Ed. F.C.U., Montevideo, 1987, pág. 122.

Eficiente implementación del procedimiento monitorio en Iberoamérica

José Bonet Navarro[1]

I. INTRODUCCIÓN

Los procesos civiles de Uruguay o Brasil representan buenos ejemplos de que el procedimiento monitorio no es novedad en Iberoamérica. Sin embargo, sea por influencia del Código modelo como por la experiencia del procedimiento monitorio en Europa reflejada a través de la exitosa implementación en España, se constata una marcada tendencia a la introducción del procedimiento monitorio en las reformas procesales civiles que se avecinan.

En este contexto, conviene identificar y destacar aquellos aspectos que han de tenerse presente a la hora de introducir, o en su caso reformar, el procedimiento monitorio. Para ello será necesario entender el significado y utilidad de este procedimiento como instrumento de mejora significativa en comparación con los instrumentos preexistentes.

Por lo que se refiere a la cobranza de deudas, las principales carencias del juicio ejecutivo, junto a políticas adecuadas de carácter orgánico o de dotación de medios personales o materiales, pueden ser superadas por una regulación adecuada del procedimiento monitorio. Por supuesto, siempre que el legislador, en su relativa libertad de configuración, así lo permita.

Introducir el procedimiento monitorio, con todo, exige no desconocer los presupuestos necesarios para que tal acontecimiento se produzca, principalmente el requerimiento judicial previa petición de parte para que el requerido cumpla, dé razones o, de lo contrario, se someta a las graves consecuencias que deriva. Si no se consideran estos presupuestos, lo que se estaría haciendo es introducir técnicas ajenas a la monitoria, sin que ello suponga por sí mismo un desmerecimiento puesto que, no obstante las dificultades para imaginarlas, no cabe excluir otros desarrollos eficientes.

Con todo, la mera introducción de la técnica monitoria puede resultar insuficiente cuando no frustrante si no viene acompañada de unas notas o características que permitan su eficiente implementación. Entre otras menores,

1 Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València (España) jose.bonet@uv.es

éstos son en mi opinión la naturaleza jurisdiccional y declarativa, el efecto de cosa juzgada y, sobre todo, la vinculación objetiva con el juicio para ventilar la oposición.

II. PRINCIPAL PROBLEMÁTICA DE LA TRADICIONAL TUTELA JUDICIAL DEL CRÉDITO

Con independencia de la problemática propia de los procedimientos ordinarios, así como aspectos concretos de la regulación específica en los distintos ordenamientos, la tradicional tutela judicial del crédito presenta en general algunos inconvenientes que el procedimiento monitorio en principio es capaz de superar.

La tutela especial ejecutiva se encuentra materialmente acotada a unas pretensiones determinadas. La tradición histórica y concretas necesidades, fundamentalmente financieras, han venido configurando un listado taxativo de créditos que, cumplidos unos rigurosos requisitos formales, eran aptos para abrir el juicio ejecutivo. El artículo 1429 de la LEC 1881[2], reproducido con alguna excepción en el vigente artículo 517 LEC española es buen ejemplo. Lo bien cierto es que solamente unos muy determinados y concretos créditos quedan amparados por el la tutela específica y cualificada del crédito a través del juicio ejecutivo.

De otro lado, como sea que a dichos créditos se les viene a otorgar una tutela similar, aunque no idéntica, a la de una sentencia de condena, como contrapartida el crédito ha de venir revestido de unos requisitos formales sin los cuales no es posible abrir el llamado "juicio ejecutivo"[3]. El control judicial a la hora de despachar ejecución ha de ser absolutamente riguroso con el cumplimiento de estos requisitos formales puesto que, de no concurrir, no se constituye título de ejecución ni se abren posibilidades de su despacho.

Lo cierto es que, sin perjuicio del carácter restrictivo con que viene admitiéndose el juicio ejecutivo, la gran mayoría del crédito queda de ese modo huérfano de un tratamiento procesal específico. No en vano las reclamaciones de cantidad sustanciadas a través de los distintos procedimientos comunes representan, con mucho, las pretensiones más habituales en los tribunales en cuyo ordenamiento jurídico no se cuenta todavía con el procedimiento monitorio.

2 Y por si el listado no es ya en sí mismo suficientemente expresivo, nos expresaba el artículo 1429 LEC 1881 que "sólo tendrán aparejada ejecución los títulos siguientes…" Lo que se corresponde casi exactamente con el 517.2 LEC cuando repite que "sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos…"

3 El tenor del artículo 551 LEC vigente es significativo en este sentido cuando dispone que "presentada la demanda ejecutiva, el tribunal despachará en todo caso la ejecución siempre que concurran los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título".

A la ausencia de un procedimiento específico para la generalidad del crédito ha de sumarse una circunstancia de tremenda repercusión práctica como es el elevado costo de la justicia. Sin duda los gastos que repercuten para las partes "usuarias" de la administración de justicia pueden derivar de numerosos aspectos. Junto a eventuales tasas judiciales, pérdidas de tiempo y de horas de trabajo, desplazamientos, honorarios de peritos y otros profesionales, las partidas más importantes que repercuten en la economía de las partes sin duda se originan a partir de la regulación de la necesaria postulación en los procedimientos comunes. Sin perjuicio de que esta necesidad de postulación pueda recibir excepciones puntuales, sobre todo para importes menores, lo bien cierto es que el tratamiento de las reclamaciones de cantidad no difiere sustancialmente respecto de cualquier otra pretensión. Si a ello añadimos las dificultades técnicas que implica una tramitación procedimental desde su inicio hasta, sobre todo, su completa ejecución, que hacen en cualquier caso más que conveniente la asistencia técnica del abogado, lo bien cierto es que la propia necesidad de un proceso común, unido a otros muchos inconvenientes y molestias, dificulta que el acreedor pueda tener, desde una perspectiva estrictamente económica, un verdadero interés en exigir judicialmente la efectividad de su crédito.

Y el panorama no mejora mediante las vías alternativas. Salvo que se trate de una solución autocompositiva sin intervención de terceros que adquieran derechos por su intervención, las soluciones "autocompositivas forzosas" como sistemas de mediación preceptivos, o heterocompositivas privadas como el arbitraje, desde luego resultan todavía más costosas, entre otras cosas, por los necesarios gastos de protocolización, notificación y, sobre todo, por los honorarios de los propios mediadores o árbitros.

Incluso en los limitados casos en que sea posible abrir el juicio ejecutivo, éste sigue presentando algunas deficiencias procedimentales. Principalmente, la pérdida de tiempo y de esfuerzos que implica la tramitación de unos actos para la oposición cuando se ha constatado estadísticamente que los supuestos de juicios ejecutivos sin oposición representan alrededor del 90% de los supuestos. De otro lado, en los limitados supuestos en que se formula esta oposición, ésta se sustancia mediante un procedimiento sumario, limitativo de las posibilidades de discusión a favor del deudor y generador de eventuales procesos ordinarios ulteriores para discutir sobre la procedencia del crédito, en contra de la seguridad jurídica y de la resolución del conflicto en periodos de tiempo razonables.

Como a continuación se indicará, la mayor parte de esta problemática puede ser superada con la introducción de una conveniente regulación del procedimiento monitorio.

III. ESCASO ENTENDIMIENTO DE LA TÉCNICA MONITORIA COMO INSTRUMENTO PARA LA MEJORA DE LA TUTELA JUDICIAL DEL CRÉDITO

Uno de los peligros más importantes para la eficiente implementación del procedimiento monitorio deriva de la visualización incompleta de la tutela que dispensa la técnica monitoria.

La llamada técnica monitoria se caracteriza principalmente por la concurrencia de un acto necesario: el requerimiento judicial tras la petición de parte, y por la concurrencia de tres eventualidades en función de la actitud que adopte el requerido: finalización si hay cumplimiento, sustanciación de la oposición en caso de haberla o apertura de la ejecución en caso contrario.

La complejidad que deriva de estas eventualidades así como, una visualización incompleta de esta técnica, provocan algún desconcierto en cuanto a la naturaleza jurídica que corresponde a este procedimiento monitorio. Si solamente se contempla el núcleo del procedimiento monitorio, el requerimiento, y a ello se añaden algunos aspectos como la omisión del calificativo de demanda a la "petición de inicio" o la ausencia de la determinación de un título ejecutivo concreto, puede llegarse a la conclusión de que ni siquiera le corresponde la condición de proceso. Se trataría de ese modo de un mero expediente de jurisdicción voluntaria, cuya atribución ni siquiera tendría que corresponder necesariamente a la jurisdicción, o, en el mejor de los casos, consistiría en una mera sucesión de actos preparatorios de la ejecución posterior.

Por el contrario, una visualización completa de la técnica monitoria constituida por el núcleo necesario (petición y requerimiento con apercibimiento para cumplimiento), así como por las eventualidades que derivan de la actitud del requerido (cumplimiento-fin, oposición-sustanciación en vía ordinaria, actitud pasiva-ejecución), excluyen la consideración del monitorio como un simple expediente de jurisdicción voluntaria o como una mera sucesión de actos preparatorios de la ejecución. Incluso permiten excluir, sin perjuicio de que pueda integrarse igualmente por algunos actos semejantes a la ejecución (el propio requerimiento para cumplir lo es), su naturaleza de procedimiento atípico o mixto. La tutela monitoria, entendida en toda su dimensión, permite calificar el proceso, por muy especial que sea, como un proceso, por tanto, necesariamente jurisdiccional y, además, de declaración.

Ciertamente el legislador, en su libertad de configuración, sin extraerse del ámbito esencial de esta técnica monitoria, tiene la opción de excluir esta naturaleza de proceso o, al menos, restándole aspectos propios del proceso de declaración. Ahora bien, la mejor forma de aprovechar todas las ventajas que ofrece la técnica monitoria pasa precisamente por, contemplando el "fenómeno" en su conjunto, dotar de naturaleza de verdadero proceso, por tanto judicial y jurisdiccional, así como de proceso netamente de declaración. Cualquier otra posibilidad, en incidencia variable, supondrá restarle eficacia.

Si se trata de mero acto preparatorio de la ejecución, y todavía más cualquier suerte de expediente de jurisdicción voluntaria, supondrá en definitiva trasladar la fase de oposición por parte del requerido que no formula oposición en ese momento al ámbito del proceso de ejecución, cuando no a momentos ulteriores. Todo ello en detrimento de la utilidad del monitorio debido a los graves inconvenientes que presentaría respecto de la eventual ampliación temporal del conflicto; la injustificada multiplicación de las posibilidades defensivas para el deudor, quien estará en condiciones de decidir en qué momento articula su oposición; así como en cuanto a los posibles efectos de la eventual *restitutio in integrum* que podría proceder.

Si se trata de un proceso de declaración, el conflicto terminará necesariamente en la fase del proceso monitorio, siempre que el requerido haya sido notificado en forma, sin posibilidades de trasladar el conflicto a otras fases, con resolución definitiva del conflicto y, además, en caso de que formule oposición, sin mera alguna de las posibilidades defensivas de las partes. De ese modo, sin merma en sus ventajas, se podrán aprovechar todas las posibilidades.

La técnica monitoria, con el juego de eventualidades que implica, se presenta con una estructura procedimental sin duda especial. Tan monitorio es el requerimiento de cumplimiento como la eventual fase de oposición que se genere por mucho que se sustancie por los trámites ordinarios. Se trata de alcanzar la máxima eficiencia y eficacia, y ello se logra a través precisamente del juego de las eventualidades. Solamente si es necesaria se abre la fase de oposición, como la de ejecución. En caso de que el requerido hace lo que estadísticamente ha venido haciendo tradicionalmente (adoptar una actitud pasiva) no se origina la eventualidad de la oposición, de modo que se permite, sin pérdida alguna de tiempo, a iniciar la fase de ejecución. La técnica monitoria implica, así, eventualidad, y de ese modo se permite alcanzar su máxima eficiencia: en caso de oposición, sin mera de garantías; en caso de pasividad, sin pérdidas de tiempo ni esfuerzos declarativos.

Pero este juego de eventualidades no debería impedir que, en un intento de ahorrar esfuerzos y trámites, se prive de una resolución, sea explícita o implícita, que esté dotada de eficacia de cosa juzgada y sea título de ejecución. Como tampoco debería hacernos perder el norte respecto de la necesaria vinculación del proceso ulterior de oposición con el objeto del proceso monitorio, por mucho que la oposición se sustancie a través de unos trámites formalmente todo lo autónomos que se quieran, pero materialmente vinculados con el monitorio.

Comprender la técnica monitoria con esta visión amplia que permite exprimir sus ventajas hasta las últimas posibilidades, servirá primero para no confundir con otras instituciones (sobre todo el procedimiento para el reconocimiento de créditos, tan tradicional como inservible) así como también para sincronizar debidamente las eventualidades que surgen de la actitud del deudor: la vinculación material del objeto del juicio ulterior de oposición con la

pretensión monitoria; y el proceso ulterior de ejecución con la demanda y el título de ejecución.

En definitiva, eliminado el lastre de una visualización incompleta de la técnica monitoria, adoptando una actitud positiva respecto de las posibilidades que ofrece para superar los inconvenientes del juicio ejecutivo, percatándose de los peligros que acechan a su eficacia, desprendidos del exceso de dogmatismo sin mucha utilidad, y en el difícil trance no ser excesivamente apegados a lo tradicional y prevenidos antes la novedad, estaremos en condiciones óptimas para implementar un procedimiento monitorio con aprovechamiento de todas sus posibilidades.

Todo ello sin perjuicio de todos los matices que pueden introducirse por el legislador en su libertad de configuración, fruto de la conveniencia que en cada ordenamiento jurídico pueda opinablemente concurrir, como serían ciertas limitaciones cualitativas (tipo de pretensiones, dinerarias o de otra índole, requisitos de la obligación…) o cuantitativas estableciendo posibles topes máximos (en mi opinión, innecesarios con carácter general).

IV. POSIBILIDADES DE MEJORA MEDIANTE LA CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA

Hablar en general de posibilidades de configuración legislativa implica recordar que los problemas de ineficiencia no son exclusivamente de carácter procedimental. De hecho, si los procedimientos tal y como están diseñados se tramitaran en los periodos por los que fueron concebidos, sin duda se harían innecesarias reformas de cierto calado. Otra cosa son "las trampas" que a veces esconden en forma, por ejemplo, de "excepciones dilatorias" que permiten abrir recovecos y vericuetos procedimentales que, en manos de un "buen" litigante, pueden hacer inoperante un procedimiento.

La rapidez en la tramitación procedimental depende muchas veces de aspectos extraprocesales como son, sobre todo, los medios materiales y humanos en los que se invierten los presupuestos públicos. El aprovechamiento de las nuevas tecnologías, con inversiones en establecimiento y mantenimiento, sin duda redundarían en la eficiencia. Así por ejemplo, la firma electrónica o las notificaciones *on line*, permitirían paliar, mediante una implementación correcta técnicamente y con salvaguarda de las garantías constitucionales, uno de los mayores problemas de generación de retrasos en los procedimientos: el del traslado de los escritos y notificación de resoluciones. De otro lado, bases de datos en manos de los jueces y de las partes, favorecerán sin duda a mejorar la calidad de las decisiones judiciales y la estrategia procesal, con conocimiento algo más profundo de los criterios judiciales.

Igualmente pueden redundar en la mejora del procedimiento "políticas" orgánicas y de personal. Decisiones adecuadas relativas a la especialización judicial, para tramitar específicamente determinados sectores materiales es-

pecialmente "lastrantes" o informados por la urgencia (temas concursales, asuntos de familia, medidas cautelares, reclamaciones de cantidad ínfimas, etc.) o una buena gestión de recursos humanos sobre el personal del juzgado sin duda favorecerá la eficiencia del procedimiento.

Ahora bien, con las anteriores puntualizaciones, también los procedimientos contribuyen significativamente en la eficiencia, al menos, excluyendo procedimientos o partes del mismo que permitan introducir ineficiencias al menos desde un punto de vista relativo. Y el procedimiento monitorio puede ser un buen ejemplo de procedimiento que supera con creces las ventajas de la tutela ejecutiva al tiempo que reduce sus inconvenientes.

El legislador cuenta con una técnica procesal de avance significativo respecto de la situación anterior. Con un instrumento que, bien regulado, amplía el espectro material objeto de tutela, cuanto menos, a la práctica totalidad de los créditos que cumplan ciertas cualidades de verosimilitud y eficacia inmediata; que permite reducir los costes en cuanto excluye con carácter general la necesidad legal (otra cosa sería la conveniencia técnica) de la postulación; que permite ampliar las garantías del deudor cuando formula oposición, al sustanciarse la misma por los trámites del procedimiento ordinario sin restricciones en los ámbitos de discusión; y que, a pesar de todo, permite eliminar todos los trámites que resulten innecesarios atendida la conducta que en concreto adopte el requerido en el procedimiento.

El legislador tiene, con los únicos límites del respeto a los derechos humanos y a las garantías establecidas en la Constitución o en los instrumentos internacionales ratificados, el poder de la configuración legislativa plena. Y mediante ese poder pleno podrá introducir la técnica monitoria en un ordenamiento. Para ello, obviamente, habrá de respetar los elementos esenciales de esta técnica puesto que, de lo contrario, lo que estaría haciendo sería introducir otra cosa. Por supuesto, bienvenida sea en caso de que permita mayor eficiencia para el demandante de tutela y aumente las garantías para el demandado.

La libertad de configuración legislativa, si de introducir la técnica monitoria se trata, se limita por el establecimiento de los elementos esenciales o mínimos de esta técnica, esto es, una fase de requerimiento judicial tras petición de parte, y unas consecuencias eventuales en atención a las posibilidades que adopte el deudor (pago-fin, oposición-sustanciación de la misma, ejecución-actitud pasiva). A partir de aquí, sin alterar la condición de procedimiento monitorio, podrán introducirse los aspectos o elementos que decida el legislador. Ahora bien, de estos elementos depende la futura viabilidad óptima del procedimiento. Ha de estarse muy atento por tanto a aquellos aspectos convenientes ya no solamente para una mayor eficiencia del procedimiento, sino incluso para que en su realidad no se vea abocado al más estrepitoso de los fracasos. En mi opinión, entre otros aspectos menores, estos aspectos no son otros más que la naturaleza jurisdiccional y declarativa del proceso monitorio, la eficacia de cosa juzgada de la resolución expresa o tácita que lo concluya

incluso cuando se abra la ejecución por pasividad del deudor, así como algo más sutil como la vinculación del objeto del escrito de oposición del requerido con el ulterior procedimiento ordinario para su sustanciación.

V. PARÁMETROS A CONSIDERAR

Ante de entrar en los aspectos necesarios y convenientes de la técnica monitoria para su eficiencia, conviene resaltar algunos aspectos que han de ser considerados.

1. Principios variables en las fases procedimentales que integran la llamada técnica monitoria

La propia característica del procedimiento monitorio constituido por una fase nuclear de requerimiento judicial con advertencia de las consecuencias de la actitud que adopte el requerido y la articulación de procedimientos eventuales en función de la misma: declaración ordinario o ejecución, imponen que la vigencia de los principios del proceso o del procedimiento se module en atención a la fase en la que nos encontremos.

A) Contradicción e igualdad

Si el procedimiento monitorio se constituyera única y exclusivamente por la fase de requerimiento de pago y el juicio ulterior de oposición fuera un proceso verdaderamente ajeno al monitorio, los principios de contradicción e igualdad quedarían seriamente en entredicho. Formulada la petición y requerido de pago, con la simple voluntad del deudor y sin la posibilidad de discutir por el peticionario, el monitorio quedaría excluido. El procedimiento estaría de ese modo exento de cualquier discusión. Sería una actividad mecánica en la que se requiere a petición del acreedor y se excluye cualquier consecuencia negativa del mismo requerimiento por la mera voluntad del requerido, sin otra cuestión ni exigencia de contenido. Siendo así, desde luego, no es necesaria actividad judicial ni, mucho menos, jurisdiccional. Claro que en ese panorama, el monitorio no solamente resultaría dudosamente constitucional sino que esa misma posible inconstitucionalidad quedaría salvada por el hecho de que el requerimiento sería a voluntad del requerido completamente inútil.

Por el contrario, entendida en toda su complejidad, y aunque sea mediante un procedimiento formalmente autónomo aunque materialmente vinculado, la contradicción e igualdad se manifiestan en toda su expresión. Justamente el juicio ulterior es el mecanismo para que opere plenamente la contradicción e igualdad. Si bien en la fase de requerimiento se parte de una inicial verosimilitud del derecho de prestación a favor del solicitante, una vez formulada oposición se abren, sin ningún género de limitación y por tanto con pleno

ejercicio de los derechos, con contradicción e igualdad, la fase de discusión, alegaciones y, en su caso, prueba, que permita tomar la decisión judicial.

La contradicción e igualdad se manifestarán de modo diverso en la fase de requerimiento o en la de oposición como característica propia de la técnica monitoria. Pero lejos de suponer una merma de garantías supone un refuerzo de las mismas con los mínimos periplos procedimentales. En definitiva, si el requerido no formula oposición habiendo sido debidamente notificado es porque debe, y así se le considera; y si la formula, el juez decidirá si debe ser condenado o no tras la debida contradicción en condiciones de plena igualdad.

B) Dispositivo

De nuevo el principio dispositivo queda en entredicho si no se comprende bien la operatividad del procedimiento monitorio. En el caso del derecho español, el artículo 816.1 LEC dispone que "si el deudor requerido no comparece ante el tribunal, este dictará auto en el que despachará ejecución por la cantidad adeudada"[4]. La ejecución por tanto se despacharía, así, de oficio, huérfana de una petición específica de la parte y, por tanto, sin regir el principio dispositivo, al menos en apariencia.

Ante tal atentado a las mejores "tradiciones" procesales en los ordenamientos jurídicos propios de los Estados respetuosos con la autonomía de la voluntad, algunos juzgados de primera instancia españoles no se les ocurrió mejor idea que erigirse en creadores de trámites procesales, y, en lugar de despachar ejecución dando debido cumplimiento al citado artículo 816.1 LEC, incluso cumpliendo en ocasiones decisiones de juntas de jueces, procedían ocasionalmente a dictar providencia con requerimiento al solicitante para que formule demanda ejecutiva.

A golpe de resolución de recursos de apelación frente a estos actos procesales creados jurisprudencialmente en sustitución del legislador, se ha ido abandonando esta práctica de modo que es nota común actualmente, sin perjuicio de puntuales excepciones todavía, el despachar directamente ejecución como ordena sin matizaciones el repetido art. 816.1 LEC.

Ahora bien ¿dónde queda en este caso el principio dispositivo en el procedimiento monitorio español? Al contrario de lo que opinan algunos, la petición de procedimiento monitorio representa no solamente una, sino dos demandas: la de que se inicie con todos sus trámites el procedimiento monitorio y, subsidiariamente, ante la eventualidad de que el requerido adopte una actitud pasiva, el proceso de ejecución. De ese modo, la propia configuración del monitorio, con sus eventualidades, diseña de forma especial el enlace pro-

4 En el mismo sentido, el artículo 825 LEC dispone que "cuando el deudor no interpusiere demanda de oposición en el plazo establecido, se despachará ejecución por las cantidades reclamadas y se trabará embargo…". También el artículo 34.3 LEC, por el que "si el poderdante no formulare oposición dentro del plazo establecido, se despachará ejecución…" Y lo mismo el artículo 35.1 LEC según el cual, "si el deudor de los honorarios no formulare oposición dentro del plazo establecido, se despachará ejecución…"

cedimental casi automático del proceso de declaración inicial y del proceso de ejecución posterior, pero sin que quede vulnerado el principio dispositivo puesto que en la petición de que se siga el monitorio incluye sin duda el trámite de despacho de ejecución inmediato.

Otro problema es el de la apertura del proceso formalmente autónomo pero materialmente vinculado al objeto del monitorio para ventilar la oposición del deudor. Al contrario de lo que ocurre con el artículo 825 párrafo primero LEC en relación con el juicio cambiario, el artículo 818 LEC de nuevo omite la denominación "demanda de oposición" y diversamente la califica asépticamente como "escrito de oposición". Ahora bien, al menos en los casos en que no se requiera al acreedor para que formule nueva demanda de juicio (como ocurre en el monitorio ordinario del derecho español en cuantías superiores a tres mil euros conforme al 818.2 LEC), si se trata de aperturar un proceso formalmente de oposición, el escrito de oposición ha de constituir la demanda de juicio ordinario que permite transformar el monitorio en el juicio ordinario por la cuantía. La apertura de este procedimiento verbal con base en los artículos 818.2 y 826 LEC con objeto de sustanciar la oposición se habrá producido por la voluntad del deudor como manifestación del principio dispositivo. De nuevo se ha de señalar que se compadecen con el principio dispositivo tanto la autonomía completa del proceso ulterior para ventilar la oposición como la no consideración de una verdadera demanda al escrito de oposición.

En cualquier caso, en el procedimiento monitorio se comprende bien la vigencia del principio dispositivo si se considera doble demanda a la petición de requerimiento de pago, y demanda al escrito de oposición.

C) Aportación de parte

También el principio de aportación de parte se manifiesta específico en el procedimiento monitorio. Con el nivel de verosimilitud que se estime oportuno, la especial eficacia del procedimiento monitorio puede explicarse en atención a la inicial constancia o a cierto nivel de verosimilitud de la existencia del correspondiente deber de prestación. Lo bien cierto es que, aunque no necesariamente, el peticionario en muchas ocasiones habrá de presentar los documentos que acrediten plenamente dicho deber de prestación. Lo habitual será, tal y como se configura el monitorio, que el peticionario haya acreditado suficientemente los elementos constitutivos de su pretensión. Sin perjuicio de ulteriores complementos (y de la aplicación del jurisprudencialmente creado principio de facilidad y normalidad probatoria[5]), será el requerido quien, en términos generales tendrá la carga de probar los correspondientes elementos constitutivos, extintivos y excluyentes de la pretensión del peticionario.

En el caso del juicio ordinario de oposición, al menos cuando no se exija nueva demanda al peticionario, será el requerido quien se sitúe en la posición de demandante. Posición en la que, al contrario de lo que es nota común, solicitará que se dicte sentencia de no condena. Se producirá de ese modo

5 En derecho español reconocido expresamente en el artículo 217.7 LEC.

una inversión meramente formal del contradictorio. Y será meramente formal puesto que, en la posición que sea, llámense hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la pretensión del peticionario o hechos constitutivos de su pretensión absolutoria, frente a la acreditación por el peticionario, habrá de probar sus defensas en todo caso.

D) Oralidad y escritura

La oralidad no se caracteriza tanto porque los actos se realicen utilizando la palabra sino más bien porque rigen los principios consecuencia: inmediación, concentración y publicidad real. En un procedimiento oral pueden ser utilizados actos escritos, incluso principalmente. Eso es lo que ocurre en la fase nuclear del procedimiento monitorio. Como no es imprescindible y ni siquiera necesario el uso de la palabra, tanto la petición como el requerimiento y su documentación se practicarán básicamente de forma escrita. Lo mismo ocurrirá con la oposición que se iniciará mediante demanda escrita. La articulación de actos en los que se utilice la palabra, así como la publicidad real, solamente se actualizará necesariamente en el juicio ordinario de oposición o, en su caso, en la limitada oposición que se formule una vez iniciada la ejecución. Lo relevante es que, en cualquier caso, regirán los principios consecuencia de inmediación y concentración.

Esta afirmación puede ser dudosa en el caso de que se adopte una actitud pasiva puesto que la vigencia de la inmediación implicaría la nulidad de actuaciones cuando el juez que despache ejecución sea distinto al que practicó el requerimiento.

Desde luego, al margen de lo previsto con carácter general en el juicio de oposición por audiencias, la concentración se garantiza cuando se dispone que se despache ejecución constatada la pasividad del requerido sin ningún otro condicionante.

2. Salvaguarda y potenciación del derecho de defensa del deudor

Otro elemento importante a tener en cuenta es que la eficacia del procedimiento monitorio no vaya en perjuicio de las garantías del requerido. La mayor eficacia y el ahorro de esfuerzos procedimentales no justifican una merma en estas garantías. Por el contrario, el proceso monitorio es apto para reforzarlas siempre que garantice una notificación personal del requerimiento y un ámbito plenario de cognición de la oposición.

A) Posibilidad solamente excepcional de notificación edictal

De capital importancia se presenta la debida notificación del requerimiento. Si el juego de eventualidades del procedimiento monitorio depende de la actitud que adopte el deudor, y estas consecuencias resultan especialmente graves en caso de que adopte una actitud pasiva, como contrapartida se presenta como necesario que haya constancia de que dicha actitud es voluntaria, lo cual solamente se producirá garantizando una notificación fehaciente. El

respeto y la garantía de los derechos del requerido, eje central de la técnica monitoria, ha de ser por tanto el establecimiento de un sistema en el que se constate fehacientemente la notificación al requerido, con exclusión de toda notificación edictal.

B) Carácter plenario de la oposición resuelta a través de un juicio común

Igualmente interesante resulta que el requerido que opta por formular oposición no tenga limitaciones ni restricciones alegatorias. El hecho de que la oposición se sustancia mediante un proceso común u ordinario, por tanto, con carácter plenario, supone un avance respecto de la tutela dispensada por el juicio ejecutivo, el fortalecimiento de las garantías del deudor que decide oponerse y, en definitiva, un elemento de seguridad jurídica tanto para el mismo deudor como también para el acreedor, puesto que, por efecto de la cosa juzgada, el conflicto no se va a trasladar a otro procedimiento ulterior.

VI. CARACTERES ESENCIALES O MÍNIMOS DE LA TÉCNICA MONITORIA

En diversos momentos se ha hecho ya referencia a los caracteres esenciales o mínimos de la técnica monitoria, esto es, una requerimiento judicial tras petición de parte, y unas consecuencias eventuales en atención a las posibilidades que adopte el deudor (pago-fin, oposición-sustanciación de la misma, ejecución-actitud pasiva). Lo que interesa es conocer exactamente qué condiciones son las mínimas necesarias para que el procedimiento regulado pueda considerarse procedimiento monitorio, sin perjuicio de los matices o regulaciones específicas de mayor o menor calado que puedan ser introducidas en cada ordenamiento jurídico.

1. Deber de prestación dotado con alguna verosimilitud

El objeto del deber de prestación es habitualmente dinerario, sobre todo en Europa[6]. Ahora bien, como ocurre en algunos ordenamientos[7], no cabría excluir pretensiones como, entre otras, relativas a desahucios por falta de pago[8] o alimenticias.

6 El artículo 4 del Reglamento CE 1896/2006, dispone que "se establece el proceso monitorio europeo para el cobro de créditos pecuniarios, de importe determinado, vencidos y exigibles en la fecha en que se presenta la petición de requerimiento europeo de pago".

7 En los artículos 364 a 370 del Código General del Proceso del Uruguay se prevé proceso monitorio para prestaciones como entrega de cosa, de herencia, resolución de contrato en cumplimiento de pacto comisorio, cumplimiento de la obligación de escriturar, resolución de contrato por falta de pago de promesa de enajenación de inmuebles.

8 En el artículo 440.3 LEC ya se prevé algo similar a lo que se produciría en el monitorio puesto que "se apercibirá al demandado que, de no comparecer a la vista, se declarará el desahucio sin más trámites".

El grado de constatación del crédito puede ser variable. Cabe exigirse algún soporte documental o no, si bien, de un modo o de otro, característica en todo caso del crédito es que a priori reciba un cierto de verosimilitud, aunque solamente sea derivado de las consideraciones que sobre el particular se hayan hecho constar en la petición. En cualquier caso, el deber de prestación y en particular el dinerario conviene que se encuentre a priori exento de provocar discusiones, de modo que ha de encontrarse perfectamente determinado y definido, vencido y exigible, sin sometimiento a plazo o condición alguna.

2. Petición de parte

La vigencia del principio dispositivo impone el inicio del procedimiento monitorio previa petición de parte. En el escrito se solicitará que se sigan los trámites correspondientes, esto es, el requerimiento al deudor así como, en caso de que haga caso omiso, se despache inmediata ejecución.

Este escrito puede ser denominado como se considere oportuno. Cabe incluso evitar su denominación técnica como demanda, sobre todo si se pretende que pueda ser instado directamente por los propios interesados. Ahora bien, si de un proceso se trata, cualquiera que pueda ser su calificación y sencillos o permisivos sus requisitos formales, habrá de incluir una identificación de los elementos subjetivos, petición y causa de pedir, en definitiva, se tratará propiamente de una demanda aunque sea en su modalidad sucinta, abreviada o como se quiera denominar.

3. Requerimiento judicial y el juego de eventualidades

Admitida la petición de procedimiento monitorio, sobre todo constatada la competencia, capacidades, y requisitos varios, especialmente el del correspondiente deber de prestación, requerirá para que en un plazo determinado cumpla, con las advertencias de las consecuencias que derivan de la actitud que adopte (finalización, transformación a ordinario o despacho de ejecución).

VII. ASPECTOS CONVENIENTES

Como adelantaba en líneas anteriores, el legislador tiene potestad para introducir la regulación que estime más adecuada. Ahora bien, para aprovechar las posibilidades que le ofrece el procedimiento monitorio y, hasta incluso, en algún caso, para impedir que el monitorio mantenga su utilidad práctica, convendría que atendiera a algunos aspectos.

Naturaleza jurídica

Sin perjuicio de que un procedimiento monitorio ha de cumplir con unas características esenciales básicas que le permitan servir, en palabras de la Real Academia de la Lengua, "para avisar", su definitiva configuración corresponde sin duda a una opción legislativa. Dicha opción permitirá que el

procedimiento pueda ser aprovechado en todas sus posibilidades, o bien que se convierta en unos actos con poca o nula utilidad práctica. Sea cual sea la opción legislativa, lo que desde luego resulta imprescindible es partir de una idea clara sobre qué es y, principalmente, qué se pretende lograr con el procedimiento monitorio. Para aprovechar las posibilidades que ofrece será necesario previamente conocerlas.

Que se configure como una sucesión de actos más o menos organizados procedimentalmente y preparatorios de la posterior ejecución, o como un verdadero proceso declarativo especial, forma parte de la opción "técnico-política" del legislador. Pero, en mi opinión, el modo más consecuente con una perspectiva omnicomprensiva de la tutela que se ofrece al crédito con la llamada "técnica monitoria", y, sobre todo, la forma de aprovechar todas las posibilidades que permite el monitorio, pasa por considerarlo y regularlo como algo más, mucho más, que unos meros actos preparatorios de una eventual ejecución. Para poder obtener toda la eficacia será conveniente regularlo como un proceso de declaración, especial, integrado por un requerimiento y con unos actos que, por muy eventuales que se consideren, cuando se produzcan tengan toda la eficacia.

Solamente un proceso de declaración permitirá que el monitorio sea óptimo para resolver eficaz y definitivamente el conflicto, con resoluciones dotadas de cosa juzgada. Igualmente, esta naturaleza permite integrar el juicio ulterior de oposición como una fase eventual, autónoma, pero materialmente vinculada al objeto del monitorio. Elementos todos ellos que dotarán de eficacia y que evitarán, en definitiva, que el monitorio se convierta en una sucesión de actos desaprovechados e inútiles.

Eficacia de cosa juzgada

Sin perjuicio de la utilidad práctica que pueden ofrecer los procesos sumarios y al margen de consideraciones dogmáticas, la mejor forma de proteger el crédito, otorgar seguridad jurídica a la posición del acreedor y dotar de mayor eficacia al monitorio es cerrando las posibilidades de ulteriores debates sobre la existencia y subsistencia de la deuda entre las partes. Además de los inconvenientes prácticos que podría tener una decisión que, una vez concluido el monitorio, en proceso ulteriormente impusiera la *restitutio in integrum*, el deudor ha tenido ya oportunidad de ejercer en el ámbito del procedimiento monitorio el derecho de defensa sin restricciones formales ni materiales puesto que con la oposición el monitorio se transformará en un ordinario con posibilidades alegatorias plenas.

Si se excluyera de esta eficacia de cosa juzgada sea cual sea la actitud que adopte el requerido, la eficacia del monitorio quedaría seriamente menguada. Quedaría en manos del requerido, por su simple voluntad si decide formular oposición o no, la aptitud para decidir si la resolución dictada en caso de pasividad tiene o no eficacia. Esto implicaría alargar el conflicto, permitiendo y justificando la discusión ulterior entre las mismas partes y sobre el mismo

objeto, siendo que el demandado tuvo oportunidad plena para oponerse previamente. Parece razonable que una pretensión tenga, si el proceso es plenario como en el caso del monitorio, un solo procedimiento y que la discusión acabe de una vez por todas en el mismo.

Las posibilidades, por lo expuesto, quedarían del siguiente modo:

En caso de pago, la obligación quedará extinguida, lo que servirá como motivo de oposición (hecho extintivo) perfectamente eficaz en cualquier eventual proceso ulterior que se pretenda inicial.

En caso de oposición, cumpliendo los presupuestos procesales, procederá dictar sentencia sobre el fondo dotada con la eficacia propia de toda sentencia (título ejecutivo y cosa juzgada)

- Si la resolución es absolutoria, por estimación de la pretensión de oposición del deudor, tendrá eficacia de cosa juzgada y no alcanzará la condición de título ejecutivo, salvo que la absolución sea parcial.
- Y si es de condena, por desestimación de la misma pretensión absolutoria del deudor, al efecto de cosa juzgada se le dotará de la condición de título ejecutivo.

En caso de actitud pasiva, aunque pueda eximirse de la formalidad de dictar una sentencia de condena, la resolución convendrá que despliegue todos sus efectos: creación de título ejecutivo equivalente a sentencia de condena y eficacia de cosa juzgada.

Vinculación de la oposición formulada con el proceso ulterior para ventilarla

Ya hemos visto cómo la técnica monitoria implica eliminar trámites y obstáculos que no sean estrictamente necesarios. Ante la eventualidad de que el deudor pague, todo termina; si por el contrario no paga ni se opone, directamente se ejecuta; y si formula oposición, se sustancia en el juicio común que corresponda. De ese modo, siendo una mera eventualidad la oposición, una técnica adecuada es prever un procedimiento autónomo que ni siquiera nazca cuando no se formule la oposición. Esto permite explicar la autonomía meramente formal del juicio ordinario tras la oposición, pero con una clara vinculación material a la pretensión que se formuló con la petición de requerimiento de pago[9].

Del nivel de vinculación entre el monitorio y el procedimiento previsto para sustanciar la oposición depende la eficacia práctica del procedimiento monitorio y, en definitiva, que pueda verse abocado al fracaso. Si al deudor le sale "gratis" la oposición, no tendrá inconveniente alguno para formular oposiciones, puesto que bastará con que la formule, aunque sea sin ningún

9 Sobre este tema puede verse Bonet Navarro, J., "La relativa autonomía del "Juicio que corresponda" tras la oposición en los procedimientos monitorios", en *Problemas actuales del proceso iberoamericano I. Actas*, (con otros), Málaga, 2006, pp. 373-86.

fundamento, para terminar el monitorio, y ya veremos lo que pasará luego. Ante esta perspectiva, no resulta difícil imaginar que el requerido en la generalidad de los casos formulará oposición y, de ese modo, empezará para el demandante de nuevo el camino. El monitorio, de ese modo, será tiempo perdido. Y el pronóstico sencillo: preferirá no instrumentarlo y directamente acudirá a la tutela ordinaria. Puedo vaticinar, en definitiva, que la ausencia de vinculación entre el monitorio y el ulterior proceso ordinario de oposición conducirá antes o después a la absoluta inutilidad del primero.

Si el proceso ulterior tiene por objeto sustanciar la oposición al monitorio y por tanto se encuentra materialmente vinculado al monitorio, parece justificado que esa vinculación se manifieste a los efectos de impedir que el requerido no haga inútil el monitorio. Si al requerido se le acarrean consecuencias, y además son graves, se evitarán oposiciones gratuitas pues se instrumentará solamente la oposición cuando sea estrictamente necesario. Solamente de ese modo el monitorio no quedará en papel mojado. En el peor de los casos en que se formule oposición sin fundamento, el monitorio no habrá quedado en "papel mojado", puesto que el requerido quedará de algún modo gravado. De otro lado, y por añadidura, el enlace del procedimiento monitorio con el ulterior declarativo sirve para ofrecer una tutela judicial del crédito coherente con el derecho de contradicción, pues en caso contrario la finalización del monitorio se producirá sin darle oportunidad al requirente de formular alegación alguna al respecto.

La vinculación de la oposición con el ulterior proceso se revela como muy conveniente y hasta necesaria. Ahora bien, el modo con que se configure ya no es tan relevante. Una posibilidad puede implicar que los motivos de oposición configuren exclusivamente y delimiten el objeto del ulterior proceso plenario para conocer de la existencia o subsistencia de la deuda; o todavía más, considerando que la oposición constituyera la demanda que poniendo fin al monitorio abre el juicio que corresponda para sustanciar la oposición. Asimismo, cabe complementarse con posibilidades de condena en las costas del procedimiento monitorio, y del juicio de oposición, en caso de que la pretensión absolutoria del requerido se desestime y concluya con sentencia de condena.

Es necesario que la oposición quede reservada a los supuestos en que realmente existan razones fundadas para no pagar. Como incentivo para la seriedad de la oposición habrá de preverse alguna suerte de consecuencia negativa para el requerido que formule oposición y esta no sea estimada. De lo contrario, el requerido podrá formular la oposición que considere oportuna, exento de circunstancias que impongan o favorezcan que la misma tenga alguna correspondencia con la realidad, fundamento o acreditación. Y si tal acontecimiento ocurre, la instrumentación de oposiciones gratuitas y sin sanción hará que el monitorio de tan inútil, quede en desuso.

VIII. RECOMENDACIÓN PARA EVITAR LA PRINCIPAL PROBLEMÁTICA PLANTEADA EN EL PROCEDIMIENTO MONITORIO ESPAÑOL

Los problemas concretos que toda regulación puede plantear son de muy diversa índole y se manifiestan a partir de una regulación concreta. En este punto, y sin ningún ánimo de exhaustividad, voy a referirme muy sintéticamente a citar algunas recomendaciones que permitan soslayar los principales problemas que se han planteado en la regulación del procedimiento monitorio previsto en los artículos 812 a 818 LEC.

Desde luego es conveniente conocer la problemática para evitar incurrir en los mismos errores. Ahora bien, incluso en el caso de que en una hipotética regulación se atendieran estas recomendaciones, desde luego no se garantiza evitar generar nuevas problemáticas. Cualquier regulación, por técnicamente perfecta y previsora que sea, siempre será susceptible de generar dudas. Por tal motivo, estas recomendaciones solamente han de ser consideradas como un paso adelante en la mejora de la regulación y una forma de evitar incurrir en errores evitables. De los problemas que eventualmente puedan generase, solamente queda tomar buena nota para darles una futura solución.

1. Competencia

- Previsión de su atribución en casos de pluralidad de demandados al domicilio de cualquiera de ellos.
- Especificar claramente las consecuencias de que en el momento del requerimiento ninguno de los eventuales demandados tenga domicilio en la circunscripción del órgano requirente.
- Prever expresamente plazo preclusivo para la formulación de declinatoria.

2. Pluralidad subjetiva

- Prever las consecuencias de una actuación descoordinada en supuestos de pluralidad de sujetos, esto es, en caso de acumulación de objetos, mediante la desacumulación; y, en caso de litisconsorcio, mediante resolución única que afecte a todos por igual tramitándose preferentemente la oposición, en segundo lugar según el pago[10].

10 Sobre esta cuestión convendría la lectura de Bonet Navarro, J., "La pluralidad subjetiva en los procesos civiles caracterizados por la llamada "Técnica Monitoria", Revista Jurídica de Castilla y León, Nro. 9, mayo 2006, pp. 91-144, Accesible a texto completo en http://www.jcyl.es/scsiau/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=urldata&blobnocache=true&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=951%2F10%2F3-J-Bonet.pdf&ssbinary=true&blobheadername1=Content-Disposition:&blobheadervalue1=attachment;filename=3-J-Bonet,1.pdf.

3. Concurrencia de procedimientos

- Prever posibles supuestos en los que por su especialidad el monitorio pueda ser vía exclusiva (por ejemplo, para el crédito cambiario) o vía excluida (reclamación de rentas en materia arrendaticia).

4. Demandas

- Prever la posibilidad de incorporar algunos elementos de la demanda ejecutiva (como designación de bienes del ejecutado) para la eventualidad de que deba despacharse ejecución por inactividad.
- Establecer la naturaleza de demanda con todas sus consecuencias al escrito de oposición del deudor como nexo entre el monitorio y el juicio de oposición.
- Definida claramente que el escrito de oposición es la demanda que cierra formalmente el monitorio y abre el juicio de oposición, determinar el objeto del juicio de oposición con el contenido del escrito de oposición, con limitaciones para su ampliación.

5. Requerimiento

- Establecer como regla general la notificación personal y solo muy excepcionalmente en su caso la edictal, para supuestos bien justificados.

6. Pago

- Hacer referencia al modo en que ha de acreditarse el pago efectuado extraprocesalmente, a quien corresponde la carga de hacerlo constar y las consecuencias de la actitud pasiva.

7. Prestaciones o créditos transfronterizos

- Intentar la adopción de acuerdos y convenios internacionales tendentes a la creación de un procedimiento monitorio común para asuntos transfronterizos eficaz con independencia del Estado en el que se haya tramitado el monitorio.

8. Título ejecutivo

- Establecer claramente cuál es el título ejecutivo en el caso de pasividad del deudor requerido, pudiendo considerarse título incluso una resolución que –por ser necesariamente condenatoria– pueda eximirse de ser dictada formalmente en la línea de evitar trámites innecesarios.

LA EJECUCIÓN CIVIL: ¿CÓMO REDACTARÍAMOS HOY EL CÓDIGO MODELO?

Margarita De Hegedus[1]
Alejandro Romero S.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

1. Delimitación del tema

Entendemos necesario, en razón de la amplitud del tema delimitar los puntos que serán objeto de análisis en el presente trabajo.

En primer lugar, tal como se indica en el titulo, referiremos exclusivamente a la ejecución civil, entendida esta expresión en un sentido amplio, comprensivo de todas las sentencias de condena que pueden dictarse en procesos no penales, o sea, civiles en sentido estricto, comerciales, en materias de familia, trabajo, y demás no asimilables a la determinación de la existencia o no de delitos y de eventuales responsabilidades criminales.

En segundo lugar, cabe precisar que se excluyen de su consideración los siguientes temas: ejecución provisional[2], ejecuciones colectivas[3], así como los juicios ejecutivos y monitorios, estos dos últimos, por considerarlos procesos de conocimiento, siguiendo la regulación del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (en adelante CPCMI o Código Modelo).

De conformidad a los artículos 317 a 332 del CPCMI debe entenderse por ejecución civil a aquel proceso que se inicia en mérito a una sentencia o laudo arbitral de condena firme (precedida del correspondiente proceso de conocimiento, sea este de estructura ordinaria, extraordinaria o monitoria) o en mérito a algún otro título que lo habilite, sin proceso de conocimiento previo, por ejemplo transacción aprobada judicialmente. Sin perjuicio de ello, también se

1 Profesora Titular de Derecho Procesal y de Litigación por Audiencias en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

2 Por haber sido tema de profundo análisis y debate en la anteriores Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho procesal celebradas en Lima, Perú en octubre de 2008.

3 Su exclusión por tratarse de una materia que por sus características requerirá de un tratamiento individual.

incluirá dentro del relato el análisis de ejecuciones civiles extrajudiciales, esto es, aquellas que se desarrollan fuera de la órbita judicial.

Asimismo es conveniente precisar que denominaremos titulo de ejecución al que habilita la ejecución propiamente dicha, reservando la denominación de titulo ejecutivo para aquellos títulos que contienen una obligación de pagar cantidad liquida y exigible pero que requieren de un previo proceso monitorio ejecutivo de conocimiento, para formar, a través de la sentencia judicial, el titulo de ejecución.

Finalmente, tener presente que esta ponencia general tiene como principal objetivo plantear el estado actual de los procesos de ejecución civil en el ámbito iberoamericano, tratando de relevar cuales son los mayores cuestionamientos u obstáculos que en ellos se presentan, así también, cómo redactaríamos hoy el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica en materia de Procesos de ejecución y en base a los informes nacionales elaborar, a modo de conclusiones, propuestas de mejoras. [4]

2. La ejecución en general

La ejecución es una categoría jurídica que comprende varias y complejas cuestiones. Se trata de una temática vinculada con el concepto de obligación y el problema del cumplimiento forzado del derecho.

Por su carácter instrumental el procedimiento de ejecución ha sufrido la misma evolución que ha tenido el derecho de obligaciones. Cuando la obligación era percibida como "vínculo personal", la ejecución permitía la realización de actos que comprometían la libertad personal del deudor para obtener la satisfacción del crédito; literalmente, la ejecución forzosa de la obligación era *en la persona del obligado*.

Sin lugar a dudas, la variación más relevante en esta materia ha sido trasladar la esfera de la responsabilidad de la persona *al patrimonio* del deudor. Este cambio se aprecia al haberse instalado como principio general la supresión de la prisión por deudas, como mecanismo compulsivo al que pudiera acudir el acreedor con el objeto de obtener el cumplimiento de una obligación. Este sistema corresponde a la época del procedimiento formulario, el que evolucionó luego hacia otros mecanismos para lograr la ejecución.

La patrimonialización de la ejecución debió esperar largo tiempo, ya que el proceso auténticamente de ejecución, con desposeimiento de los bienes del deu-

4 Para la preparación de este ponencia general hemos contado con la apoyo y profundidad de los aportes de los ponentes nacionales, Profesores: EDUARDO OTEIZA Y JOSE MARIA DELGADO (Argentina), PRIMITIVO GUTIERREZ SANCHEZ (Bolivia), TERESA ARRUDA ALVIM y SERGIO SEIJI SHIMURA (Brasil), MIGUEL OTERO LATHROP (Chile), MANUEL ORTELLS RAMOS (España), MARIO AGUIRRE GODOY (Guatemala) MACARITA ELIZONDO GASPERÍN (México), CARINA GOMEZ FRODE y RODOLFO BUCIO (México), NELSON RAMIREZ (Perú) SANTIAGO PEREIRA CAMPOS Y SANTIAGO LABAT (Uruguay), y la colaboración de LUIS ALFREDO BARRAGAN Y LUCIA ELIZALDE BULANTI de Colombia, lo que constituyó una imprescindible y valiosísima ayuda para el desempeño de nuestra tarea. Nuestro especial agradecimiento a cada uno de ellos.

dor, para garantizar al acreedor la satisfacción de las deudas sería recién un aporte del derecho común[5].

Prohibida la auto tutela como método de solución de conflictos, la ejecución pasó a convertirse en una actividad esencialmente estatal, de naturaleza jurisdiccional, caracterizada por la realización de variados actos coactivos sobre el patrimonio de un deudor, para intentar satisfacer una pretensión cuya existencia consta en una sentencia de condena pasada en autoridad de cosa juzgada o en algún título extrajudicial al que se le acuerda dicha ejecución.

La primera condición esencial para acceder a esta actividad es la necesidad que tiene el acreedor de contar con un título de ejecución *(nulla executio sine título)*. En este documento debe constar la certeza del derecho, que legitima la adopción de la medida de apremio –tradicionalmente el embargo–, mediante la cual se afectan o se pueden afectar los bienes presentes y futuros de un deudor, con el objeto de garantizar la eficacia del cobro del crédito.

Por el menoscabo que esta actuación procesal conlleva para un deudor, el Estado se ha reservado la determinación de los presupuestos jurídicos para que se pueda llevar a cabo la ejecución. Tal como se podrá apreciar más adelante, al comparar la realidad iberoamericana, no existe un sistema uniforme de ejecución. Cada país ha ido estableciendo diversos sistemas para la protección de los derechos declarados por sentencia o contenidos en los títulos que habilitan la ejecución.

Al examinar las distintas ponencias se advierte que los legisladores han tenido que enfrentar las dificultades que restan eficacia a la actividad de ejecución, adoptando diversas medidas, que permitan emplear una serie de medidas de coacción o de eficiencia en la gestión de los recursos judiciales, para proteger el derecho del ejecutante, que en muchos casos la práctica forense pone a prueba. Sin pretender agotar una tema amplio, las causas más comunes de ineficacia en la actividad de ejecución proviene se encuentran en deficientes regulaciones legales, que permiten una dilación indebida que terminan por instalar como auténtico principio informativo en *"favor debitoris"*. Tal como se explicará, los distintos relatos recibidos dan cuenta de distorsiones fácticas, que hacen del proceso de ejecución un mecanismo en muchos casos ineficiente.

Ahora bien, dentro de la reacción legislativa, varios países han introducido una serie de medidas para perfeccionar o corregir el sistema de ejecución, que señalaremos en el capitulo siguiente, sin perjuicio de adelantar que esas medidas se concretaron entre otras, en el surgimiento de ejecuciones extrajudiciales, en la aplicación de conminaciones o *astreintes*, en la implementación de ejecuciones en sentido estricto donde la intervención de la judicatura se reduce a un intervención mínima y esencial, esto es, a constatar la existencia del título que autoriza a realizar los bienes mediando un requerimiento de pago, que de no cumplirse habilita al acreedor para realizar privadamente los bienes del deudor. Se trata

5 López Ortiz, José, "El proceso en los reinos cristianos de nuestra reconquista", en *Anuario de Historia de Derecho Español*, t. XIV, Madrid, 1942-1943, p. 221.

de regulaciones que normalmente surgen en relación a obligaciones garantizadas con prenda o hipoteca.[6]

3. La ejecución en tiempo razonable integra la noción de debido proceso

La tutela judicial efectiva de los derechos declarados en las sentencias requiere de los órganos jurisdiccionales que éstas no configuren pronunciamientos sin efectividad o tardíos. Por ello la ejecución en tiempo razonable integra la noción de debido proceso y el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva.

Existe plena coincidencia en todos los ámbitos, que el acceso a la Justicia no se concreta meramente con obtener una declaración que indique que asiste razón al justiciable. De nada sirve una resolución favorable si no puede obtenerse su efectiva realización. Sin ejecución, el derecho permanece sólo en eso, en su declaración. Y por ello el proceso ha de proporcionar una tutela efectiva al litigante victorioso para lograr la plena satisfacción jurídica. El proceso de conocimiento donde se declara el derecho y el proceso de ejecución donde se satisface ese derecho deben ser vistos como dos lados de la misma moneda. Como nos enseñaba Couture: "conocimiento y declaración sin ejecución es academia y no justicia, ejecución sin conocimiento es despotismo y no justicia".[7]

Ahora bien, no podemos dejar de señalar, que en los ámbitos académicos y diferentes debates doctrinarios, siempre se ha demostrado una especial preocupación por las fases de conocimiento de los procesos, en detrimento de las que conducen a la ejecución. De ahí la importancia de que en estas Jornadas nos ocupemos de este tema.

Nos recuerdan Oteiza y Salgado, que el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, bajo el título "*Garantías Judiciales*" impone que los casos deben ser resueltos con las debidas garantías dentro de un plazo razonable y que dicho principio, supone respetar el derecho al debido proceso tanto en cada uno de los pasos que llevan al dictado de la sentencia, como acto jurisdiccional debidamente motivado y fundado en hechos probados, así como también contener regulaciones y la capacidad para implementar lo decidido. [8]

En el ámbito iberoamericano, el carácter judicial de la ejecución brinda las garantías que hacen a la esencia de la actividad jurisdiccional, pero en

6 La ejecución en sentido estricto gozó de gran difusión en la baja Edad Media y en el Renacimiento, pero con el desarrollo de un sistema público de administración de justicia, en el que el Estado pasó a reservarse el ejercicio exclusivo de la actividad de ejecución, se cambió radicalmente este modelo de procedimiento, generándose incluso una actitud hostil hacia él, favoreciendo el desarrollo de los juicios ejecutivos que, en mayor o menor medida, permitan provocar una etapa de discusión sobre la certeza del derecho contenida en el título ejecutivo Sobre este punto, cfr. Scarcelli, Giuliano, *La condanna con riserva*, Milán: Giuffrè Editore, 1989, pp. 1-111.

7 Couture, E. Las garantías constitucionales del proceso civil en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ed. Ediar Soc.Anón. Bs. As 1948, p. 89

8 Oteiza y Salgado, Informe argentino.

contrapartida, presenta como efecto negativo la demora en su resolución que implica un costo muy importante medido en términos de tiempo, esfuerzos y gastos. La realidad nos muestra que en la mayoría de los casos la resistencia al cumplimiento forzado perseguido en la ejecución, se manifiesta de múltiples maneras, a veces imposibles de imaginar y muchas veces de forma abusiva.

Como nos indica Elizondo Gasperin, es bien cierto que a nada conduce haber obtenido un resultado positivo en la sentencia, si no se cuenta con los medios necesarios para hacer cumplir el mandato del juez. Una sentencia que no se respeta, implica un juicio ineficaz violatorio de los principios de certeza y legalidad de las partes. [9]

La pretensión hecha valer en juicio no culmina con la sentencia de mérito, sino que se mantendrá mientras lo en ella dispuesto –con valor de cosa juzgada– no haya logrado la exclusión de la insatisfacción jurídica que habilitó su promoción.

No podemos desconocer que en muchas ocasiones la ineficacia de la ejecución, su demora en el tiempo, no se debe a causas procesales, siendo, tal vez, una de las más frecuentes la problemática en la identificación de bienes del ejecutado, su insolvencia.

Pero también, la ineficacia se debe a que según Pico Junoy, el proceso de ejecución civil es un campo abonado para que las partes –especialmente la ejecutada– y algunos terceros, actúen maliciosamente, con la intención de frustrar su máxima finalidad, es decir, evitar que lo reconocido en la sentencia ejecutada se pueda convertir en realidad".[10]

Más allá de la mala fe procesal y de las dificultades para identificar bienes del deudor, que habrá que combatir y encontrar los mecanismos para evitar la frustración de los derechos, existen otras causas, procesales y de gestión, que conducen a la ineficacia del proceso.

4. El derecho de defensa en la ejecución

En relación a la diversidad de procedimientos de ejecución surge la duda si alguna de las soluciones allí implementadas garantiza el debido proceso[11]. El problema más recurrente se da en las regulaciones que restringen el contenido del derecho de defensa de los deudores (limitando las excepciones) o derechamente lo suprimen, implementando un proceso de ejecución estricto.

9 Elizondo Gasperin, Informe mexicano.

10 Pico Junoy, Joan, "Mecanismos de control de la mala fe procesal en la ejecución civil" en *La Ejecución Civil: Problemas Actuales*, Ed.Atelier, Barcelona 2008, pags 37 y ss. Y se pregunta, si la ley procesal española prevé determinados mecanismos de control de la mala fe procesal en la ejecución civil," ¿donde falla el sistema? ¿Son suficientes esos mecanismos? Y si lo son ¿Porqué no acaban de funcionar?

11 Sobre el debido proceso, cfr. Tavolari Oliveros, Raúl, "Hacia una teoría general del proceso por los códigos procesales para Iberoamérica", en Diritto Romano Comune: Principi, Codici `Tipo´, formazione del giurista, Modena: Mucchi Editore, 1997, pp. 129-144.

Los cuestionamientos a estas regulaciones se proponen a la luz de la igualdad ante la ley, imputando que determinadas regulaciones generan un privilegio exorbitante para el acreedor un grupo de los mismos (ejecuciones de bancos u otras instituciones de crédito).

Sin pretender solucionar este tema en esta presentación general, pronto veremos que en el plano legal existen, con mayor o menor amplitud limitaciones en el régimen de excepciones en los procesos de ejecución. Tal solución en principio no significa por sí misma una infracción al debido proceso. En rigor, esa situación se da cuando el legislador no establece los resguardos para garantizar la igualdad procesal, en términos de reconocer al ejecutado, por ejemplo, la posibilidad de intentar una reparación del daño que le ocasionó tener que soportar una ejecución improcedente. Igualdad procesal, que debemos recordar, no resulta de igual aplicación que en los procesos declarativos de conocimiento, pues no es lo mismo ejecutar una sentencia de condena, que ya ha pasado por todas las instancias de conocimiento que el ordenamiento le permite.

El proceso de ejecución sintoniza con el debido proceso si establece algunos equilibrios entre los derechos del ejecutante y los del ejecutado en los casos en que se habilita la ejecución en base a determinados títulos extrajudiciales, esto es, aquellos que no conforman una sentencia o laudo de condena.

El mecanismo tradicional para asegurar este equilibrio proviene de la "reserva de excepciones", para que en un juicio posterior se revise la regularidad de la ejecución practicada, a instancia del deudor, naturalmente, reiteramos, cuando en dicho proceso de ejecución se le limitaron las defensas a oponer y no estuvo precedido de un previo proceso de conocimiento.

Tal como se puede apreciar en las diversas ponencias, lo normal en los diversos países es permitir al ejecutado promover una etapa de discusión a través de un régimen reducido de excepciones, que normalmente se tramitan sumariamente. También es frecuente que para ser admitidas las excepciones deban venir fundadas en algún antecedente escrito, que les den algún grado de verosimilitud. En doctrina se postula que dicha oposición es una demanda incidental, con la que se da origen a un incidente declarativo, ya que, en rigor, tal presentación no es una contestación a la demanda ejecutiva. Sólo de esa forma se explicaría que de ese escrito se confiera traslado al ejecutante para que conteste, y que de esa contestación no exista respuesta por el ejecutado[12].

En el terreno de los principios, la restricción del derecho de defensa del ejecutado debe aminorar el inconveniente que pueda llevarse a cabo una ejecución forzada, sin cumplir con los supuestos esenciales de esta actividad. Ahora, la forma de subsanar esta situación –si se restringió el régimen de excepciones- será reconociendo al deudor ejecutado la posibilidad de ser indemnizado de perjuicios, que permita corregir el desequilibrio que se produjo en su patrimonio, al tener que soportar la realización de sus bienes.

Analizamos a continuación la regulación que sobre procesos de ejecución adoptó el Código Modelo.

12 En esta línea, Montero Aroca, Juan, "La naturaleza del juicio ejecutivo", en *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona: J.M. Bosch, 1996, p. 373.

5. Los procesos de ejecución en el Código Modelo

Los procesos de ejecución en el Código Modelo se encuentran regulados en el Titulo V artículos 317 a 332.

Básicamente su regulación se divide en tres Capítulos que tratan respectivamente de: I) las disposiciones generales, II) la vía de apremio para la ejecución de sentencias que condenan al pago de sumas de dinero y III) la ejecución de sentencias que condenan a un dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Sus principales aspectos pueden resumirse en los siguientes:

a) Habilita la ejecución de obligaciones de pagar cantidad de dinero liquida y exigible contenidas de condena en sentencia firmes, transacciones aprobadas judicialmente, conciliaciones realizadas ante el Tribunal y el laudo arbitral no pendiente del recurso de nulidad (art. 322.1), sin perjuicio de otros que prevea la ley. Asimismo regula la ejecución de obligaciones de dar, hacer y no hacer, contenidas en los mismos títulos, pero de forma por demás escueta.
b) Requiere petición de parte para su promoción. (art.317)
c) Admitido el título, el tribunal dispondrá la ejecución y la adopción de las medidas cautelares solicitadas sin audiencia del ejecutado.
d) Limita las defensas que puede oponer el ejecutado, pero no limita los medios de prueba de las mismas. Señala el art. 319.3: "El ejecutado solamente podrá oponerse a la ejecución alegando la extinción parcial o total de la obligación, sobre venida luego de la sentencia, en cuyo caso deberá acompañar toda la probanza documental de que disponga y mencionar los concretos medios de prueba de que intente valerse para justificar la circunstancia".
e) En hipótesis de defensas admisibles la misma se sustanciará por el procedimiento previsto en los art. 313 y 314 que regulan el proceso ejecutivo de conocimiento. (art. 319.5): traslado de las excepciones al ejecutante por 10 días, Audiencia Preliminar, y en su caso Audiencia Complementaria de prueba, sentencia definitiva sobre todas las excepciones, salvo la de incompetencia que tiene tratamiento previo.
f) Estatuye el rechazo liminar, de plano, de toda otra defensa, así como de aquella, que en principio admisible, incumpla con el requisito indicado en cuanto a la prueba de las mismas.(art. 319.4)
g) Habilita la ejecución provisional de la sentencia de condena recurrida. (arts. 230 y 321)
h) Prevé la posibilidad de imponer de oficio o a pedido de parte, conminaciones económicas o personales para incentivar el cumplimiento voluntario de la decisión jurisdiccional. (art. 320). Las sumas que se paguen, por este motivo, pasarán a un Fondo Judicial.
i) Si el titulo de ejecución es una sentencia que condena al pago de cantidad ilíquida, la misma deberá antes de iniciarse la vía de apremio, liquidarse en proceso incidental. (art. 322,2, 3 y 4)

j) Firme el decreto de ejecución, ya porque no se hayan opuesto defensas o que las misma hubiesen sido resueltas, las etapas posteriores de la vía de apremio se reducen a: a) tasación, b) subasta, c) rendición de cuentas, d) liquidación del crédito, e) escrituración y entrega del bien subastado previa consignación del saldo de precio.
k) Impugnaciones: Se admite el recurso de reposición contra toda providencia dictada en la vía de apremio y se limita el recurso de apelación a las siguientes providencias: la que decide la ejecución, la aprobación de la tasación, el remate y la liquidación de haberes. El mismo se otorga sin efecto suspensivo. (art. 329)
l) Se habilita la suspensión del remate a pedido del ejecutado en cualquier momento, dando garantía suficiente de responder al crédito reclamado y gastos causados.
m) Se establece de cargo del ejecutado las costas y demás gastos justificados de la ejecución.

Como puede apreciarse, la regulación de los procesos de ejecución en el Código modelo, aprobada hace ya más de 20 años, contiene soluciones largamente sugeridas por la doctrina procesal moderna como la limitación de defensas, el rechazo liminar de toda aquella que no sea de las admitidas, la restricción del recurso de apelación a solo alguna resolución dictada en su curso y el efecto no suspensivo que se le acuerda, la aplicación de constricciones personales y/o económicas para tratar de asegurar el cumplimiento, la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia impugnada, etc.

Sin embargo, puede apreciarse, que en países como Uruguay, España o Perú, a pesar de contar con ordenamientos similares (Uruguay) o aún más avanzados (España, Perú), la realidad muestra que los procesos de ejecución siguen tardando mucho más de lo deseable, no lográndose la satisfacción del derecho en tiempo razonable.

Expresamente señalan Pereira Campos y Labat que si bien el proceso de ejecución en Uruguay está dotado de una relativa sumaria estructura, similar a la del Código Modelo, que solucionó graves problemas de demora y entorpecimientos que verificaba el sistema anterior, igualmente en su aplicación práctica dista mucho de alcanzar niveles aceptables a los efectos de brindar la necesaria seguridad para la protección del crédito en una economía de crecimiento sustentable.

En Perú los procesos de ejecución demoran en promedio 2 o 3 años.[13] En Uruguay, la duración del proceso de ejecución suele ser siempre superior a un año y en muchos casos, insume varios años.[14]

En España, pese a que el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la CE garantiza la efectividad de las sentencias, según expresa

13 Ramirez, informe peruano

14 Nos agregan que las Estadísticas que elabora la Suprema Corte de Justicia consideran la duración del proceso de conocimiento hasta obtener sentencia definitiva firme pero no existen estadísticas de los procesos de ejecución.

Ruiz de la Fuente, las estadísticas arrojan que el ejecutivo es el procedimiento civil que más tarda en el tiempo, donde muchas veces no se logra la satisfacción del crédito del acreedor o se logra solo una parte reducida de éste.[15]

En Colombia si bien la primera etapa de un proceso ejecutivo (iniciación del proceso, interposición de excepciones, producción de prueba, alegatos y sentencia que ordena seguir adelante con la ejecución) puede demorar aproximadamente un año, las restantes etapas (avalúo de los bienes del deudor, remate de los mismos y pago efectivo) pueden tener una duración aproximada de uno o dos años adicionales. [16]

II. BREVE RESEÑA DE LA EJECUCIÓN CIVIL EN LOS ORDENAMIENTOS PROCESALES DE LA REGIÓN

1. Títulos que habilitan la ejecución

Un presupuesto de la ejecución es la tenencia por el ejecutante de un titulo de ejecución.

Normalmente se trata de un documento que contiene una declaración solemne, a la cual la ley le otorga el mérito de servir de base para realizar una ejecución.

Constituye una garantía procesal reservar a la ley la posibilidad de reconocer que documentos tienen mérito ejecutivo, esto es, reconocer que acto jurídico es susceptible de obtener un cumplimiento forzado.

Veremos ahora el panorama legal de cada país.

Argentina

El Código Procesal Penal Nacional (arts. 499 y ss) prevé como títulos de ejecución las sentencias judiciales, los laudos arbitrales las transacciones o acuerdos homologados.

15 Según la memoria del Consejo general del Poder Judicial del año 2008, aprobada por su pleno el 28 de mayo e 2008 durante el año 2007, las ejecuciones civiles presentan una duración media de 30 meses, configurándose así como los procedimientos civiles que mas tardan en el tiempo. Cf. Ruiz de la Fuente, María Consuelo, "El Derecho constitucional a la ejecución de sentencias firmes" en *La Ejecución Civil: Problemas Actuales*, Ed. Atelier, Barcelona 2008, pags. 21 y ss. Para Ortells, según nos relata en su informe nacional, si bien la estadística judicial en España ha mejorado notablemente la información que ofrece para apreciar la efectividad del proceso de ejecución, no satisface las necesidades de datos relevantes para verificar la noción de efectividad. Haciendo un análisis de datos brindados en el Boletín de Información Estadística, Julio, 2009 y La Justicia dato a dato, 2008, deduce como conclusión que, en términos generales el proceso de ejeución no es efectivo porque no termina en plazo razonable, en la medida en que, al finalizar el año, continúan pendientes casi cuatro veces más procesos que los dados por resueltos.

16 Informe Colombiano, Barragan Arango y Elizalde Bulanti.

Por otra parte, en lo referido a sentencias de tribunales extranjeros o a laudos de tribunales arbitrales extranjeros, se prevé la conversión de los mismos en títulos ejecutorios en los términos de los tratados que se hubieran celebrado con los países de los cuales provengan dándoles la fuerza necesaria para su cumplimiento (art. 517)[17].

Bolivia

El Código de Procedimiento Civil de 1976 (Código Procesal Civil de la República de Bolivia o Estado Plurinacional de Bolivia)[18], acepta como título de ejecución las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada. Junto a la regulación general indicada también se acepta la misma realidad en los procedimiento de familia, procedimientos administrativos, procedimiento minero, procedimiento agrario, procedimiento laboral, procedimiento tributario, procedimiento fiscal o de control fiscal, es donde, la ejecución de las sentencias o fallos judiciales con calidad de cosa juzgada formal o material.

También se consideran títulos de ejecución el acta de conciliación en la que conste una transacción, sin necesidad de un proceso de conocimiento previo y los acuerdos, convenios o contratos de transacción definitiva.

Para la ejecución forzada de las decisiones judiciales civiles y firmes, el Código de Procedimiento Civil previene que las decisiones firmes deben ejecutarse sin alterara ni modificar su contenido y por los jueces de primera instancia; las sentencias o decisiones judiciales adquieren la calidad de cosa juzgada si la ley no reconoce otra instancia ni recurso contra la misma o cuando las partes consienten en forma expresa o tácita en su ejecutoria; las decisiones firmes se deben cumplir en tres días y, por circunstancias especiales y debido a una imposibilidad presentada, el juez puede establecer una plazo prudencial e improrrogable; la ejecución de las decisiones firmes no puede ser suspendida por ningún recurso (ordinario ni extraordinario) ni por ninguna solicitud. las resoluciones que emita el Juez solo pueden ser apeladas en el efecto devolutivo (no suspenden la ejecución).

17 La Argentina tiene celebrados diversos convenios y tratados, de tipo bilateral, regional e internacional, destacándose: 1) el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y el de 1940; 2) en el Mercosur el Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (ley 24.578, modif. por ley 25.934); 3) la Conferencia de Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional; 4) la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras; 5) la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución en el Extranjero de la Obligación de prestar Alimentos, entre otros.

18 El Libro Tercero del CPC, denominado "De los procesos de ejecución", dedica el título II a la ejecución de las sentencias", capítulos I: "Ejecución de la sentencia"; capítulo II: "Forma de Ejecutar las sentencias", capítulo III: "Fianzas de resultas" y capítulo IV: "Ejecución de las sentencias dictadas en el extranjero", artículos 514º al 561º .

Brasil

Se aceptan varios titulo de ejecución[19], distingüendo según su origen: execução fundada em título *judicial* (denominada "cumprimento de sentença"); execução fundada em título extrajudicial (denominada "processo de execução"); utras espécies de execução previstas no código de processo civil, relativa a prestação de alimentos, execução contra fazenda pública.

Junto a la sentencia civil se considera también como tituops de ejecución: 1) sentença penal condenatória: exige trânsito em julgado e liquidação no juízo cível; 2) sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo: exige demanda judicial já instaurada; sentença arbitral: exige decisão no juízo arbitral, organismo que não integra o Poder Judiciário brasileiro (Lei nº 9.307/96); 3) acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente: não existe processo pendente em juízo; 4) sentença estrangeira: exige homologação pelo Superior Tribunal de Justiça; o "exequatur" é cumprido perante a Justiça Federal de primeiro grau; 5) formal e a certidão de partilha: decisão proferida na partilha decorrente do Direito das Sucessões.

Chile

La sentencia firme y ejecutoriada es un titulo de ejecución en el CPC chileno de 1902. Los demás títulos (ejecutivos) se pueden cumplir a través de un procedimiento ejecutivo[20].

En efecto, si se trata del cumplimiento de una sentencia definitiva que no requiere la iniciación de un nuevo juicio, ésta se debe pedir ante el tribunal de única o primera instancia que dictó la sentencia. Esto se conoce como "ejecución incidental de la sentencia", y está reglamentado en los artículos 231 y siguientes del CPC. Si se trata de la ejecución de una sentencia definitiva que hiciere necesaria la iniciación de un nuevo juicio, podrá éste deducirse ante el tribunal de única o primera instancia que dictó la sentencia o ante el que sea competente en conformidad a los principios generales establecidos por la ley, a elección de la parte que hubiera obtenido en el pleito (art. 114 COT.). Este

19 La ejecución está regulada en el Código de Processo Civil de 1973. Dicha normativa ha tenido algunas modificaciones en la Lei nº 8/952/04, relativo a la anticipación de tutela y en la Lei nº 11.232/2005, que modificó el denominado "cumprimento de sentença" (arts. 475-I e seguintes do CPC). También el 2006 la Ley nº 11.382/2006 introdujo cambio en la ejecución de título "extrajudicial" (arts. 585 e ss.).

20 La actual regulación de los juicios ejecutivos se contiene fundamentalmente en los siguientes cuerpos legales: Ley 14.908, Sobre cumplimiento de resoluciones judiciales que ordenen el pago de alimentos (artículos 11-13); DL 776, Sobre realización de prenda; Ley 4.287, Sobre realización de la prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos; Ley 4.702, Sobre realización de la prenda en la compraventa de bienes muebles a plazo; Ley 5.687, Sobre realización de la prenda industrial; Ley 18.112, Sobre realización de la prenda sin desplazamiento; Ley 17.322, Establece normas para la cobranza judicial de imposiciones, aportes y multas en los institutos de previsión; DFL Nº 3, que fija el texto Refundido, Sistematizado y Concordado de la Ley General de Bancos.

nuevo juicio que deba iniciarse será un juicio ejecutivo, que está reglamentado en los artículos 434 y ss. del Libro III del CPC. Eventualmente podría ser el juicio sumario.

Por otra parte, la ejecución de una sentencia también esta determinada por la "nacionalidad del fallo". Existe una diferencia sustantiva si se quiere hacer cumplir una sentencia pronunciada por un tribunal nacional o por uno extranjero.

España

Junto al título ejecutivo de sentencia de condena firme –y dejando fuera de consideración los títulos ejecutivos extranjeros y los formados en el ámbito de la Unión Europea- hay muchos otros, debiendo distinguirse, por un lado, títulos judiciales y arbitrales, y, por otro, títulos que no tienen ninguna de esas dos calidades. Este criterio de clasificación se justifica, precisamente, por ciertas especialidades en el régimen de la ejecución de los títulos no judiciales, ni arbitrales, que veremos al final de este punto.

La Ponencia española, siguiendo su ley establece distingue grupos:

1º) Títulos consistentes en una resolución judicial que declara la existencia de un deber de prestación e impone su cumplimiento: Sentencia de condena no firme, sentencia firme revocatoria de sentencia ejecutada provisionalmente, auto que acoge un allanamiento parcial, auto que aprueba la tasación de costas, auto que fija las indemnizaciones debidas al testigo por la parte que lo propuso, auto que determina una cantidad como provisión de fondos al procurador (representante procesal profesional cuya intervención es, por regla general, preceptiva), autos que condenen a indemnizar daños y perjuicios causados a la parte que hubiera sufrido una medida cautelar posteriormente alzada, auto denominado "de cuantía máxima" que delimita la indemnización cubierta por el seguro obligatorio de vehículos de motor.

2º) Títulos consistentes en determinadas actuaciones judiciales de las que resulta la constancia de un deber de prestación, pero que no son resoluciones que lo declaran e imponen: Transacción judicial, acta de avenencia en acto de conciliación preprocesal en determinados supuestos, actos y omisiones de actos que componen los títulos ejecutivos en los procesos de estructura monitoria (requerimiento válido de pago e inactividad del requerido dentro del plazo legal).

México

El CPC para el Distrito Federal, junto a la sentencia de condena pasada en autoridad de cosa juzgada, considera otros títulos de ejecución. Ellos son convenio celebrado en juicio y aprobado, pacto comisorio expreso, convenios y laudos emitidos y sancionados por la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, convenios celebrados ante el Centro de Justicia Alternativa

del Tribunal Superior de Justicia, convenios celebrados ante el Juez Cívico, y transacciones, convenios y laudos que pone fin a los juicos arbitrales.

En el CPC para el Estado de Sonora además de a la sentencia de condena pasada en autoridad de cosa juzgada, también títulos: la sentencia sin la calidad de cosa juzgada, siempre que este autorizada la ejecución provisional, convenios y transacciones celebrado en juicio y aprobado, convenios y transacciones celebrados ante fedatario público aprobados por el juez, laudos arbitrales firmes, títulos ejecutivos o demandas sobre hipotecas o desahucio, sentencias extranjeras, previa homologación.

Guatemala

Además de la sentencia judicial pasada en autorizad de cosa juzgada existen otros títulos de ejecución regulados legalmente. El artículo 294 del CPCyM. La petición de ejecución de sentencia o de laudos arbitrales puede hacerse en el mismo expediente o mediante presentación de certificación del fallo, a elección del ejecutante.

Perú

El artículo 688 del Código Procesal Civil regula los títulos ejecutivos en virtud de los cuales se puede promover la ejecución. Así tenemos que, entre los títulos de naturaleza judicial están las resoluciones judiciales firmes (como la sentencia de condena pasada en autoridad de cosa juzgada), mientras que los títulos de naturaleza extrajudicial son:

- Los laudos arbitrales firmes.
- Las Actas de Conciliación de acuerdo a la Ley Nº 26872. El artículo 16 regula los requisitos que debe contener. No debe contravenir el orden público ni las buenas costumbres; se circunscribe a derechos disponibles.
- Los Títulos Valores que confieran la acción cambiaria, debidamente protestados o con la constancia de la formalidad sustitutoria del protesto respectiva; o, en su caso, con prescindencia de dicho protesto o constancia, conforme a lo previsto en la Ley Nº 27287.
- La constancia de inscripción y titularidad expedida por la Institución de Compensación y Liquidación de Valores, en el caso de valores representados por anotación en cuenta, por los derechos que den lugar al ejercicio de la acción cambiaria, conforme a lo previsto en la ley de la materia.
- La prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido.
- La copia certificada de la prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o ficta.

- El documento privado que contenga transacción extrajudicial, no siendo necesaria la intervención notarial para darle mérito ejecutivo.
- El documento impago de renta por arrendamiento, siempre que se acredite instrumentalmente la relación contractual.
- Otros títulos a los que la ley les da mérito ejecutivo[21].

El testimonio de escritura pública.

- Otros títulos a los que la ley les da mérito ejecutivo[22].

2. Defensas admisibles

La delimitación del contenido del derecho de defensa obliga a distinguir según se trate de ejecuciones civiles provocadas por un titulo que contiene una condena impuesta por una resolución jurisdiccional de aquellas que se habilitan mediante títulos a los que la ley les otorga la ejecución sin previa resolución judicial.

Parece evidente, que en las primeras no deberían admitirse defensas que refieran a lo ya resuelto en el proceso de conocimiento o que se hubieran podido oponer para su resolución porque, como anota Ortells: "sería contrario a una tutela judicial del vencedor en el previo proceso declarativo, alterar, fuera de los supuestos legales, los pronunciamientos de la sentencia que lo concluyó."[23]

21 Por ejemplo, el inciso 7 del artículo 132 de la Ley General del Sistema Financiero, Ley Nº 26702, otorga mérito ejecutivo a las liquidaciones de saldos deudores que emitan las empresas comprendidas en esa disposición. A tal efecto, es necesario que se acompañen los documentos donde conste el origen de la obligación, conforme a lo establecido en la Casación Nº 2024-2002-Lima. Por otra parte, el artículo 228 de esta ley, señala que la empresa financiera debe remitir una comunicación al cliente, advirtiendo la existencia de saldos deudores y requerir el pago. Tras 15 días hábiles sin respuesta, el banco puede girar contra el cliente letras a la vista sin necesidad que sean aceptadas, las que al ser protestadas por falta de pago, dejan expedita la via ejecutiva. Un tercer caso está previsto en el artículo 10 del Decreto Legislativo Nº 299, que señala que el contrato de arrendamiento financiero tiene mérito ejecutivo y que el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, incluyendo la realización de las garantías otorgadas y su rescisión, se tramitarán con arreglo a las normas del juicio ejecutivo (Hace referencia al Código de Procedimiento Civiles de 1912 vigente en aquél entonces).

22 Por ejemplo, el inciso 7 del artículo 132 de la Ley General del Sistema Financiero, Ley Nº 26702, otorga mérito ejecutivo a las liquidaciones de saldos deudores que emitan las empresas comprendidas en esa disposición. A tal efecto, es necesario que se acompañen los documentos donde conste el origen de la obligación, conforme a lo establecido en la Casación Nº 2024-2002-Lima. Por otra parte, el artículo 228 de esta ley, señala que la empresa financiera debe remitir una comunicación al cliente, advirtiendo la existencia de saldos deudores y requerir el pago. Tras 15 días hábiles sin respuesta, el banco puede girar contra el cliente letras a la vista sin necesidad que sean aceptadas, las que al ser protestadas por falta de pago, dejan expedita la vía ejecutiva. Un tercer caso está previsto en el artículo 10 del Decreto Legislativo Nº 299, que señala que el contrato de arrendamiento financiero tiene mérito ejecutivo y que el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, incluyendo la realización de las garantías otorgadas y su rescisión, se tramitarán con arreglo a las normas del juicio ejecutivo (Hace referencia al Código de Procedimiento Civiles de 1912 vigente en aquél entonces).

23 Derecho procesal Civil, p. 29

Por el contrario, cuando se trate de títulos que no contienen como base una declaración jurisdiccional la defensa ha de habilitarse, ya sea en el mismo proceso o en otro posterior.[24]

Sin perjuicio de la exposición particular en este tema para cada país, un vistazo general del derecho de defensa del deudor no se presenta de un modo uniforme, interactuando distintos instrumentos, según se pasa a explicar.

Argentina

El proceso de ejecución de sentencias prevé una etapa defensiva para el ejecutado cuyo ámbito cognoscitivo es limitado. En esa etapa se le permite oponer las excepciones de falsedad o prescripción de la ejecutoria, pago, quita, espera o remisión (art. 506). La prueba, por su parte, sólo podrá fundarse en hechos posteriores a la sentencia y remitirá a las constancias del juicio o a documentos emanados del ejecutante. Estos deberán ser acompañados al deducirlas. El artículo 507 excluye cualquier otro tipo de medio probatorio distinto a los referidos.

Bolivia

Frente a la ejecución forzada la defensa del deudor u obligado al cumplimiento de las decisiones judiciales resultan limitadas, y se resumen en lo siguiente:

a) Ningún recurso ordinario ni extraordinario, ni de compulsa, ni recusación puede suspender el proceso de ejecución forzada.[25]
b) El obligado al cumplimiento de las decisiones judiciales tiene derecho de presentar los recursos de apelación o impugnaciones que considere pertinente; sin embargo, el operador de justicia solo puede concederle en efecto devolutivo, sin que se suspenda la ejecución.
c) Puede solicitar al Juez que en las obligaciones de pago de dinero o de dar se amplíe el plazo más de los tres días para cumplir la obligación. El Juzgador atendiendo las justificaciones y en forma prudencia puede acceder y ampliar el plazo.
d) En las obligaciones de hacer y que resultan personales, el acreedor debe realizar los actos por cuenta del obligado y bajo su costo. Lo

24 En el sistema procesal uruguayo, en caso de ejecuciones en base a titulo los siguientes títulos: crédito hipotecario o prendario con renuncia a los trámites del juicio ejecutivo, transacción aprobada judicialmente o convenio celebrado en el acta de conciliación, si bien tienen igualmente Limitadas las defensas admitidas, se habilita la revisión por proceso ordinario posterior (art.379.5 CGP)

25 El art. 517º del Código de Procedimiento Civil de forma expresa, precisa y clara advierte: *"art. 517º (Ejecución coactiva de las sentencias). La ejecución coactiva de autos y sentencias pasadas en autoridad de coas juzgada no podrán suspenderse por ningún recurso ordinario ni extraordinario, ni el re compulsa, ni el de recusación, ni por ninguna solicitud que tendiere a dilatar o impedir el procedimiento de ejecución"*. Norma procesal que ha posibilitado que las denominadas *"chicanerías"* (métodos de dilatación e impedimento de ejecución de fallos) en el sistema boliviano no tengan cabida. No obstante ello, los modos y formas de dilatación o demora suelen presentarse de forma curiosa.

que importa que el impelido a la obligación de hacer con cierta mala intención deniegue o se ausente para no ejecutar la misma. No existe coacción de aprehensión para el obligado.

e) En las obligaciones de no hacer y como previene la norma procesal, el obligado cumplimiento puede realizar los actos que se encuentra impedidos o prohibidos por los fallos judiciales. La parte actora únicamente le queda la opción de solicitar la orden de reposición y el pago de daños y perjuicios.
f) En el procedimiento de subasta de bienes muebles e inmuebles (con diferencias muy exiguas) pude objetar los informes periciales y como consecuencia de la decisión judicial, apelar de la misma en efecto devolutivo.
g) Puede pedir la nulidad del remate en consideración en el caso de que no se hubiesen efectuado las publicaciones de prensa y variantes, otros vicios específicamente referidos al acto de remate; cuestionar la falta de pago u otros aspectos derivados de la obligación que tiene el adjudicatario de pago al tercer día de la adjudicación.

Brasil

Se debe hacer una doble distinción:

1) Execução fundada em título judicial (denominada "cumprimento de sentença") (art. 475-L, CPC).

Contempla un sistema restringido que permite fundarse en: I) falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II) inexigibilidade do título; III) penhora incorreta ou avaliação errônea; IV) ilegitimidade das partes; V) excesso de execução; VI) qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença. Prazo: 15 dias.

2) Execução fundada em título extrajudicial (denominada de "processo de execução"). (art. 746)

No contempla limitación a la defensa; ella se puede deducir en el plazo de 15 días, contados de "mandado de citação aos autos". En los embargos à expropriação se á limitação de defesa (matéria superveniente à penhora). Prazo: 5 dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação (art. 746, CPC).

España

Se deben distinguir tres situaciones:

a) Oposición por defectos en incidente del proceso de ejecución

La oposición es el mismo para toda clase de títulos ejecutivos, puede fundarse en las siguientes causas:

1ª) Falta de competencia del tribunal, cuya estimación comporta la indicación del tribunal competente o la remisión de las actuaciones al mismo.

2ª) Todas aquellas cuestiones que el tribunal pudo y debió examinar para resolver sobre el despacho de ejecución. La diferencia radica en que el tribunal, si hay oposición, examina estas cuestiones considerando también las alegaciones y aportaciones documentales del ejecutado, lo que aumenta la expectativa de una resolución favorable a este último.

El acto de oposición es escrito, con la carga de acompañar al mismo los documentos relevantes para el examen de las causas de oposición, porque la ley no prevé para los defectos procesales otra clase de medios de acreditamiento. Su presentación no da lugar a la suspensión de la ejecución, pero si el ejecutado consigna la cantidad por la que se ha despachado la ejecución se suspende la práctica del embargo (arts. 585-586 LECiv), y, con ello, la de los actos subsiguientes al mismo. Si el tribunal considera que el defecto existe y es insubsanable, estimará la oposición, dejará sin efecto los actos ejecutivos realizados e impondrá las costas al ejecutante. Lo mismo hará si, siendo subsanable el defecto, no se hubiera subsanado en plazo.

b) Oposición por motivos de fondo en incidente del proceso de ejecución

La oposición por motivos de fondo posibilita poner en cuestión si existe y subsiste el deber de prestación que consta en el título, pero no en atención a lo que dice el título, sino en consideración de un cierto estado de hechos, al que son aplicables ciertas normas de Derecho privado, de lo que deriva que un derecho y correspondiente deber sea tenido por constituido y no extinguido.

Esto explica por qué las causas en que puede fundarse esta oposición son diferentes según los títulos sean jurisdiccionales o no jurisdiccionales.

En el primer caso, la cosa juzgada da cobertura a la existencia y subsistencia del derecho y deber de prestación, de modo que debe excluirse un nuevo enjuiciamiento de esos temas (art. 222.1 LECiv), salvo que la subsistencia del derecho y deber sea cuestionable en virtud de hechos posteriores a la completa preclusión de alegaciones en el proceso declarativo (art. 222.2, párr. 2º LECiv).

Si los títulos no son jurisdiccionales, la cuestión de la existencia y subsistencia del derecho y deber se halla completamente abierta. Tema diferente es el de qué aspectos de esa cuestión permite la ley que se traten en el incidente de oposición y qué otros habrán de ser hechos valer en un proceso declarativo separado.

La ley limita la oposición no sólo mediante la determinación tasada de las causas en que puede fundarse, sino también, adicionalmente, por restricción de los medios de prueba admisibles respecto de las cuestiones de hecho que

pueda suscitar la verificación de una causa de oposición. Ambas limitaciones demuestran que se trataría de incidente declarativo de naturaleza sumaria[26].

c) Impugnación, en proceso declarativo separado, del título ejecutivo o de la ejecución iniciada con base en el mismo

El punto de partida de esta posibilidad de oposición está en el artículo 564 LECiv, según el cual: "Si, después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial, se produjesen hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante, la eficacia jurídica de aquellos hechos o actos podrá hacerse valer en el proceso que corresponda".

México

Para el CPC para el Distrito Federal, si la ejecución se solicita dentro de los ciento ochenta días posteriores a la ejecutabilidad de la resolución, solo se admite la excepción de pago; pasado el término anterior pero no más de un año, se admiten las excepciones de: transacción, compensación y compromiso en árbitros; y transcurridos más de un año, se admiten: novación, espera, la quita, pacto de no pedir, y la de falsedad de documento siempre que no se trate de resolución judicial. Todas las excepciones deben ser de fecha posterior a la

26 La ponencia española hace las siguientes distinciones: a) Causas de oposición en caso de títulos jurisdiccionales y arbitrales en general, con excepción del título judicial denominado auto de cuantía máxima que tiene régimen especial. En el incidente de oposición sólo pueden hacerse valer las siguientes causas: 1ª) Pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia (u otra resolución, o en el acuerdo o transacción judicial, en las actuaciones del procedimiento de estructura monitoria, o en el laudo arbitral). Esta causa sólo puede ser probada mediante prueba documental.2ª) Caducidad de la acción ejecutiva del artículo 518 LECiv. 3ª) Pactos y transacciones para evitar la ejecución. Esta causa sólo puede ser probada mediante prueba documental pública que recoja los correspondientes convenios. La oposición por estas causas no suspende la actividad ejecutiva (art. 556.2 LECiv). No obstante, si el ejecutado consigna la cantidad por la que se ha despachado ejecución, se suspende la práctica del embargo (arts. 585-586 LECiv). *b) Causas de oposición en caso de títulos no judiciales, ni arbitrales* 1ª) Pago. Su prueba está limitada al medio documental. 2ª) Compensación de crédito líquido resultante de documento con fuerza ejecutiva. Propiamente no cabe hablar de una limitación probatoria, sino de ejercicio procesal de la facultad de compensación que, al producirse en un proceso de ejecución, sólo puede fundarse en crédito que conste también en título ejecutivo. 3ª) Pluspetición o exceso de computación a metálico de deudas en especie (lo segundo se refiere a los casos en que el título ejecutivo establezca la deuda con arreglo al art. 520.1.3ª LECiv). Estas causas no tienen limitación de medios de prueba. 4ª) Prescripción y caducidad, referidos al derecho y correspondiente deber de prestación. No tiene limitación de medios de prueba. 5ª) Quita, espera o pacto o promesa de no pedir. La prueba está limitada al medio documental. 6ª) Transacción. Su prueba está limitada a la documental pública. La oposición fundada en estas causas tiene eficacia suspensiva de la ejecución (art. 557.2 LECiv), hasta que sea desestimada (pero aunque la resolución no sea firme: art. 561.3, párr. 1º LECiv). Hay regla especial sobre la suspensión en caso de pluspetición o exceso en la computación a metálico de las deudas en especie. Esta causa de oposición sólo suspende la ejecución si el ejecutado pone a disposición del tribunal, para su inmediata entrega al ejecutante, la cantidad que considere debida.

resolución a cumplir, menos la de falsedad; y respecto a las pruebas, sólo son admisibles las documentales públicas o privadas, éstas reconocidas ante fedatario público; o bien solicitando la confesión judicial. Su trámite es por la vía incidental con suspensión de la ejecución cuando se sustente en documento.

En el CPC para el Estado de Sonora, si la ejecución se solicita dentro de los ciento ochenta días posteriores a la ejecutabilidad de la resolución, solo se admite la excepción de pago; pasado el término anterior pero no más de un año, se admiten las excepciones de: transacción, compensación y compromiso en árbitros; y transcurridos más de un año, se admiten: novación, espera, la quita, pacto de no pedir, y la de falsedad de documento siempre que no se trate de resolución judicial. Todas las excepciones deben ser de fecha posterior a la resolución a cumplir, menos la de falsedad; y respecto a las pruebas, sólo son admisibles las documentales públicas o privadas, éstas solicitando la confesión judicial. Su trámite es por la vía incidental. El término se computa a partir de: la fecha de la resolución si en ella no se hubiere fijado plazo para el cumplimiento voluntario, en cuyo caso se estará el vencimiento del mismo, y si se trata de obligaciones periódicas desde la más remota.

En el CPC para el Estado de Guanajuato, sólo se admiten excepciones posteriores a la audiencia final del juicio, sin precisar cuáles; admitiéndose pruebas documentales y la confesional. Se sustancian en la vía incidental, y opera la preclusión, respecto a las que no se hayan hecho valer con la primera oposición.

Guatemala

La petición de ejecución de sentencia o de laudos arbitrales puede hacerse en el mismo expediente o mediante presentación de certificación del fallo, a elección del ejecutante. En estos casos sólo se admitirán las excepciones nacidas con posterioridad a la sentencia o al laudo cuya ejecución se pida, las cuales se interpondrán dentro de tercero día de notificada la ejecución (Art. 295). En el artículo 296 del CPCyM hay normas específicas que se refieren a la ineficacia del título. Dice: "los títulos expresados anteriormente pierden su fuerza ejecutiva a los cinco años, si la obligación es simple; y a los diez años si hubiere prenda o hipoteca. En ambos casos, el término se contará desde el vencimiento del plazo o desde que se cumpla la obligación si la hubiere.- Sólo se admitirán las excepciones que destruyan la eficacia del título y se fundamenten en prueba documental, siempre que se interpongan dentro del tercero día de ser requerido o notificado el deudor. Las excepciones se resolverán por el procedimiento de los incidentes."

Chile

En la etapa de cumplimiento de la sentencia a que dé lugar la ejecución de las resoluciones no se admitirá ninguna excepción que se haya podido oponer

en el juicio anterior (art. 237 CPC). Esto significa que cuando se trata de un juicio ejecutivo cuyo título es una sentencia judicial, se produce una restricción al régimen de excepciones previstos en el art. 464 del CPC. Todas las excepciones deben fundarse en hechos acaecidos con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia cuyo cumplimiento se trata. Se trata de excepciones materiales, ninguna tiene el carácter de excepción procesal. Se supone que todos los defectos procesales quedaron subsanados con la dictación de la sentencia definitiva, o bien fueron impugnados a través de los recursos.

En el fondo, estas excepciones están previstas para evitar que si se cumplió extrajudicialmente la sentencia, el acreedor intente nuevamente reclamar la prestación. Asimismo, la fijación de un plazo para impetrar el cumplimiento busca sancionar la falta de interés del actor, ya que por el paso del tiempo la sentencia pudo perder su carácter de ejecutoria.

3. Régimen Impugnativo

Atendida la singular naturaleza que tiene la actividad de ejecución, los distintos ordenamientos han tenido que establecer ciertas soluciones especiales, evitando que las acciones, los recursos o las solicitudes eviten por su sola interposición *seguir adelante en la ejecución.*

En los procesos de ejecución, se ha ido configurando un régimen especial donde derechamente se han adoptado medidas tendientes a dar celeridad a la protección del derecho que consta en un título ejecutivo. Dentro de las más significativas están:

a) *La separación en la tramitación de los recursos*
   En algunos países se establece una tajante separación en la tramitación del juicio, diferenciando los recursos deducidos en el juicio ejecutivo, o en la terminología empleada por el código modelo, en la fase de conocimiento del proceso de ejecución, y los que se puedan deducir en la actividad de tasación, embargo y remate o enajenación[27].
c) *El efecto devolutivo, como regla general*
   Una técnica muy recurrida para dar celeridad a los recursos proviene de su concesión en el solo efecto devolutivo.
d) El recurso de apelación diferido, como instrumento para dar celeridad.

Veamos ahora el panorama legal local.

Argentina

El sistema de ejecución de la sentencia posee diversas variantes según el momento y lo actuado por las partes para decidir si una decisión es recurrible. Así son irrecurribles: la resolución que deniega el testimonio para la ejecución

27 En Chile el artículo 458 del CPC., después de prescribir que la tramitación del cuaderno de apremio es independiente del cuaderno ejecutivo.

parcial (art. 499); la que rechaza la excepción sin sustanciarla por no haberse acompañado los documentos respectivos (art. 507); la decisión que manda continuar con la ejecución en el caso de que no se hubieran interpuesto excepciones (art. 508); la resolución que determina el tipo de procedimiento en el caso de la condena a hacer para la determinación del monto de los daños (art. 513) o en igual sentido cuando se deben establecer los daños en obligaciones de dar que no pudieron ser cumplidas en especie (art. 515).

En lo que respecta al trámite de los recursos, aquellos deducidos con anterioridad a la sentencia se concederán de modo diferido y los posteriores en forma inmediata. Excepto que se trate del cuestionamiento de la liquidación que es anterior a la sentencia de venta.

La regla general en relación a los efectos de los recursos es la suspensión de su cumplimiento, que puede ser transformado en no suspensivo (devolutivo según los términos del CPCCN) si se da fianza suficiente cuando las excepciones son desestimadas.

Bolivia

El Código de Procedimiento Civil, en la fase de ejecución forzada no resulta aplicable la apelación en el efecto suspensivo y tampoco en el efecto diferido, debido a la naturaleza de las decisiones que deben ser objeto de ejecución: decisiones firmes y causan estado.

Brasil

Os meios normais (impugnação e embargos do devedor) não têm efeito suspensivo (arts. 475-M e 730-A, CPC). Excepcionalmente, o juiz pode conferir efeito suspensivo, se requerido pelo devedor, mediante a comprovação de risco de grave dano de difícil ou incerta reparação.

Os meios anormais se constituem em ações autônomas de impugnação (por exemplo: ação anulatória do título executivo, mandado de segurança, ação declaratória de nulidade). Também não têm efeito suspensivo (art. 585, § 1º, CPC).

España

En relación a los medios de impugnación en la ejecución civil en Derecho español se deben diferencias las siguientes situaciones.

1) Modalidades de medios de impugnación en la ejecución
   a) Impugnaciones consistentes en incidentes de oposición
   Esto ya fue examinado en relación a la oposición a la ejecución.
   b) Reclamaciones contra actuaciones no consistentes en resoluciones judiciales en general.

Es frecuente en la ejecución que la aplicación de la ley por el tribunal no se manifieste en resoluciones, sino en operaciones materiales o físicas u otras actuaciones (por ejemplo: relacionar unos bienes en el acto de embargo de bienes muebles –art. 624.1.1º LECiv–, poner bienes en posesión del ejecutante, empleando los apremios necesarios –arts. 701, 702 LECiv–).

Para posibilitar la impugnación de estas actuaciones –dado que, en principio, no sería posible el recurso porque no hay resolución–, el artículo 562.1.3º LECiv establece que la parte deberá presentar reclamación por escrito (sin dilación, porque la ley no fija plazo –art. 132.2 LECiv–), indicando la resolución o actuación que solicita para rectificar la infracción. Manifestación específica de esta ordenación es la comparecencia del ejecutado para denunciar la nulidad de pleno derecho del embargo de bienes inembargables (art. 609 LECiv).

c) Reclamación contra actuaciones manifestadas en diligencias de ordenación del secretario

2) Los recursos en la ejecución: a) El recurso de reposición; b) Recurso de apelación .La principal especialidad de su régimen en la ejecución, y salvo una previsión sobre el efecto suspensivo, consiste en que sólo son resoluciones apelables las que expresamente se prevean por la ley (art. 562.1.2º LECiv).
La regla general es que estos recursos no tienen efecto suspensivo de las actividades ejecutivas que hubieran acordado las resoluciones recurridas (art. 567 LECiv). La regla tiene dos excepciones:

1ª) De modo general, para cualquier título ejecutivo y cualquiera sea la infracción denunciada en el recurso, el ejecutado puede obtener la suspensión si acredita que el inmediato cumplimiento de la resolución le causa perjuicio irreparable y si constituye caución para indemnizar los perjuicios del retraso (art. 567 LECiv).

2ª) De modo especial, tratándose de títulos judiciales y siempre que el recurso (reposición y posterior apelación) se funde en que la actividad ejecutiva ordenada por la resolución es contradictoria con lo establecido por el título, se puede obtener la suspensión si, además de la anterior alegación, se constituye caución (art. 563 LECiv). Obsérvese que no hace falta acreditar un especial riesgo por quien sufre la actividad ejecutiva impugnada, sino que la suspensión pedida "se concederá" si presta la caución.

México

Para el CPC del Distrito Federal la regla es que la última resolución que se dicte en el proceso de ejecución no admite recurso; la excepción es que la

sentencia que prueba el remate es apelable en ambos efectos. E igualmente se debe atender a que si la definitiva es apelable, si no lo es ninguna resolución es apelable.

En el CPC para el Estado de Sonora, en el capítulo de la ejecución forzosa, no se establece disposición respecto a qué resoluciones son apelables, por lo que se tendrá que acudir a la regla general de la apelación, en donde toda resolución dictada en juicios de cuantía superior a cien veces el salario mínimo general vigente en la Ciudad de Hermosillo, será apelable.

En el CPC para el Estado de Guanajuato no se establece disposición respecto a qué resoluciones son apelables, por lo que se tendrá que acudir a la regla general de la apelación, en donde no han una previsión general respecto a la admisión de recursos, por lo que debe entenderse que toda resolución es apelable.

Guatemala

En la vía de apremio conforme a lo dispuesto en el artículo 325 del CPCyM, solamente podrá deducirse apelación contra el auto que no admita la vía de apremio y contra el que apruebe la liquidación. Para el juicio ejecutivo existe una norma similar (Art. 334), que dispone que únicamente el auto en que se deniegue el trámite a la ejecución y el auto que apruebe la liquidación, serán apelables. Agrega la disposición que el Tribunal Superior señalará día para la vista dentro de un término que no exceda de cinco días, pasado el cual resolverá dentro de tres días, so pena de responsabilidad personal. También la sentencia dictada en juicio ejecutivo no pasa en autoridad de cosa juzgada y lo decidido puede modificarse en juicio ordinario posterior (Art. 335).

Perú

De acuerdo al artículo 690-D del Código Procesal Civil, la contradicción que se sustente en causales no reguladas será rechazada liminarmente por el Juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo. Asimismo, el artículo 691, menciona que el plazo para interponer apelación contra el auto que resuelve la contradicción es de 3 días. El auto que resuelve la contradicción, poniendo fin al proceso único de ejecución es apelable con efecto suspensivo. En caso que la apelación sea concedida sin efecto suspensivo, tendrá la calidad de diferida. En la ejecución de garantías, el artículo 720 indica que la resolución que declara inadmisible o improcedente la demanda es apelable con efecto suspensivo y sólo se notificará al ejecutado cuando quede consentida o ejecutoriada.

Chile

Contra las resoluciones que se pronuncien en el procedimiento de cumplimiento de resoluciones procede el recurso de apelación en el solo efecto devolutivo (art. 241 CPC).

4. Mecanismos sancionatorios de la mala fe procesal

Con el objeto de lograr hacer eficaz el cumplimiento de la ejecución en los distintos ordenamientos se han ido perfeccionado diversos actos, apreciándose soluciones de interés en los siguientes puntos.

4.1. Conminaciones o multas

Para garantizar la ejecución de sentencias se ha introducido la técnica de las "astreintes" o multas conminatorias[28].

Las conminaciones económicas o personales se establecen, por tanto, como mecanismo de constricción de la voluntad del deudor demandado en el proceso de ejecución y en cualquier etapa de todo proceso, con amplitud tal que permite su utilización en cualquier trámite o estructura.

En Uruguay, si bien se hallan reguladas no son comúnmente utilizadas. [29]

En España, el 247 LECiv, prescribe una norma general de tratamiento de la mala fe procesal, estableciendo expresamente que los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe y que los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal, pudiendo asimismo imponer multas en tal situación. [30]

Señala Ortells, que de las dos clases de consecuencias desfavorables previstas por esta norma, la que más se aplicaría sería la de desestimación de peticiones calificables como abuso de derecho o fraude, por ejemplo, desestimando, con aplicación de la doctrina de "levantamiento del velo de las perso-

28 Se trata de un mecanismo nacido en la jurisprudencia francesa; tradicionalmente se las define como una sanción pecuniaria impuesta a tanto por día, o por otra unidad de tiempo de retraso en el cumplimiento de una obligación establecida por resolución judicial (Aragoneses Martínez, Sara, *Las <<Astreintes>>*, Madrid: Edersa, 1985, p. 20; FUEYO LANERI, Fernando, "Las astreintes", en *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 497-534).

29 No debe confundirse estas conminaciones económicas con aquellas que son las propias del proceso de ejecución de títulos que contienen una prestación de hacer o de no hacer en la medida que las últimas constituyen el contenido necesario del proceso de ejecución y no eventual, así como también el resultado del producido por la acumulación de astreintes resulta en beneficio del ejecutante y no del Fondo Judicial administrado por la Suprema Corte de Justicia como ocurre con las primeras.

30 Si los tribunales estiman que alguna de las partes actuó contrariando las reglas de la buena fe procesal, podrá imponerle 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 que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar.

nas jurídicas", solicitudes destinadas a impedir el embargo de bienes determinados y tercerías de dominio destinadas a levantarlo.

En cambio, la consecuencia de la multa, claramente sancionatoria se aplica muy raramente en la práctica, citando a Pico Junoy, cuyas conclusiones en este punto hemos consignado en la nota No. 45 del presente relato. España también tiene previsto la imposición de multas coercitivas a terceros con la finalidad de que presten su deber de colaboración. [31]

4.2. Condena en costas

En general, todos los sistemas, establecen la condena preceptiva en costas al ejecutado. [32]

4.3. El deber de denunciar bienes por el ejecutado. Su omisión.

En el Código de Procedimiento Civil para el Estado de Sonora, México, se establece el deber de manifestación de bienes por el ejecutado, siempre que lo solicite el ejecutante.[33]

En España el art. 589 LECiv establece el deber del ejecutado de proporcionar información de los bienes a embargar, declarando ordenadamente bienes que le pertenezcan y que sean suficientes para cubrir la cantidad por la que se ha despachado ejecución.

El incumplimiento del requerimiento –por omisión de la declaración o por ser esta falsa, tardía o incompleta– puede comportar responsabilidad penal por desobediencia grave (art. 589.2 LECiv), y civil en el ámbito de la ejecución por la imposición de multas coercitivas para forzar el cumplimiento del deber (art. 589.3 LECiv).

5. Desjudicializacion de fases de la ejecución

Uno de los cambios más frecuentes, para lograr una mayor eficiencia en la ejecución, apunta a introducir reformas al sistema de la subasta judicial. Dentro de las varias posibilidades, un ejemplo en tal sentido ha sido incorporar la actuación de un oficial de la justicia, que en forma podríamos decir exclusiva,

31 La previsión tiene un alcance muy general en el art. 591.2 LEC, porque se refiere tanto al deber de informar de bienes embargables, como al de prestar otras colaboraciones para la ejecución. Tiene un alcance más específico en el art. 676.3 LEC, que dispone la imposición de estas multas para forzar, más que una colaboración positiva, que se mantenga una conducta de no impedir, ni obstaculizar las facultades del titular de la administración forzosa (cuando esta modalidad de realización forzosa haya sido acordada en la ejecución por obligaciones dinerarias).

32 Señala Ortells, en su informe que hay reglas especiales que rigen de otro modo la imposición de costas en específicas actuaciones e incidentes del proceso de ejecución. Así, por ejemplo, la condena en costas al ejecutante en caso de estimación de la oposición a la ejecución.

33 Gómez Frode-Buscio, Informe mexicano.

se encargue de la tarea de comercialización del bien. [34] En otros casos, se han introducido formas alternativas de realización, como por ejemplo España, que habilita la venta forzosa por personas o entidades especializadas, sacándola de la órbita judicial o los llamados convenios privados de realización.

Los objetivos radican fundamentalmente en lograr una enajenación más rentable y la agilización de la tramitación procedimental, permitiendo que ciertas actuaciones sean efectuadas por personas que no se hallan en relación de dependencia con el órgano jurisdiccional.

Claro está, que la opción de desjudicializar esta fase de la vía de apremio, no deja de preocupar a muchos estudiosos del derecho, en cuanto a determinar los límites y el control de la actuación de los privados. Sin embargo, en los casos que hemos reseñado, no existe una desjudicialización total, ya que, por ejemplo, en el sistema procesal español, la persona o entidad especializada deberán someterse a un posterior control del órgano judicial quien finalmente deberá aprobar la realización practicada.

En este sentido analizaremos las soluciones adoptas en algunos de los Países miembros.

España admite la intervención de privados dentro de un proceso judicial para la realización de bienes muebles o inmuebles en las siguientes hipótesis:

a) Venta en mercados secundarios de valores o a través de fedatario público [35]de acciones y otra forma de participaciones sociales, en virtud de que coticen o no. (art.635 LEC)
b) Realización mediante convenio. Cualquiera que acredite un interés directo en la ejecución puede pedir al tribunal que convoque una comparecencia con la finalidad de convenir el modo de realización más eficaz de los bienes del ejecutado. Así podría convenirse, una administración para pago, la adjudicación directa al ejecutante, la dación en pago, pago por tercero, permuta de bienes, etc. El convenio requiere la voluntad expresa de ejecutante y ejecutado (art. 640.3 LECiv) y aprobación judicial mediante auto. [36]
c) Realización a través de persona o entidad especializada (art. 641.1 LECiv).

34 Así por ejemplo, la reciente reforma del Código Procesal Civil de Portugal ha procurado acelerar la efectiva satisfacción del crédito, sacando de la esfera de actuación del juez los actos ejecutorios tradicionales como ordenar las notificaciones, la venta, el pago, interviniendo solamente en forma eventual, como por ejemplo de surgir un litigio durante la fase de ejecución o resolver dudas. Cfr. Darci Guimaraes Ribeiro en *La ejecución Civil: Problemas actuales*, Ed. Atelier, Barcelona, 2008, p. 379

35 Ortells indica que propiamente no se trata de realización en forma privada, porque interviene, bien una administración pública independiente (como la Comisión Nacional del Mercado de Valores) o un fedatario público (el notario), Informe español.

36 La aprobación del acuerdo produce la suspensión de la actividad ejecutiva realizada por los medios de realización ordinarios (subasta, adjudicación y administración forzosas) que resulten incompatibles. El cumplimiento del convenio deberá ser acreditado, y tendrá como efecto, en caso de que se haya obtenido la satisfacción completa del ejecutante, el fin de la ejecución (art. 570 LECiv); si la satisfacción es parcial, se sobreseerá la ejecución respecto del bien afectado por el convenio. (art. 640.4 LECiv).

Para que el tribunal acuerde esta forma de realización, se requiere que lo solicite el ejecutante o el ejecutado con consentimiento del ejecutante, y que las características del bien aconsejen que se adopte esta modalidad.

La ley exige que la persona o entidad especializada cumplan determinados requisitos entre los que destacamos la de prestar caución (art. 641.2 LECiv) y el deber de actuar con arreglo a las condiciones fijadas en la resolución (por ejemplo, la remuneración de sus servicios, forma y condiciones de pago del precio, precio mínimo y plazo máximo), que serán, en primer término, las acordadas por las partes y, a falta de acuerdo, las que establezca el juez, dentro de unos límites legales principalmente referidos al precio de adjudicación de los bienes.[37]

En Uruguay **s**e prevé la intervención de privados en la ejecución simplificada de crédito hipotecario para vivienda prevista por la Ley No. 18.125 del año 2007. En esta hipótesis el estudio de títulos se realiza por medio de profesionales escribanos y el remate por rematadores, designados por el ejecutante, una vez que judicialmente se dispuso la procedencia de la ejecución (instrucción que se verifica por medio de la vía del incidente (Arts. 35 a 59)

Argentina, prevé la intervención de privados y la ejecución extrajudicial en la ley No. 24441 de financiamiento de la vivienda y la construcción, fideicomiso, leasing, letras hipotecarias.[38]

México únicamente prevé dicha intervención en el caso de realización de bienes muebles donde la venta se hace por corredor público o casa de comercio, al contado y por un precio fijado judicialmente por peritos a menos que haya acuerdo entre las partes. [39]

37 Cuando cumpla el encargo, la persona o entidad correspondiente deberá ingresar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la cantidad obtenida, descontando gastos efectuados y la cantidad que les corresponda como retribución. El juez deberá comprobar la operación realizada y, si la aprueba, ordenará la devolución de la caución y el pago con arreglo lo previsto en el régimen de la ejecución. Si el encargo no se cumple en plazo de seis meses, o en el más breve que pudiera haberse pactado, el tribunal dictará auto revocándolo (con pérdida de la caución) o ampliándolo si hay justificación para ello. Si lo revoca, ordenará que continúe la actividad ejecutiva con los medios de realización forzosa ordinarios.

38 El art 53 de la citada ley establece que en caso de mora en el pago del servicio de amortización o intereses de deuda garantizada por un plazo de sesenta (60) días, el acreedor intimará por medio fehaciente para que se pague en un plazo no menor de quince (15) días, advirtiendo al deudor que, de no mediar pago íntegro de la suma intimada, el inmueble será rematado por la vía extrajudicial. En el mismo acto, se le intimará a denunciar el nombre y domicilio de los acreedores privilegiados, embargantes y ocupantes del inmueble hipotecado. De acuerdo al art. 58 de la referida ley la base de la subasta será el monto de la deuda a la fecha de procederse a la venta y los avisos deberán -como mínimo- informar sobre la superficie cubierta, ubicación del inmueble, horario de visitas, estado de la deuda por tasas, impuestos, contribuciones y expensas, día, hora y lugar preciso de realización de la subasta.

39 Previsto en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, también se halla regulado en el Codigo del Estado de Sonora en caso de realización de bonos, títulos y valores que no estén cotizados en bolsa, a través de un corredor, casa de comercio o quien designe el juez. Informe mexicano de Gómez Frode y Bucio.

Brasil prevé la intervención de privados en:

1) execução de dívida hipotecária, vinculada ao sistema financeiro de habitação, em favor de instituição financeira (arts. 31 e 32 do Decreto-Lei 70/66; Lei nº 5.741/71);
2) execução de dívida derivada do Sistema de Financiamento Imobiliário, relacionada com alienação fiduciária de coisa imóvel (Lei nº 9.514/97).

Em ambos os procedimentos, permite-se o leilão privado do imóvel, com a finalidade de se obter o produto suficiente ao pagamento do saldo devedor.

En Bolivia, la libertad contractual permitiría a las partes, aun durante el desarrollo de una contienda judicial o posteriormente a la conclusión de la misma, la suscripción de un instrumento legal transaccional y en el que ambas partes deciden remitir a conocimiento de una entidad privada, dedicada a la actividad de subasta de bienes, el procedimiento de remate de los bienes muebles o inmuebles. Como puede apreciarse, naturalmente requiere de la voluntad de ambas partes, pero impone la subasta como forma de realización del bien de que se trate. Y esta resultaría ser la única excepción a que la realización de bienes no se halle controlada o autorizada por el operador de justicia. [40]

En Chile la enajenación forzosa opera por remate cuya realización será judicial o privada, dependiendo del bien a enajenar. Tratándose de bienes raíces solo se admite que la venta se formalice mediante remate público previa tasación ante el juez que conoce de la ejecución. Tratándose de bienes muebles se admite que la transferencia se realice al mejor postor por un martillero designado por el juez de la causa sin necesidad de tasación.[41]

Perú no admite la intervención de privados en la realización de los bienes. Tampoco Colombia. [42]

Guatemala, la admite en las siguientes hipótesis, que también habilitan una ejecución extrajudicial.

a) Fideicomisos en garantía.
b) Ley de garantías mobiliarias**,** que tiene por objeto, según su artículo 1º. regular esa clase de garantías y lo relativo al Registro de Garantías Mobiliarias que por la misma ley se crea.

De lo expuesto podemos concluir que en aquellos países que han implementado la intervención de privados, la desjudicializacion se ha concretado fundamentalmente recién en la fase de realización de los bienes. Ya se trate de bienes muebles o inmuebles, generalmente la intervención se centra en la venta de los mismos, o en el estudio de la documentación.

40 Informe Boliviano.

41 Informe chileno, allí se agrega también en sistema similar la enajenación de bienes muebles consistentes en efectos de comercio realizables en el acto y bienes muebles sujetos a corrupción o susceptibles de próximo deterioro.

42 Informes nacionales de Perú y Colombia.

6. Ejecuciones extrajudiciales

Por último analizaremos sistemas que admiten ejecuciones extrajudiciales, es decir, que las mimas se llevan a cabo, fuera del ámbito judicial, tanto en la etapa eventual de oposición del ejecutado como en la realización, pago al ejecutante y escrituración de lo subastado.

Para España, Ortells señala en su informe nacional dos precisiones en este punto que entendemos imprescindible recordar:

-Extrajudicial es tanto actividad privada como actividad de una administración pública sin bien esta última se habilita para los actos administrativos, y los deberes que los mismos impongan. También en este caso las administraciones tienen la potestad de ejecutar por sí mismas, sin acudir a órganos judiciales.

-Que una ejecución no deja de ser extrajudicial, porque en alguna circunstancia el ejecutante precise acudir a los tribunales para superar determinados impedimentos o el ejecutado para impedir una actividad ejecutiva que no se esté realizando con arreglo a Derecho.

En España se prevén las siguientes hipótesis de ejecuciones extrajudiciales:

1º) Venta extrajudicial del bien inmueble hipotecado.[43]
2º) Realización extrajudicial de la hipoteca mobiliaria.[44]
3º) El procedimiento de realización extrajudicial de la prenda común previsto en el artículo 1872 CC[45]

En Uruguay únicamente se prevé en dos supuestos:

a) la realización del bien objeto de prenda por parte del acreedor en la prenda común no inscripta.

b) la ejecución de hipotecas otorgadas por el Banco Hipotecario del Uruguay (Banco estatal) que habilita a dicha Institución a proceder a la *"venta de las propiedades hipotecadas por sí y sin forma de juicio alguna"*. [46]

Perú ha normado la ejecución de garantías hipotecarias en vía judicial. Excepcionalmente, la Ley Nº 28698, regula la constitución y ejecución extrajudi-

43 Para que pueda darse esta hipótesis en la escritura de constitución de la hipoteca debe estar pactada la venta extrajudicial del bien hipotecado, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de Notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario

44 La hipoteca debe recaer sobre bienes muebles identificables, inscribibles y efectivamente inscriptos, así como su gravamen, en el Registro de Bienes Muebles). Y debe constar en la escritura de hipoteca el tipo de subasta y el apoderamiento a persona para que otorgue la escritura de transmisión al adjudicatario.

45 "El acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder por ante Notario a la enajenación de la prenda.

46 Se trata de una facultad especial que tiende a proteger el otorgamiento de crédito para vivienda por parte de la banca pública así como proteger al Ente que tiene por principal fin la promoción de la vivienda de carácter social. Arts. 80 y ss. de la Carta Orgánica del Banco Hipotecario del Uruguay.

cial de garantías hipotecarias para programas de viviendas. El préstamo debe estar destinado a la adquisición de una vivienda nueva, la constitución de una vivienda en sitio propio y/o el mejoramiento de vivienda. Asimismo, está prevista la ejecución extrajudicial de bienes muebles en la Ley de Garantía Mobiliaria, Nº 28677, que permite la ejecución extrajudicial de un bien mueble afectado en garantía; permitiendo el pacto comisorio.[47]

Brasil regula la ejecución extrajudicial en dos supuestos:

1) execução de dívida hipotecária, vinculada ao sistema financeiro de habitação, em favor de instituição financeira (arts. 31 e 32 do Decreto-Lei 70/66; Lei nº 5.741/71);

2) execução de dívida derivada do Sistema de Financiamento Imobiliário, relacionada com alienação fiduciária de coisa imóvel (Lei nº 9.514/97).[48]

México habilita la ejecución extrajudicial para el pacto comisorio expreso, convenios y laudos emitidos y sancionados por la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, convenios celebrados ante el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia, convenios celebrados ante el Juez Cívico. [49]

Guatemala prevé la ejecución extrajudicial en las hipótesis de:

a) Fideicomisos en garantía. en caso de incumplimiento puede procederse a ejecución extrajudicial conforme al procedimiento que establezcan las partes en el acto constitutivo. Así en la escritura pública que se firme la fiduciaria queda expresamente facultada para vender en subasta voluntaria ante Notario los bienes fideicometidos en garantía y se fija el procedimiento.

b) Ley de garantías mobiliarias**,** que tiene por objeto, según su artículo 1º. regular esa clase de garantías y lo relativo al Registro de Garantías Mobiliarias que por la misma ley se crea.

Bolivia, por su parte, no prevé ninguna ejecución extrajudicial. Nos señala Gutiérrez Sánchez, que nada impide a que las partes pacten el ejecutar las sentencias firmes, de forma voluntaria extrajudicialmente, pero para que la ejecución tenga los efectos jurídicos pertinentes, debe ser objeto de homologación o aprobación por el juzgador. Instancia en la que el Juez analizará si el acuerdo o convenio extrajudicial no conculca o vulnera las decisiones jurisdiccionales firmes.

47 El procedimiento de ejecución de la garantía mobiliaria opera ya sea por la venta extrajudicial que efectúa el acreedor en determinadas condiciones o por la adjudicación del bien al acreedor si ello estaba pactado.

48 Informe de Arruda Alvim y Seiji Shimura.

49 Previsto en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal., también se halla regulada en los Códigos del Estado de Sonora y Guanajato con ciertas diferencias. Informe mexicano de Gómez Frode y Bucio.

Chile no tiene previsiones generales en esta materia, salvo algunas ejecuciones prendarias de valores mobiliarios a favor de los bancos[50].

En Colombia, tampoco existen ejecuciones civiles extrajudiciales. Sea que se trate de ejecutar una sentencia o un laudo arbitral de condena firmes, el trámite es en todos los casos judicial y se denomina proceso ejecutivo.

Conforme lo expuesto, las hipótesis de sistemas extrajudiciales para la ejecución son de excepción.

La aplicación de esta solución la vemos limitada a las hipótesis de existencia de contratos de hipoteca o de prenda, fideicomisos, pacto comisorio expreso, suscritos entre las partes y en los que, generalmente, se pacta la posibilidad de esta vía de realización.

III. PRINCIPALES CAUSAS DE INEFICACIA DEL PROCESO DE EJECUCIÓN

En opinión de los relatores nacionales, las principales causas que obstan a la eficacia del proceso de ejecución civil en sus respectivos países, serían las siguientes:

México

a) La no regulación de la preclusión (con excepción del código del Estado de Guanajuato) que posibilita la deducción sucesiva de las defensas.
b) La tramitación de las tercerías deducidas dentro del proceso de ejecución por la vía ordinaria.
c) La falta de medidas provisorias para asegurar y garantizar el resultado de la ejecución, con excepción de medidas de embargo.
d) Inexistencia de regulación de la ejecución provisional
e) Ausencia de una administración judicial
f) La falta de medidas sancionatorias para el incumplimiento de las obligaciones.[51]
g) La omisión de los juzgadores en hacer referencias a plazos de cumplimiento.
h) La onerosidad que implica la tramitación de la ejecución. [52]

Perú

a) Sobrecarga judicial
b) Desdén por la autoridad

50 Ley 4.287, Sobre realización de la prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos.
51 Informe mexicano de Gómez Frode y Bucio.
52 Informe mexicano de Elizondo Gasperin.

c) Deudores profesionales que ocultan sus bienes
d) Interposición de demandas contra la sentencia para impedir que se lleva adelante la ejecución citando a vía de ejemplo: Amparo, Nulidad de cosa juzgada fraudulenta, Tercería, Nulidad de remate, etc.

España

a) La frecuente interpretación de normas según el criterio del "favor debitoris"
b) La dificultad de descubrir un patrimonio suficiente para hacer recaer sobre el mismo las actividades de ejecución.

Uruguay

a) La incertidumbre en materia interpretativa en cuanto a la aplicación de los medios impugnativos, la excesiva previsión del recurso de apelación
b) Las demoras de la oficina judicial en las actividades preparatorias de la subasta, especialmente en el estudio de la titulación.
c) La dificultad de poder conocer los bienes del deudor ejecutado. [53]

Argentina

a) Poca claridad en los dispositivos de las sentencias y las formas en que deben ser cumplidas;
b) Escaso control de las restricciones a las alegaciones de defensas y pruebas que conducen a la "ordinarización" y desborde de la ejecución;
c) Ausencia de sanciones a las inconductas de las partes;
d) La intervención de las "ligas" de compradores;
e) Costos de los trámites preparatorios de la subasta;
f) Dificultades en la comunicación entre los tribunales cuando existe más de un embargante interesado en subastar.

Chile

a) Un régimen de excepciones que desnaturaliza la actividad de ejecución.
b) Un sistema de recursos muy amplio, que permite llegar incluso a la Corte Suprema con los juicios ejecutivos.
c) La admisión de incidentes dilatorios.
d) La frecuente interpretación de normas según el criterio del "favor debitoris" o pro deudor.

53 No existe en Uruguay un sistema registral que permite obtener información sobre todos los bienes inmuebles propiedad de una persona, a lo que se suma la vigencia de estrictos sistemas de secreto bancario, comercial y profesional que en procesos civiles hacen prácticamente imposible acceder a información del deudor.

e) La dificultad de descubrir bienes del deudor, para hacer recaer sobre el mismo las actividades de ejecución.

Colombia

a) Régimen procesal predominantemente escrito y con plazos procesales que, en la práctica, no son respetados.
b) Inexistencia de suficientes despachos judiciales para tramitar grandes volúmenes de procesos.
c) Si la ejecución de una sentencia se promueve transcurridos los 60 días de ejecutoriada o de notificado el auto de obedecimiento a lo resuelto por el tribunal superior, la ejecución no opera en forma inmediata y automática, sino que la parte que resultó vencedora en el proceso de conocimiento debe promover un nuevo proceso. Ello implica formular una nueva demanda, ofrecer nueva oportunidad de defensa al obligado, quizás practicar pruebas, presentar alegatos, y finalmente, la emisión de otra sentencia que ratifique el pronunciamiento contenido en el fallo de cuya ejecución se trata.
d) No existe la posibilidad de solicitar la ejecución provisional de la sentencia, lo que se ve especialmente agravado por el hecho de que en Colombia los procesos de conocimiento, predominantemente escritos, tienen una duración extraordinaria (a modo de ejemplo, la primera instancia puede tener una duración aproximada de cinco años, la segunda instancia de aproximadamente tres años y la casación de aproximadamente cinco años).
e) La regulación legal del recurso de apelación, único admisible en procesos ejecutivos, impide que la sentencia se ejecute mientras esté sometida a este recurso. En efecto, el recurso de apelación tiene efecto suspensivo y solo de manera excepcional se consagra el efecto devolutivo.

Bolivia

Centra los mayores obstáculos, no en las normas legales que regulan los procesos de ejecución, a las que considera eficaces, en mayor o menor grado, sino en las personas involucradas en la ejecución forzada, "partiendo de la autoridad judicial, los funcionarios subalternos del recinto judicial, la persona natural o jurídica que ha sido beneficiada con la decisión judicial firme y la persona que tiene obligación de cumplimiento".[54]

Brasil

Al igual que Bolivia, señalan que las dificultades se manifiestan, no en las normas legales, sino en la falta de patrimonio ejecutable del deudor: Así expresan los relatores Arruda y Seiji: "A dificuldade não reside no processo de

54 Informe boliviano.

execução, mas sim na falta de patrimônio ou na proibição de penhora de certos bens (por exemplo: bem de família, salário, caderneta de poupança).

Guatemala

Señala Aguirre Godoy que la mayor causa de retardo es el abuso que los litigantes hacen del amparo judicial, lo que se posibilita por los términos en que está redactado el artículo 265 de la Constitución de Guatemala que expresamente establece que no hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación de los derechos que la Constitución y las leyes garanticen. [55]

IV. COMO REDACTARIAMOS HOY EL CODIGO MODELO

De conformidad a la convocatoria de estas jornadas —como se redactaría el Código Modelo a 20 años de su vigencia—, analizaremos los informes nacionales.

Los mismos brindan opiniones muy diversas en cuanto a la vigencia de las normas del Código Modelo que regulan los procesos de ejecución.

Desde quienes sostienen que debe permanecer como está, pasando por quienes entienden necesario alguna modificación, precisándola, llegando hasta quienes afirman que hoy, el proceso de ejecución así regulado, resulta claramente ineficiente e ineficaz.

Veamos las razones esgrimidas.

Dentro de quienes entienden que el Código no merece modificaciones o reformas encontramos la opinión de los relatores brasileños que expresamente señalan que la regulación del código modelo en este tema es correcta y debería permanecer igual.

Sustentan su posición en que tratándose de un Código Modelo, que contiene reglas generales ellas tienen la función de inspirar a los legisladores de los países de idioma español y portuguesa. Por esa razón debe ser lo suficientemente genérico a fin de dejar a cargo de cada País, su adaptación atendiendo a sus particularidades. [56]

Coincide con esa posición, México en el informe de Elizondo Gasperin, quien afirma que las disposiciones en materia de ejecución de sentencia, con-

55 Informe de Guatemala, donde se agrega que dicha disposición se complementa con el Decreto Numero 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, LEY DE AMPARO, EXHIBICION PERSONAL Y DE CONSTITUCIONALIDAD, que es una ley que desarrolla la materia y que menciona el amparo judicial y lo hace con mucha amplitud. En el artículo 10 apartado h) se admite la interposición del amparo, en los asuntos del orden judicial o administrativo, si después de haber hecho uso el interesado de los recursos establecidos por la ley, subsiste la amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.

56 Agregan además, que se trata de una regulación moderna en tanto prescribe conminaciones económicas para el ejecutado que se resiste a pagar. Solución que Brasil reclama sea implementada en el derecho de su país.

tiene de manera clara y precisa las variantes de los tipos de obligaciones que pueden encontrarse inmersas en una sentencia y por ello el procedimiento a seguir por el ejecutante, debe resultar eficiente. Únicamente sugiere establecer un plazo de prescripción para la ejecución de sentencias, señalando el inicio del plazo para su cómputo, a los efectos de otorgar seguridad jurídica de los actos a los justiciables.-

Dentro de quienes sugieren alguna modificación encontramos a los relatores por Bolivia, Guatemala, España

Gutiérrez Sánchez, sólo encuentra necesario que se otorgue un tratamiento más amplio a la regulación de medidas precautorias o preventivas referidas a las anotaciones preventivas en las oficinas de derechos reales, el secuestro como medida complementaria o necesaria o adicional, la intervención judicial en la administración de las sociedades y con las limitaciones descritas, las prohibiciones de innovar y de contratar para los casos específicos y la caución en su caso.

Para Aguirre Godoy, deberían incluirse las siguientes:

a) Efectuar una referencia precisa a las sentencias contra el Estado, regulando el procedimiento para lograr la satisfacción de la obligación que se ejecuta.
b) No establecer un orden para la traba de los embargos, como lo impone el art. 324.1. Entiende que el mismo debe quedar a criterio del ejecutante.
c) En el capítulo que refiere a otras especies de ejecución, como son las de dar. De hacer, de no hacer, debería incluirse la facultad del Juez para fijar, provisionalmente, los daños y perjuicios causados para que prosiga la ejecución.

Para los relatores argentinos, desde la redacción del CPCMI hasta la fecha han nacido nuevos ejes de conflicto que, como no ocurría en otras épocas, son llevados a los tribunales, por lo cual parece razonable sostener que existe un vacío en su redacción que es necesario completar.

Encuentran acertadas disposiciones como el art. 319 que circunscribe la finalidad del proceso de ejecución a la realización o aplicación concreta de lo establecido en la sentencia y establece que el Tribunal se encargará de dirigir el procedimiento. También les resulta útil la referencia a las sanciones conminatorias del art. 320.

Sin embargo, apuntan, las normas poseen una gran abstracción y prescinden de las situaciones concretas que se deben materializar para restablecer derechos.

Por ello sugieren:

a) Deberían examinarse la variedad de situaciones sobre las cuales la jurisdicción sustituye la libre decisión del ejecutado. Una nueva redacción podría indagar sobre las características de las situaciones en las cuales el Tribunal debe intervenir en una realidad dinámica y

que reclama una sustancial reducción de los tiempos que requiere la actividad judicial.

b) Precisarse la redacción del art. 319.3 que regula las defensas que puede oponer el ejecutado y su prueba, ya que se trata de una norma de una redacción muy abierta que carece de límites precisos en cuanto a la actividad defensiva y potencialmente dilatoria.
c) Incorporar sanciones específicas en caso que se advierta mala fe en la conducta asumida por el ejecutado.
d) Debido a que gran parte de la actividad jurisdiccional tiene relación con el encauzamiento de políticas públicas una nueva redacción debería ocuparse de la problemática de la ejecución de las sentencias exhortativas, que por su esencia son generadoras de conflictos entre los poderes que compongan cualquier estado-

Concluyen Oteiza y Salgado que la mayor parte de los inconvenientes, se generan a partir del uso inapropiado que los operadores le dan a los institutos. Con lo cual las observaciones formuladas, eminentemente prácticas, pueden ser tenidas en consideración, pero no modifican la sustancia del esquema procesal del CPCMI.

En opinión de Ortells, la regulación prevista en el Código Modelo para el proceso de ejecución, continúa siendo muy apreciable.

No obstante ello formula precisiones en relación a determinadas disposiciones:

Así por ejemplo:

a) No comparte la invocación de la igualdad de las partes. Y ello en atención a que las situaciones jurídicas activas y pasivas que integran el estatuto de las partes en la ejecución no son equivalentes para ejecutante y ejecutado. Agrega que en el proceso de ejecución la parte ejecutante se encuentra en una posición de supraordinación y la parte ejecutada en una posición de subordinación. .
b) Respecto de las conminaciones económicas previstas en el art. 320, entiende necesario el establecer claramente que el crédito del Fondo Judicial, por dicho concepto, en ningún caso será preferente al crédito del ejecutante. Parece inclinarse por la solución que brinda el art. 331.3, que en sede de ejecución de obligaciones de hacer, establece que las conminaciones no se imputarán a los daños y perjuicios, beneficiando al ejecutante. [57]
c) Respecto de la eficacia del embargo, regulada en el art. 324.4 manifiesta la necesidad de establecer desde qué momento o actuación se producen los efectos del embargo, ya sea respecto del deudor, como respecto de terceros.

57 Para Pico Junoy, debería establecerse expresamente que el destinatario de las multas que se le impongan al ejecutado deben ser en primer término para el ejecutante destinando el remanente al Tesoro Público, en Mecanismos de Control de la mala fe procesal en la Ejecución Civil, ob.cit. p. 61.

d) En relación a los modos de de realización forzosa, deberían instrumentarse otros medios alternativos a la subasta judicial, en la línea de lo previsto por la LECiv española de 2000, y que en este relato hemos relevado.

e) En el art. 330, si el título ejecutivo reconoce una propiedad cuya titularidad puede acceder a un registro público, habría que considerar alguna regulación del acceso al registro del derecho reconocido por el título ejecutivo y no limitar el régimen de la actividad ejecutiva a los actos de entrega de la posesión.

f) En cuanto al régimen de la ejecución de prestaciones de hacer por un tercero a costa del ejecutado (art. 331. 2 y 4), no basta con facilitar el reembolso a cargo del ejecutado de cantidades anticipadas por el ejecutante, sino que debe preverse un medio para la obtención previa de una cantidad presupuestada con cargo al patrimonio del ejecutado.

Dentro de quienes sostienen que el mismo debe ser sustancialmente modificado, encontramos a los relatores por Uruguay y México en el informe de Gomez Frode y Bucio.

Pereira Campos y Labat, sostienen que si bien el Código modelo resultó en su momento un gran avance, resulta hoy resulta claramente ineficiente para el desarrollo del proceso de ejecución.[58]

Gómez Frode y Bucio entienden que la redacción de todas las disposiciones (Art. 317-322) es poco práctica y útil. Incluso la encuentran tautológica y redundante, sobre todo cuando el artículo 319.2establece que el tribunal dirigirá el procedimiento con "plena autoridad" o que las partes actuarán en un plano de igualdad. En su forma de pensar, sería irónico pensar lo contrario. Por ello proponen que se sustituya esta redacción por un texto más moderno, simple y accesible. [59]

En relación a las modificaciones de forma proponen:

a) Suprimir las remisiones a otros artículos. Si bien la remisión es una técnica legislativa común representa una ley del menor esfuerzo que puede confundir y complicar la comprensión de una disposición legal.

b) Sustituir el vocablo "astricción" mencionado en el artículo 320.1 ya que el mismo no constituye un lenguaje estrictamente jurídico. Sugieren que se sustituya por conceptos como constreñir, conminar, etc.

c) La supresión del concepto previsto en el artículo 320.2 relativo a la "efectiva constricción psicológica". No deberían introducirse ele-

58 A las posibles modificaciones del código, agregan Pereira Campos y Labat que deben sumarse modificaciones esenciales en las áreas de gestión judicial, desmitificando el dogma de que todas las actividades debe realizarlas la oficina judicial generalmente carente e recursos y de especialidad para muchas de las tareas.-

59 Para apreciar la disparidad de criterios recordemos que en opinión de Ortells, el plano de igualdad entre las partes, no se aplica al proceso de ejecución.

mentos psicológicos para hacer cumplir una sentencia, sino solamente deben de contemplarse elementos objetivos que no permitan la discrecionalidad.

d) Resulta confuso el artículo 320.3 pues señala que se tienen que "... trasladar a la fuerza a los encargados judiciales..." (sic) lo cual les parece que carece de sentido y "...una vez convocados..." (no se trata de una convocatoria sino de una citación o una notificación).

En relación a las modificaciones de fondo proponen, entre otras:

a) Que se establezca plazos perentorios para el procedimiento completo de la ejecución. Se propone que se establezca un mes como plazo máximo. Que se establezcan garantías que aseguren la ejecución provisional y crear medidas provisorias para asegurar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones.
b) Distinguir en tres apartados las ejecuciones dinerarias, las obligaciones de dar y las obligaciones de no hacer.
c) Establecer un plazo máximo de tres años para promover la ejecución. Desechar incidentes y tercerías improcedentes o que tengan como fin entorpecer el procedimiento.
d) Otorgar el recurso de apelación con efecto devolutivo sin que se permita la suspensión del procedimiento de ejecución.
e) Otorgar facultades al juez para contar con una policía judicial y para obligar al deudor a exhibir una declaración patrimonial al ser condenado.

V. A MODO DE CONCLUSIONES: PROPUESTAS DE MEJORAS

De acuerdo a algunas propuestas que surgen de los relatos nacionales, vamos a formular alguna propuestas de mejoras para hacer más efectiva la ejecución civil materia de esta Ponencia, las que son puestas a consideración de los miembros del Instituto, para su debate, en el pleno de estas Jornadas.

En primer lugar señalaremos aquellas que requieren modificaciones en las normas legales y en algún caso, del orden constitucional.

En segundo lugar, nos referiremos a mejoras en la gestión, que no necesariamente han de verse respaldadas por normativa legal.

1. Propuestas que requieren regulación legal

1.1. En relación a las defensas o excepciones admisibles y la actuación del ejecutado

a) Implementar la limitación de las defensas que puede oponer el ejecutado y los medios probatorios que las respalden. Podría pensarse en admitir únicamente las excepciones de pago u otro medio de extinción de las obligaciones y la prueba documental en forma exclusiva. [60] Tratándose de títulos extra jurisdiccionales, es decir en los que no se cursó un previo proceso de conocimiento o un arbitraje, cuya fallo quedara firme, deberá ampliarse el elenco de defensas y medios probatorios, o bien dejando esa limitación y habilitar la promoción de un juicio ordinario posterior. [61]

b) Aplicación del principio de eventualidad para la interposición de las defensas, con lo que el ejecutado deberá plantear las admitidas todas juntas en un solo acto, no habilitándose la sucesiva interposición de las mismas.

c) Regular el deber de denunciar bienes por el ejecutado, cuya omisión deberá estar específicamente sancionada. 62

d) Aplicación efectiva de conminaciones personales o económicas al ejecutado que actúe de mala fe y con fines meramente dilatorios. En el caso de las conminaciones económicas habrá de resolverse su destino: Fondo judicial o el acreedor ejecutante. [63]

60 Los relatores por Colombia proponen otro limite, y es el que sólo puedan oponerse excepciones fundadas en hechos posteriores a la providencia que se ejecuta y que consten en prueba documental,

61 Como señala Francisco Ramos Romeo, el hecho que se limiten los motivos de oposición, ante la existencia de un titulo que habilite la ejecución, se ve contrarrestado por el hecho de que se prevén en la LEC múltiples instrumentos para la impugnación de la ejecución o las actividades ejecutivas: la declinatoria, la oposición a la ejecución, el recurso de reposición, el de apelación, el escrito libre dirigido al juzgado, la nulidad de actuaciones, el recurso contra actos de ejecución en contra de lo ejecutoriado y el juicio declarativo, "lo que da lugar a múltiples posibilidades de impugnación y también problemas de elección de instrumento (…) veremos que no por estar en la ejecución dejan de discutirse múltiples aspectos, con una riqueza y variedad similares a la de un juicio declarativo". Estudio de algunos supuestos de impugnaciones en la ejecución en *La Ejecución Civil*, ob.cit. pag.157.

62 Norma que habrá de implementarse con la investigación judicial del patrimonio del ejecutado que se indica más adelante.

63 Hablamos de aplicación efectiva, ya que como relevó Pico Junoy, en un cuestionario forense sobre la practica judicial en relación a las multas, sin pretender resultados estadísticamente significativos obtuvo las siguientes respuestas de abogados, magistrados y secretarios judiciales: La pregunta formulada era si se estaban imponiendo las multas que la LEC prevé en el proceso de ejecución, y en caso negativo, cual era la causa por la que o se imponían. La respuesta que obtuvo fue: el 87.8% contestó que casi nunca se imponen, que es muy excepcional ver multas en ejecución, el 12.8% contestó que se imponen cuando la legalidad lo permite, o en algunas ocasiones las han impuesto. Las causas que relataron de porque no se imponían fueron: a) por un sentimiento de ineficacia de la multa, alegando que las multas dan mucho trabajo y que ya hay mucho trabajo en el juzgado como para provocar más trámites, b) por falta de la debida tipicidad en materia sancionatoria o por la deficiente regulación de las multas, c) para impedir que las multas de ser pagadas, disminuyan

e) Suprimir normas fundadas en la *ratio* del *favor debitoris*, que no tienen suficiente justificación en algunos supuestos, lo que reduciría una posible interpretación judicial de normas a favor de ese criterio.
f) Concurrencia personal del deudor ante el juez de la ejecución.[64]

2.2.En relación a los medios impugnativos

a) Establecer como regla la irrecurribilidad de las resoluciones que se adopten en el transcurso de los procesos de ejecución, estableciendo a texto expreso aquellas que admiten el recurso de apelación y otorgándose éste sin efecto suspensivo como regla general. [65]
b) Extender la regla de la inapelabilidad impuesta a las partes a los terceros. De esa forma se elimina la posibilidad de que estos posean una situación privilegiada respecto de las partes.
c) Igual restricción para la admisión de incidentes de nulidad, el que solo debería poder admitirse si existe indefensión por falta de noticia, emplazamiento o conocimiento del ejecutado de la promoción de la ejecución en su contra.
d) Imponer el rechazo liminar, de plano, de todo incidente que obstaculice el desarrollo de la ejecución con fines dilatorios.
e) Inadmisibilidad de interposición del recurso o proceso de amparo, el que nunca podría admitirse contra resoluciones jurisdiccionales de cualquier tipo o instancia.
f) Habilitar la promoción de un juicio ordinario posterior para las ejecuciones de títulos extrajurisdiccionales que tramitaron por un proceso de ejecución con excepciones limitadas.

2.3. En relación a la subasta o remate de los bienes

a) La eliminación de la etapa de tasación o avalúo de los bienes a subastar. Estos saldrán a remate sin base y al mejor postor o bien de

el patrimonio del deudor en contra de los intereses del acreedor, d) por entender que el derecho de defensa del ejecutado justifica que pueda hacer todo aquello que no lo perjudique, no pudiéndole exigir que vaya en contra de sí mismo, y e) porque no lo pide el ejecutante. En menor medida para evitar los jueces ser vistos como autoritarios o para no enfrentarse con los letrados. Mecanismos d control de la mala fe procesal en la ejecución civil, en La Ejecución Civil: Problemas actuales, ob.cit. pp. 59-61.

64 Esta propuesta es formulada por Ramírez, quien también sugiere las siguientes: a) Establecer la presunción de mala fe de todo deudor sujeto a ejecución que no tenga bienes a su nombre, b) Nulidad *ope legis* de los actos de disposición, c) Levantamiento automático del velo societario y d) obligación de colaboración de la Administración Tributaria con la Justicia.

65 En el caso de Colombia proponen Barragan y Elizalde, la reforma de la regulación legal del recurso de apelación, de forma de que sea necesaria la fundamentación del recurso desde su interposición (la apelación es la única impugnación para la cual no se exige fundamentación, sino que basta la simple interposición), y sancionar a la parte o a su apoderado por la falta manifiesta de fundamento de la impugnación.

acuerdo a la tasación o condiciones que se hubiere pactado en el contrato que se ejecuta.

b) Simplificación y agilización de la labor de estudio y aprobación de los títulos de los bienes a subastar. [66]
c) La suspensión del remate a pedido del ejecutado solo podría prosperar si consigna la totalidad de lo reclamado, mas costas.
d) Desjudicialización de algunas actuaciones que se verifican en el procedimiento y especialmente en la etapa de realización de bienes, eliminando el monopolio judicial que los sistemas actuales mantienen para la realización a través de la subasta. La desjudicializacion podrá operar ordenando que determinadas actuaciones como notificaciones, aprobación de títulos, liquidación del crédito, aprobación del pago le sean adjudicadas a un oficial ejecutor, especialmente capacitado. También podrá operar la desjudicializacion a través del encargo de la fase de realización de los bienes a personas o instituciones especializadas.[67] En esta hipótesis habrán de preverse mecanismos de contralor de su actuación para relevar una intervención negligente del especialista. [68]
e) De no admitirse la desjudicializacion de esta etapa, organizar una oficina dependiente del órgano judicial de superintendencia del fuero e que se trate, a fin de centralizar las subastas y provea la publicidad mediante páginas de Internet, a fin de abaratar costos y tiempos.
f) Establecer plazos breves para el depósito del saldo de precio por el mejor postor en forma acorde a una venta al contado.

3. En relación al procedimiento en general y la actuación del juez

Fuera de las medidas ya sugeridas específicamente en relación a las defensas, medios impugnativos y realización de los bienes se sugiere:

a) La exhortación a los jueces de que empleen efectivamente los instrumentos legales para un mejor y más efectivo desarrollo del proceso de ejecución. Especialmente en relación al control de las restricciones

66 En el proyecto de reforma a estudio en Uruguay se prevé la posibilidad de que el estudio de títulos que realiza la oficina judicial, sea efectuado, si así lo solicita el ejecutante, por un escribano designado por él a su costo y entera responsabilidad, la que se establece en forma solidaria con la del escribano interviniente.

67 Como lo regula España, pero analizando la necesariedad o no de mantener el acto procesal obligatorio que exige la ley, la celebración de una comparecencia previa a la decisión judicial autorizando la realización mediante especialista.

68 Los relatores por Colombia proponen en este punto quitar de la órbita judicial el cobro de las obligaciones cuando no exista oposición al mandamiento de pago, mediante la promoción de conciliaciones o acuerdos de pago privados ante entidades que cuenten con trayectoria y buena reputación (v.gr. centros de conciliación, cámaras de comercio, notarías, entre otras), así como también quitar de la órbita judicial el cobro de las obligaciones en las pequeñas causas.

a las alegaciones de defensas y prueba, a la aplicación de sanciones por la inconducta de las partes y también, para lograr la mayor precisión y claridad en los dispositivos de la sentencias y las formas en que deben ser cumplidas.

b) Habilitar la investigación judicial del patrimonio del ejecutado a solicitud del ejecutante.[69]
c) Regular el embargo genérico, que abarca la totalidad de bienes inscribibles en registros públicos que posea el deudor ejecutado, presentes y futuros, que protege al ejecutante que no conoce bienes propios del deudor.
d) Implementar la ejecución provisional de la sentencia apelada.
e) Establecer plazos de caducidad para la promoción del proceso de ejecución.[70] En esta propuesta, habrá que tomar en consideración el momento de inicio del cómputo del plazo. [71] También si es procedente o no, distinguir el plazo de prescripción tratándose de títulos extrajudiciales.

4. Otras medidas

a) Desarrollar sistemas de notificaciones eficientes, limitando las notificaciones personales a las estrictamente necesarias para respetar el principio del debido proceso.
b) Implementar una policía judicial adscrita exclusivamente al juzgado a efecto de que los juzgadores cuenten con el auxilio de una fuerza coercitiva que imponga, que los que sean condenados por una sentencia ejecutoriada, cumplan sin dilación obligaciones de hacer, de no hacer, o de dar.
c) Creación de una base de datos de solvencia en la que se hiciera acopio y actualización de las investigaciones patrimoniales cuidadosas respecto de deudores que, en algún momento, fueron sujetos a eje-

69 Implementada en el art. 590 de la LEC, además de la medida de manifestación del patrimonio del ejecutado, el acreedor ejecutante puede pedirle al tribunal simultanea o alternativamente, que acuerde medidas de localización y averiguación del patrimonio del deudor, información que la han de proporcionar terceros ajenos a la ejecución. El tribunal podrá dirigirse a entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas o jurídicas, a fin de que informen sobre bienes del ejecutado de los que tengan conocimiento. El art. 591 impone, a su vez, el deber de colaboración con el proceso de ejecución a las personas físicas, jurídicas, entidades tanto públicas como privadas, reforzando el deber de colaboración con los jueces y tribunales consagrado en la Constitución española en el art. 118.

70 Sugerencia de los relatores mexicanos.

71 Generalmente, los sistemas que lo tienen regulado, disponen que el plazo debe computarse desde que la resolución que se ha de ejecutar queda firme. Pero dicha solución no contempla aquellas sentencias que pueden contener condenas de futuro, condenas de no hacer, o condenas de a prestaciones periódicas que excedan el plazo establecido por ley. Ruiz de la Fuente, propone para evitar situaciones contradictorias, y por cierto contrarias a la tutela efectiva, que se debería interpretar, el art. 518 de la LEC, entendiendo que el plazo de caducidad no se inicia con la firmeza de la sentencia sino desde el incumplimiento de la misma, ob.cit. p. 24.

cución, para que los resultados fueran aprovechables en las diversas actividades ejecutivas contra la misma persona.

d) Implantación definitiva de medios teleinformáticas para la inscripción de embargos, la notificación electrónica de las resoluciones judiciales que deban efectuarse en forma personal así como para las comunicaciones entre los tribunales y los registros públicos de bienes y derechos y las entidades financieras, con fines de investigación patrimonial y de rápida comunicación de resoluciones que deban producir efectos sobre bienes y derechos registrados o gestionados por dichas entidades.

4. Propuestas de mejoras en la gestión.

Si bien algunas de las propuestas ya referidas apuntan también a mejorar la gestión de las oficinas judiciales, como la implantación definitiva de medios teleinformáticos para todo tipo de comunicaciones, habremos de poner a consideración de los miembros del instituto, y por último, las siguientes:

a) Diseñar manuales de procedimiento a efectos de instrumentar los pasos que deben seguirse por los operadores del sistema. Definir un modelo adecuado de organización de la oficina judicial.
b) Elaborar un protocolo de las distintas etapas procesales que se cumplen, los llamados diagramas de flujo.
c) Definición y asignación de roles y competencias de cada funcionario.
d) Predeterminación de las resoluciones que usualmente se dictan.

ESTUDIO COMPARATIVO
Cobranzas de deudas y procedimientos de ejecución en Europa

Carolina Villadiego Burbano[1]

I. INTRODUCCIÓN

Este texto persigue describir los principales componentes de los diseños de política pública que han efectuado los países de Europa respecto de las "cobranzas de deudas" y los "procedimientos de ejecución". Constituye una aproximación descriptiva al tema, con el ánimo de mostrar sus principales elementos y alimentar las discusiones regionales que existen en las Américas. Fue elaborado a partir del análisis y recopilación bibliográfica de varios documentos efectuados sobre la materia, especialmente, dos que realizan un análisis comparativo de los mecanismos y procedimientos desarrollados para agilizar las cobranzas de deudas y efectivizar los procedimientos de ejecución[2].

En el texto se utilizan conceptos amplios de los términos "cobranzas de deudas" y "procedimientos de ejecución", debido a que existen diferencias en las legislaciones estudiadas. Por ello, para efectos de este documento se

1 Abogada colombiana, miembro del Grupo de Expertos en Reforma a la Justicia civil que convoca el Centro de Estudios de Justicia de las Américas- CEJA. El documento fue escrito en el año 2008. Una primera versión del mismo fue complementada a partir de los comentarios y sugerencias efectuados en la reunión del Grupo de Expertos en Justicia Civil convocado por CEJA en mayo de 2008, cuyos asistentes fueron: Emilse Arcaya, Felipe Marín, Héctor Chayer, José Pedro Silva, Santiago Pereira, Maria Teresa Sadek, y los profesionales del CEJA: Juan Enrique Vargas, Cristian Riego y Cristian Hernández. Igualmente, fue ajustada a partir de los comentarios y recomendaciones generosamente efectuados por el Señor José María Bonnet Navarro, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universitat de València (Estudi General) España. El documento fue escrito en el año 2008.

2 Véase: a) COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Libro Verde sobre el Proceso Monitorio Europeo y las Medidas para Simplificar y Acelerar los litigios de escasa cuantía, Bruselas, 2002 y; b) HESS Burkhard, Director of the Institute of Comparative and Private International Law, University of Heidelberg, Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of a Debtor's Assets Attachment of Bank Accounts Provisional Enforcement and Protective Measures, Heidelberg, 2004

entiende por "cobranzas de deudas", las reclamaciones civiles que tienen como pretensión el recaudo de una obligación debida a un acreedor, que es determinada o determinable en dinero, y que puede ser recuperada a través de procedimientos judiciales y/o extrajudiciales. De otra parte, se entiende por "procedimientos de ejecución", los mecanismos implementados para hacer cumplir los títulos que permiten la ejecución, es decir, aquellos documentos que reconocen la deuda, que tienen fuerza ejecutoria y que constituyen cosa juzgada, cuya definición específica puede variar entre los distintos países, (títulos de ejecución -judiciales/administrativos/otros- y títulos ejecutivos aprobados por ley).

Dado que las legislaciones estudiadas presentan diferencias entre lo que se entiende por títulos ejecutivos y títulos de ejecución y que dichas diferencias se pueden extender a varios países de las Américas, para efectos de este documento y sin pretender resolver las discusiones en torno a este tema, se entiende por "títulos de ejecución": todos aquellos que permiten al acreedor acceder directamente a un procedimiento de ejecución; y por "títulos ejecutivos": todos aquellos que legalmente facultan al acreedor a acceder a procedimientos judiciales o administrativos para hacerlos cumplir, pudiendo o no éstos ser procedimientos de ejecución. Usualmente, las diferencias entre ambos conceptos se han establecido para diferenciar títulos ejecutivos privados (títulos valores) de títulos proferidos por autoridades públicas (sentencias, laudos arbitrales, conciliaciones, entre otras). Sin embargo, las definiciones de unos y otros varían entre los países, pues en algunos, los títulos ejecutivos proferidos por autoridades públicas son títulos que permiten el acceso directo a procedimientos de ejecución, por lo tanto, también son títulos de ejecución.

Ahora bien, las cobranzas de deudas y los procedimientos de ejecución tienen especial importancia debido a que el constante intercambio de bienes y servicios entre las personas ha llevado a que los sistemas de justicia conozcan y resuelvan de manera permanente controversias relacionadas con estos asuntos. Dicho intercambio es determinante en la realización de los negocios civiles y mercantiles (grandes o pequeños) que suceden de manera cotidiana en el ámbito económico, y por lo tanto, los procedimientos que se establecen para la recuperación de las deudas y la ejecución de obligaciones con contenido dinerario deben tener en cuenta la forma en la que se presentan las relaciones económicas. Una definición de política pública sobre el tema debe tener en cuenta las características de las personas que otorgan y solicitan los créditos, los requisitos establecidos para acceder a ellos, las garantías solicitadas a los deudores, la necesidad de no generar la muerte comercial de las personas y la necesidad de establecer previsiones en favor de acreedores y deudores para una mayor efectividad en las relaciones civiles y comerciales.

Teniendo en cuenta lo anterior, diversos Estados europeos han diseñado e implementado internamente mecanismos encaminados a facilitar y agilizar el recaudo de obligaciones dinerarias y efectivizar los procedimientos de ejecución[3]. Además, a pesar de las diferencias existentes entre las legislaciones nacionales por pertenecer a tradiciones legales distintas (*common law* o continental europeo) o por tener diseños normativos disímiles aun cuando pertenezcan a la misma tradición legal, los Estados europeos han efectuado esfuerzos por proferir normativa comunitaria que promueva la efectividad de la justicia civil y mercantil en el ámbito de la Unión[4].

Respecto de las legislaciones nacionales, en el ámbito de las **cobranzas de deudas** se destaca principalmente la implementación de simplificaciones procesales en el procedimiento ordinario y la incorporación de procedimientos abreviados y especiales para agilizar su recaudo, (sumarios, verbales, monitorios, de pequeñas causas o de menor cuantía). Estas estrategias buscan diseñar e implementar mecanismos diferenciados para: a) los casos en los que se presume que el deudor no se opondrá a la reclamación (deudas no impugnadas) y; b) aquellos en los que se presume que el deudor se opondrá pero se quiere simplificar y facilitar el acceso a los procedimientos[5].

En el primer caso, se resalta la inclusión del procedimiento monitorio y del juicio en ausencia o defecto (*default judgment)*[6]. En el segundo, se destaca la inclusión de un procedimiento especial de pequeñas causas (*small claims*) o de menor cuantía, para el trámite rápido y menos formal de controversias civiles que usualmente no excedan un tope determinado de dinero; así como, la implementación de simplificaciones procesales al interior de los procedimientos de conocimiento que permiten agilizar el tramite (declaración simple ante la secretaría -*déclaración au greffe*- del derecho francés)[7].

En el ámbito de los **procedimientos de ejecución**, se destaca su reconocimiento como garantía fundamental en las Constituciones nacionales, así como, la inclusión de procedimientos y mecanismos especiales para hacerla

3 COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Op. Cit. Disponible online en: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=502DC0746&lg=es

4 La Unión Europea promueve el desarrollo económico, social, financiero, de seguridad, de innovación tecnológica y judicial de los países que la conforman. Para ello tiene órganos políticos y ejecutivos de decisión, siendo especialmente relevantes para el tema que nos ocupa: a) La Comisión Europea, que es el principal órgano ejecutivo y puede proponer legislación en el ámbito comunitario; b) El Consejo de Ministros, que es el principal órgano decisorio y representa a los Estados Parte y; c) El Parlamento Europeo: que representa a los ciudadanos y tiene competencias legislativas. Véase: http://europa.eu/abc/12lessons/lesson_4/index_es.htm
Véase entre otras: Red Judicial Europea en materia civil y mercantil http://ec.europa.eu/civiljustice/index_es.htm

5 COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Op. Cit.

6 Ibíd., pg 9.

7 Ibíd., pg. 52.

más efectiva. Lo primero se debe a que la Corte Europea de Derechos Humanos entiende que la ejecución hace parte del derecho al proceso equitativo reconocido en la Convención Europea de Derechos Humanos (Art 6º[8])[9]. Y lo segundo, a que varios países han adoptado reformas referidas a: la competencia de los órganos y agentes de ejecución; la supervisión y control de los procedimientos efectuados; y las medidas para obtener el pago efectivo de la deuda, como por ejemplo, la transparencia de activos del deudor, los cobros a terceros (*garnishment*), los embargos de cuentas bancarias, y las medidas provisionales.

En la legislación comunitaria de la Unión Europea, se resalta el desarrollo de convenios y resoluciones sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; y la creación de procedimientos de insolvencia, de un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, de un procedimiento monitorio y de uno de escasa cuantía para el ámbito de la comunidad, entre otros[10].

Este documento describe principalmente los diseños de política pública efectuados en las legislaciones nacionales europeas. A continuación se hace referencia a las cobranzas de deudas en Europa, se incluyen datos estadísticos y una descripción de los mecanismos y procedimientos establecidos para facilitar y agilizar su recaudo. En la tercera parte del documento se mencionan

8 Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, también llamado Convención Europea de Derechos Humanos. Artículo 6: "In the **determination of his civil rights and obligations** or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law (...)". Texto original en inglés o francés. (Negrilla fuera de texto)

9 HESS Burkhard, Director of the Institute of Comparative and Private International Law, University of Heidelberg, Op. Cit. pg. 13. Disponible online en: http://www.ipr.uni-heidelberg.de/studie/index.htm

10 Véase: Convenio de Bruselas de 1968 "relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil", modificado por el Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, "relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil"; Protocolo No 1 "relativo a determinados problemas de competencia, procedimiento y ejecución"; Protocolo No 2 "relativo a la interpretación judicial uniforme del Convenio y al Comité permanente"; Recomendaciones del Comité de Ministros a los Estados Miembros (No. 84-5), "sobre los principios requeridos en los procedimientos civiles para mejorar el funcionamiento del sistema de justicia", del 28 de febrero de 1984; Consejo Europeo de Tampere de 1999, "Conclusiones de la Presidencia"; Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, "sobre procedimientos de insolvencia"; Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, "relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil"; Reglamento (CE) 2201/2003, "relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental"; Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, "por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados"; Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, "por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía"; Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, "por el que se establece un proceso monitorio europeo". Documentos disponibles online en: http://eur-lex.europa.eu/es/repert/19.htm#192000

los procedimientos de ejecución, se incluyen algunos datos estadísticos y se describen las medidas implementadas para hacerlos más efectivos. Finalmente, se mencionan unas conclusiones, se proporciona la bibliografía del estudio, y se anexa un listado de referencias en internet que contiene alguna información relevante sobre este tema.

II. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS COBRANZAS DE DEUDAS EN EUROPA

Las cobranzas de deudas son reclamaciones civiles de obligaciones con contenido monetario (determinado o determinable) debidas a un acreedor que pueden provenir de distintos tipos de obligación (dar, hacer, no hacer) y ser de naturalezas jurídicas diferenciadas (contractuales o extracontractuales). Igualmente, pueden soportarse en títulos ejecutivos desde el inicio de su cobranza, o no hacerlo y buscar ello a través de procedimientos judiciales, o también pueden constar en documentos que aunque no sean considerados títulos ejecutivos permiten el acceso a procedimientos judiciales para su recaudo (facturas). Los documentos en los que constan pueden ser de diversa índole: a) títulos ejecutivos en los que se tiene el reconocimiento de la deuda por parte del deudor (títulos valores: cheque, pagaré, carta de crédito etc.); b) documentos unilaterales del acreedor pero que permiten acceder a la jurisdicción para su cobro por aprobación legal (facturas) y; c) títulos ejecutivos y/o de ejecución que son expedidos por autoridades competentes (judiciales o administrativas).

Debido a lo anterior, un análisis comparativo debe tener en cuenta varios factores: si se han establecido mecanismos o procedimientos especiales para su tramite; si dichos mecanismos contemplan restricciones de acceso por el monto de la cuantía, la naturaleza de la obligación debida o el tipo de soporte que el acreedor tenga de la deuda; si dichos procedimientos diferencian los casos en los que no existe oposición del deudor de aquellos en los que sí existe, entre otras. Por ejemplo, en algunos países europeos existen procedimientos especialmente establecidos para los casos en los que se presume que el deudor no se opondrá a la reclamación (monitorios, *default judgment*); aunque a veces su acceso está restringido a que el acreedor tenga un título ejecutivo de la deuda, a que la reclamación no exceda un monto determinado (Francia, España), a que su naturaleza sea de carácter contractual (Francia), entre otras. Además, también se han efectuado procedimientos especiales para agilizar el cobro de deudas en los casos en los que se presume que habrá contradicción entre las partes (*small claims* o menor cuantía); aunque a veces estos tienen su acceso restringido por el monto de la cuantía, por ejemplo.

A. Datos estadísticos sobre las cobranzas de deudas en algunos países europeos

Conocer con exactitud el peso de las cobranzas de deudas en la justicia civil de los países europeos es difícil por las particularidades que cada uno de los sistemas legales tiene; sin embargo, algunos datos pueden ser ilustrativos. En 2006, por ejemplo, el 71,6% del total de procedimientos iniciados en la justicia civil –no familia- de las cortes de condado (*county courts*) de primera instancia de Inglaterra y Gales, correspondieron a casos de reclamaciones civiles por un monto específico de dinero (*specified money claims*)[11]; mientras que el 45,1% del total de asuntos civiles contenciosos ingresados en primera instancia de España fueron monitorios[12] (frente a un 29,5% en 2002), cuyas reclamaciones no exceden los 30.000 € aprox. y deben estar soportadas en documentos[13].

Tabla 1
Cobranzas de deudas según total de casos civiles presentados/iniciados en primera instancia

	INGLATERRA Y GALES	ESPAÑA
Año	**% del total de procedimientos presentados en primera instancia (no familia) de reclamaciones específicas de dinero respecto del total, según la cantidad de demandas (*claims)* emitidas (*issued*)**	**% del total de monitorios ingresados en primera instancia**
2000	72,9	N/A
2001	71,0	N/A
2002	67,7	29,5
2003	65,9	36,6
2004	67,4	38,2
2005	70,7	42,9
2006	71,6	45,1

Fuente. España: Consejo General del Poder Judicial, Boletín Estadístico No 7, Mayo de 2007.
Inglaterra: Secretary of State for Justice and Lord Chancellor. Judicial and Court Statitics 2006

11 SECRETARY OF STATE FOR JUSTICE AND LORD CHANCELLOR, by Command of Her Majesty The Queen, Judicial and Court Statitics 2006 Presented to Parliament, Chapter 4, Noviembre de 2007.

12 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Datos de estadística, Boletín de información de estadística No 7, Mayo de 2007, pg. 1. Disponible online en: http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm

13 Ley 1 de 2000 de Enjuiciamiento Civil española. Artículo 812. Artículo 812. "Casos en que procede el proceso monitorio. 1. Podrá acudir al proceso monitorio quien pretenda de otro el pago de deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada que no exceda de cinco millones de pesetas, cuando la deuda de esa cantidad se acredite de alguna de las formas siguientes: a) Mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor. b) Mediante facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor (…)".

En Inglaterra la tasa de crecimiento de los asuntos ingresados correspondientes a demandas civiles por reclamaciones específicas de dinero de 2006 respecto de 2000, fue del 7,8%; mientras que en España, la tasa de crecimiento de los asuntos monitorios ingresados de 2006 respecto de 2002, fue del 119%[14].

El 66% de las reclamaciones específicas de dinero ingresadas en 2006 en Inglaterra y Gales fueron presentadas a través de medios electrónicos[15] (*Money claim online*) o de otros mecanismos establecidos para grandes compañías (*County Bulk Center*). Un 48% de ellas tuvo una cuantía de hasta 500£ (657 € aprox), y tan solo un 12% un valor mayor a 5.000£ (6.200€ aprox.). Pero el 48% de las reclamaciones de dinero en las que no se estipuló un monto específico a reclamar en la demanda, tenía una cuantía entre 1.000£ y 5.000£ (1.200€ – 6.200€ aprox.); el 30%, entre 5.000£ y 15.000£ (6.200€ - 18.700€ aprox.); y el 15%, correspondía a más de 15.000£ (18.700 aprox.)[16]. Esto muestra que la mayoría de reclamaciones de dinero en las que se específica el monto de reclamación en la demanda (*claim*) usualmente no exceden los 6.000€, y aproximadamente la mitad, no excede los 700€.

Ahora bien, ¿en cuántas de estas reclamaciones de dinero no hay oposición del deudor en Inglaterra? Sí se hiciera una comparación entre la cantidad de casos civiles presentados en 2006 y el número de juicios en ausencia o defecto (*default judments)* ordenados ese año, (teniendo presente que estos últimos se emiten cuando el deudor no se opone o cuando el acreedor acepta la propuesta de pago del deudor, y que podrían corresponder a casos iniciados en años anteriores), tendríamos que el 48,4% del total de procedimientos civiles presentados se resuelven a través de un juicio en ausencia o defecto[17]. El 99,9% de dichos juicios son por reclamaciones específicos de dinero y corresponden al 67,5% del total de procedimientos iniciados por reclamaciones específicas en 2006[18].

En España, dado que los procedimientos monitorios son establecidos para los casos en los que se presume que el deudor no se opone al procedimiento,

14 En Inglaterra ingresaron 1.432.077 reclamos civiles específicos de dinero en 2000 y 1.544.436 en 2006; mientras que en España, ingresaron 168.032 asuntos monitorios en 2002 y 368.270 en 2006. Véase: SECRETARY OF STATE FOR JUSTICE AND LORD CHANCELLOR, Op. Cit. Pg. 57; y CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Op. Cit. pg. 1.

15 Existe el servicio de reclamaciones de deudas a través de internet (www.moneyclaim.gov.uk) implementado en 2002; y el de reclamaciones por posesión (www.possessionclaim.gov.uk) creado en 2006.

16 SECRETARY OF STATE FOR JUSTICE AND LORD CHANCELLOR, Op. Cit. Pgs. 50-52.

17 Un análisis detenido sobre este aspecto debería diferenciar los casos por *default judgment* en los que el deudor no se opuso a la reclamación de aquellos en los que el acreedor aceptó el ofrecimiento de pago. Sin embargo, el estudio estadístico de Inglaterra y Gales no hace una distinción sobre ello.

18 SECRETARY OF STATE FOR JUSTICE AND LORD CHANCELLOR, Op. Cit., pg. 54 y ss.

el 45% del total de asuntos civiles contenciosos ingresados en 2006 correspondieron a estos. En este país, aunque la forma de terminación deseable del procedimiento es el pago de la deuda, tan solo el 15,3% del total de monitorios resueltos terminaron por esa vía; mientras que el 38,2% lo hicieron a través de orden de ejecución (deudor no se opone y/o no paga); el 4,2% fueron transformados en procesos verbales y el 2,8% en ordinarios[19]; y el 38,7% terminó por "otras vías", siendo relevante en esta categoría las inadmisiones y los desistimientos que pueden ser explicados por la existencia de pagos extrajudiciales[20].

En 2006 fueron ordenados 1.942,3 juicios en defecto (*default judgments)* cada 100.000 habitantes en Inglaterra y Gales; mientras que ese índice correspondió en España a 753 procedimientos monitorios resueltos[21]. Por otra parte, en 2005 en Francia se ordenaron 1.068,7 monitorios (*injoctions de payer*) cada 100.000 habitantes[22] en las que se presume que el deudor no se opone al procedimiento[23].

La tasa de crecimiento de los juicios en ausencia efectuados en Inglaterra y Gales de 2006 respecto de 2001, fue de 22,3%; mientras que en España, la tasa de los monitorios resueltos de 2006 respecto de 2002, fue del 164,4%. En Francia, la tasa de las órdenes de pago ordenadas (*injoctions de payer)* de 2005 respecto de 2001, decreció en un 8%.

19 La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 regula los juicios declarativos (verbales y ordinarios), incluyendo la competencia para los casos en los que no hay pago de deudas (Arts. 248 ss.); y el procedimiento monitorio estableciendo que cuando existe oposición del deudor se trasforma en otro procedimiento (Arts. 812 – 818).

20 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Op. Cit., pg. 3. Véase: Ley 1 de 2000 de Enjuiciamiento Civil española, Artículo 817 "(…) si el deudor atendiere el requerimiento de pago, tan pronto como lo acredite, se le hará entrega de justificante de pago y se archivarán las actuaciones".

21 En España, los datos de población para efectuar el índice comparativo corresponden a estadísticas de 01/2006, disponibles en: http://europa.eu/abc/keyfigures/sizeandpopulation/howmany/index_es.htm#chart4; y en Inglaterra y Gales, corresponden a 06/2006 disponibles en: http://www.woodlands-junior.kent.sch.uk/customs/questions/population.html

22 Los datos de población para efectuar el índice comparativo corresponden a estadísticas de 01/2006, en: http://europa.eu/abc/keyfigures/sizeandpopulation/howmany/index_es.htm#chart4

23 En Francia, este análisis corresponde únicamente a las ordenes efectuadas en unos juzgados de primera instancia (*tribunaux d'instance et les tribunaux paritaires des baux ruraux*) que resuelven el 85,8% del total de procedimientos por demandas de no pago, y en los que estas ordenes (*injoctions de payer)* constituyen el 74% del total de pronunciamientos efectuados. Según la competencia establecida en Francia, los procedimientos contenciosos por no pago de deudas en la justicia civil se resuelven en primera instancia por: los *tribunaux de grande instance*, los *tribunaux d'instance et les tribunaux paritaires des baux ruraux*, y los *tribunaux de comerce*. Adicionalmente, estas instancias tienen tres opciones para resolver estos casos: efectuar procedimientos de fondo (*procédures au fond*), procedimientos que resuelven medidas provisionales (*référés*), y monitorios (*injoctions de payer*). Véase: MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Secrétariat General -Direction de l'Administration générale et de l'Équipement, Annuaire Statistique de la Justice, Edition 2007, pgs. 95 – 97.

Tabla 2
Procedimientos ordenados cuando el deudor no se opone en primera instancia

	INGLATERRA Y GALES	ESPAÑA	FRANCIA
Año	**No. De *default judgments* efectuados en reclamaciones civiles específicas de "dinero" en cortes de condado (*county courts)***	**No. Monitorios resueltos (juzgados de primera instancia, primera instancia e instrucción, y mercantiles)**	**No. *Injoctions de payer* ordenadas en juzgados de primera instancia (*d'instance y paritaires des baux ruraux*)**
2001	852.728	N/A	730.954
2002	748.839	124.772	712.759
2003	755.684	191.289	702.550
2004	726.747	228.113	706.959
2005	982.858	287.943	672.272
2006	1.043.604	329.913	S/D

Fuente: España: Consejo General del Poder Judicial, Boletín Estadístico No. 7, Mayo / 2007.
Francia: Ministère de la Justice, Annuaire Statistique de la Justice, Edition 2007.
Inglaterra: Secretary of State for Justice and Lord Chancellor. Judicial and Court Statitics 2006.

Por otra parte, varios países europeos han establecido procedimientos o mecanismos para agilizar las cobranzas de deudas de aquellos casos en los que se presume que el deudor se opondrá a la reclamación, aunque no son exclusivos para este tipo de reclamaciones. Algunos son procedimientos de pequeñas causas (*small claims)* o de menor cuantía que tienen entre sus elementos centrales, ser menos formales y costosos, y pretendidamente más rápidos a los procedimientos tradicionales.

En la mayoría de países donde se han implementado, su acceso está limitado por el monto de la reclamación a excepción de Albania, Armenia, Eslovaquia, Estonia, Finlandia e Islandia. En aquellos en los que se ha definido un monto máximo de cuantía permitido, en 2004 ésta oscilaba entre los 60€ (República Checa) y los 15.000 € (Italia). No obstante, en una gran mayoría dicho monto se encontraba entre los 500€ y los 3.000€.

Pero, ¿cuántos casos de cobranzas de deudas se tramitan a través de estos procedimientos? En Inglaterra y Gales, por ejemplo, el 94% de las audiencias (*hearings)* que se efectuaron en estos procedimientos correspondieron a reclamaciones específicas de dinero en 2006[24].

24 SECRETARY OF STATE FOR JUSTICE AND LORD CHANCELLOR, Op. Cit. Pg. 53.

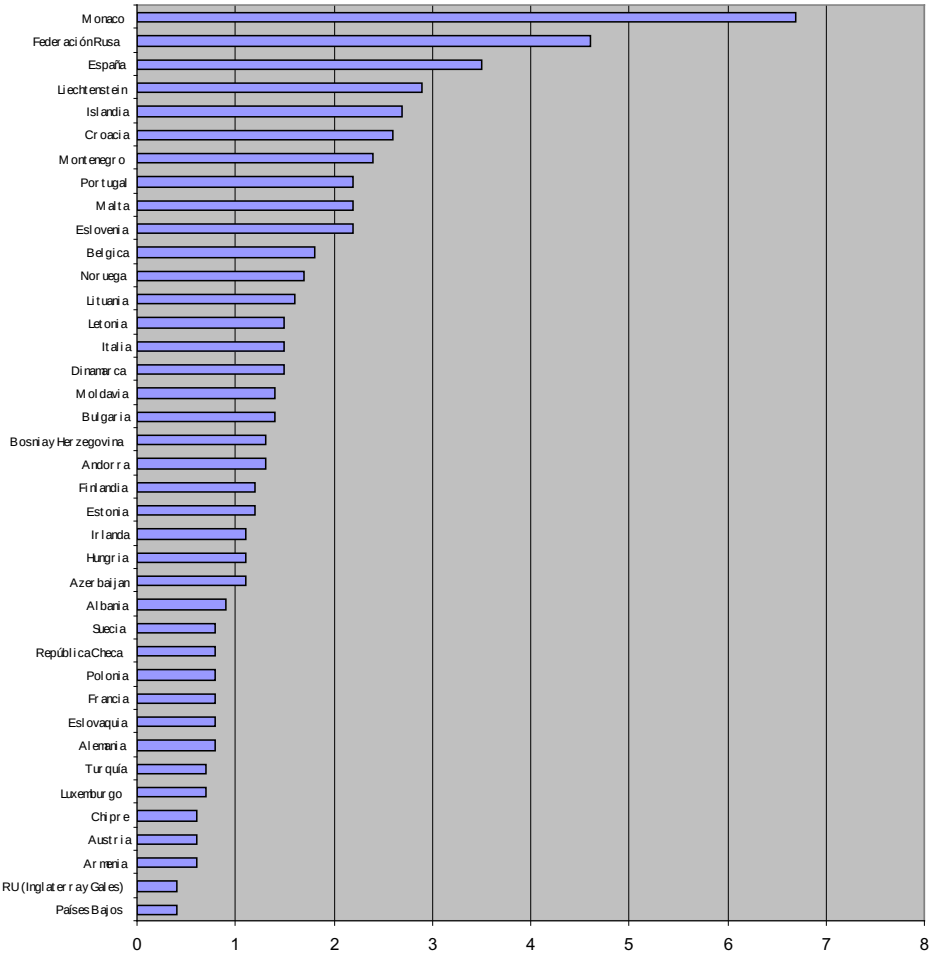
Tabla 3
Monto de dinero máximo permitido en cobranzas de deudas en procedimientos de pequeñas causas o de menor cuantía en 2004

País	Monto en €	País	Monto en €
Albania	No hay definición	Islandia	No hay definición
Alemania	≤ 600	Irlanda	≤ 1.270
Andorra	≤ 1200	Italia	≤15.494
Armenia	No hay definición	Liechtenstein	≤ 645
Austria	≤ 10.000	Lituania	≤ 290
Bélgica	≤ 1.860	Luxemburgo	≤ 10.000
Bosnia y Herzegovina	≤1.500	Malta	≤ 3.488
Croacia	≤ 672	Mónaco	≤ 1.800
Eslovaquia	No hay definición	Montenegro	≤ 500
Eslovenia	≤ 845	Noruega	≤ 2.500
España	< 3.000	Países Bajos	< 5.000
Estonia	No hay definición	Polonia	≤ 2.262
Federación Rusa	≤1.470	Portugal	< 3.740,98
Finlandia	No hay definición	República Checa	≤63
Francia	≤ 4.000	Suecia	< 2.074
Grecia	≤800	Turquía	<2.828
Hungría	≤ 800	Reino Unido (Inglaterra y Gales)	<7.297

Fuente: European Commission for the Eficency of Justice -CEPEJ, European Judicial Systems, 2006.

De otro lado, en 2004 existían entre 0,4 y 6,7 cortes/juzgados de primera instancia con competencia en cobranzas de deudas en procedimientos de pequeñas causas cada 100.000 habitantes en los países europeos. El menor índice lo tenían los Países Bajos e Inglaterra y Gales, y el mayor, Mónaco.

Gráfico 1
Cortes/juzgados de 1ª instancia con competencia en cobranza de deudas en procedimiento de pequeñas causas o menor cuantía cada 100.00 habitantes



Fuente. European Commission for the Eficency of Justice -CEPEJ, European Judicial Systems, 2006. Datos 2004

B. Diseño e implementación de procedimientos especiales para cobranzas de deudas

En varios países europeos se han diseñado procedimientos y mecanismos para agilizar las cobranzas de deudas. Principalmente se destaca la implementación de procedimientos pretendidamente más rápidos y especiales que buscan enfrentar dos tipos de cobranzas: aquellas en las que se presume que el deudor no se opondrá a la reclamación, y aquellas en las que se presume que habrá contradicción pero se quiere simplificar y facilitar el proceso.

En el primer caso, se resalta la inclusión del procedimiento monitorio (Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Luxemburgo, Portugal, España y Suecia) y del juicio en ausencia o defecto (*default judgment)* en el Reino Unido. En el segundo caso, se destaca la inclusión de un procedimiento especial de pequeñas causas (*small claims*) o de menor cuantía para controversias civiles que usualmente no exceden un tope máximo de dinero (España, Irlanda, Suecia, Reino Unido), y algunas simplificaciones procesales que permiten agilizar los tramites en el procedimiento ordinario (Alemania y Francia)[25].

Tabla 4
Procedimientos implementados para agilizar las cobranzas de deudas en Europa

País	Procedimientos cuando se presume que el deudor no se opone a la reclamación		Procedimientos, más rápidos y menos formales, cuando se presume que el deudor se opone a la reclamación	
	Monitorio	***Default judgment***	**Pequeñas causas o menor cuantía**	**Mecanismos simplificados**
Alemania	X			X
Austria	X			X
Bélgica	X		X	
España	X		X	
Finlandia	X			X
Francia	X			X
Grecia	X			
Irlanda			X	
Italia	X			
Luxemburgo	X			
Portugal	X			
Suecia	X		X	
Reino Unido		X	X	

Fuente. Elaboración propia[26]

1. Procedimientos para casos en los que se presume que no habrá oposición del deudor

a. Tipos de procedimientos o mecanismos

Las reclamaciones por deudas no siempre cuentan con el pago, la contestación o la oposición del deudor en el proceso que se tramita en su contra. Según los datos presentados en el capítulo anterior, entre un 45% (España) y un 48% (Inglaterra y Gales) de los casos de cobranzas de deudas son decididos a través de procedimientos diseñados para casos en los que se presume que el

25 COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Op. Cit.
26 Elaborada a partir de: COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Op. Cit.

deudor no se opondrá a la reclamación. Estos existen en varios países europeos y dos de los más conocidos son: el procedimiento **monitorio** y el juicio en **ausencia o defecto** (*default judgment)*.

El juicio en ausencia o defecto (*default judgment)*, propio de la tradición legal inglesa (*common law),* consiste en que se profiere una orden administrativa, que usualmente no involucra la función judicial, como forma de terminación del proceso cuando el demandado no responde a la demanda (*claim)* luego de que ésta le es notificada, o cuando el acreedor acepta el pago ofrecido por el deudor[27].

El procedimiento monitorio, implementado en aquellos países con tradición legal continental (*civil law*) y diseñado de dos formas distintas en la región, consiste en que el juez, al aceptar la demanda, profiere una resolución judicial que ordena el pago de la deuda y que se convierte en ejecutiva cuando el deudor no se opone a ella luego de serle notificada. Un primer diseño de éste es conocido como proceso "de prueba" y radica en exigirle al demandante anexar a la demanda soporte documental fehaciente de la deuda, y existe en Bélgica, Francia, Grecia, Luxemburgo, Italia y España. Un segundo diseño es conocido como proceso "sin prueba"y consiste en no exigirle al demandante anexar a la demanda soporte documental de la deuda, y existe en Austria, Finlandia, Alemania, Suecia y Portugal[28].

A pesar de las diferencias entre estos dos diseños existen características que hacen que un monitorio sea tal, independientemente del tipo que adopte. Dichas características son[29]:

- El proceso se fundamenta en la presunción de la no oposición del demandado al requerimiento de pago, y se constata que los niveles de oposición son muy bajos.
- La autoridad competente profiere una decisión sobre la demanda sin que el demandado haya participado previamente en ella.
- La decisión se notifica al demandado, quien puede atenerse u oponerse al requerimiento de pago en un plazo determinado.
- Si el demandado no se opone o no se atiene, el requerimiento de pago se convierte en ejecutivo.
- Si el demandado se opone, el asunto usualmente se transfiere al procedimiento ordinario (u otro establecido).
- Existe un traslado de responsabilidad al demandado (*inversion du contentieux)*, pues la carga de iniciar el proceso contradictorio recae

27 SECRETARY OF STATE FOR JUSTICE AND LORD CHANCELLOR, Op. Cit. Pg 54.
28 COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Op. Cit, pg. 17-18.
29 Ibíd., pg. 9 – 10.

sobre él y no sobre el demandante, aunque en algunos casos dicha carga puede recaer sobre ambas partes[30].

b. Elementos centrales de un diseño de procedimiento monitorio[31]

b.1. Definición de límites para acceder al procedimiento

Los distintos diseños de un procedimiento monitorio tienen en cuenta, en primer lugar, la delimitación para acceder a éste. En primera instancia se debe decidir sí es conveniente limitarlo por el tipo de obligación del que proviene la deuda, es decir, dar (pagar dinero), hacer (entregar un servicio) o no hacer (entregar servicio/daño en bien ajeno); o sí lo importante es delimitarlo por el carácter pecuniario o no pecuniario de la misma. En Alemania, Austria, Bélgica, España, Grecia, Luxemburgo y Portugal, el procedimiento monitorio está limitado a obligaciones dinerarias; mientras que en Finlandia, Francia, Italia y Suecia está permitido para el trámite de otras obligaciones[32].

En segunda instancia, se debe decidir sí es conveniente limitarlo por el tipo de naturaleza jurídica de la que proviene la deuda, esto es, sí proviene de un asunto de responsabilidad contractual (compraventa/arrendamiento) o extracontractual (accidente de transito). En Austria, Bélgica, España, Grecia, Italia y Suecia, el procedimiento no está limitado por la naturaleza de la deuda; mientras que en Francia y Portugal se encuentra limitado a asuntos contractuales[33]. Otros países establecen prohibiciones específicas de asuntos que no pueden ser tramitados en él, como por ejemplo, las demandas resultantes de contratos de arrendamiento inmobiliario, trabajo y aprendizaje en Luxemburgo, o asuntos sobre los que no opera transacción extrajudicial en Finlandia.

En tercera instancia, se debe resolver sí es conveniente limitarlo por el tipo de cuantía que tenga la deuda. En Austria, Bélgica, España y Portugal el procedimiento está limitado a un monto máximo de dinero; mientras que en Alemania, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo y Suecia no lo está. La definición de este asunto está íntimamente ligada con otros debates sobre la protección del deudor (derecho de defensa y recursos permitidos). En efecto,

30 Un ejemplo de esto es el caso español en el que en el juicio monitorio en el que la cuantía de la pretensión excede la del juicio verbal (3.000€), para el inicio del procedimiento contradictorio se requiere no solo la oposición del deudor sino también la interposición de la demanda de parte del demandante. Véase: Ley 1 de 2000 de enjuiciamiento civil española, Artículo 812.

31 El análisis contemplado en este acápite se fundamenta principalmente en el estudio y observaciones efectuados en: a) COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Op. Cit., pgs. 8-48 y; b) COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, Dictamen sobre el Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía, (COM (2002), Bruselas, Junio 2003.

32 Véase, entre otros, Nuevo Código de Procedimiento Civil francés. Artículo 1425-1: *injonction de faire*.

33 En Francia se encuentra limitado también a asuntos de naturaleza estatutaria. Véase: Nuevo Código de Procedimiento Civil. Art. 1405.

de un lado puede argumentarse que permitir grandes montos de dinero en este procedimiento puede generar un perjuicio irremediable al deudor, incluso afectar su mínimo vital, y se considera necesario establecer un límite máximo a la cuantía. Pero de otro lado, puede argumentarse que este procedimiento está establecido para todos los casos en los que se presume que el deudor no se opondrá al requerimiento, por lo tanto, no tiene sentido restringirlo por tipo de cuantía, sobretodo sí el procedimiento ordinario al que se enviará al deudor no le ofrece mayores garantías que un monitorio[34].

b.2. Elementos centrales del procedimiento

El diseño de un procedimiento monitorio, además de decidir sí es un proceso "sin prueba" o "de prueba" y establecer sus límites de acceso, debe precisar aspectos centrales del procedimiento. Así, en primer lugar debe definir sí es obligatorio u opcional, es decir, sí el demandante tiene la opción de escoger entre el procedimiento ordinario y éste, pues el procedimiento se funda en la presunción de que el deudor no se opondrá al requerimiento de pago y por lo tanto parece razonable considerar que el acreedor puede tener información sobre ello antes de iniciar el proceso. En varios países europeos es opcional; pero en Austria es obligatorio.

En segundo lugar, debe definir sí el procedimiento es de una fase o dos, es decir, si la decisión de requerimiento de pago que el adjudicador profiere cuando acepta la demanda constituye una decisión que es ejecutiva en sí misma; o sí dicha decisión no es ejecutiva y requiere la expedición de una segunda resolución después del vencimiento del plazo de oposición. En Austria, Francia, Grecia, Italia y Portugal, el procedimiento es de única fase; mientras que en Alemania, Bélgica, España, Finlandia, Luxemburgo y Suecia, es de dos. La definición de este asunto es importante en el diseño de un procedimiento monitorio, pues de él también dependen, de alguna manera, ciertos debates relacionados con el derecho de defensa del deudor y la procedencia de recursos contra la decisión que hace ejecutivo el requerimiento de pago. En efecto, de un lado puede argumentarse que un procedimiento de dos fases brinda mayores garantías al deudor, pues tiene un plazo para oponerse, y en caso de no hacerlo, puede manifestarse en la segunda resolución que se expida cuando se admiten recursos (Bélgica, Luxemburgo). Pero de otro lado, puede argumentarse que se brindan suficientes garantías al deudor cuando se le permite recurrir la decisión que hace ejecutivo el requerimiento de pago, y por ello, no importa sí el procedimiento es de una fase. Igualmente, puede argumentarse que la facultad de oposición constituye una garantía suficiente al derecho de defensa del deudor, y por lo tanto, no es necesaria la admisión de un recurso contra el requerimiento de pago, sea el procedimiento de una fase o de dos, en especial si se tiene en cuenta que la oposición conlleva el traspaso al procedimiento ordinario.

34 Véase: COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Op. Cit., pgs. 22 – 23.

Independientemente de lo que se elija, es claro es que se deben establecer mecanismos efectivos para garantizar los derechos de defensa del deudor, y por ello, es necesario decidir ¿qué mecanismos son los más apropiados y cuáles son las razones que motivan su elección? Así por ejemplo, si se decide establecer recursos contra el requerimiento de pago, con el argumento de que es necesario para subsanar posibles indebidas notificaciones, talvez lo que se deba hacer es mejorar el sistema de notificaciones, establecer sanciones procesales en los casos de indebida notificación, y tener claro que las fallas en las notificaciones se pueden presentar en la demanda y en los recursos.

En tercer lugar, el diseño debe decidir el tipo de soportes o pruebas documentales que se exigen al demandante como sustento de la deuda. Este asunto está ligado a definiciones sobre la elección de un procedimiento monitorio "de prueba" o "sin prueba", la protección del deudor en demandas infundadas, el procesamiento de datos electrónicos como medio de prueba, la adopción de un concepto amplio o restringido del concepto de "documentos validos como soporte de la deuda", y la labor en la valoración de dichos documentos por parte del adjudicador, es decir, de la autoridad legalmente autorizada para proferir una decisión de fondo en el procedimiento.

Por una parte puede argumentarse que se brindan mayores protecciones a los derechos del deudor cuando el adjudicador tiene prueba documental fiable de la deuda, y por lo tanto, tiene argumentos fundados para admitir (total o parcialmente), inadmitir, o rechazar la demanda presentada. Pero, por otra parte puede argumentarse que el solo hecho de que el demandado tenga derecho de oposición al requerimiento de pago, y que como consecuencia de ello el procedimiento deje de ser monitorio y se trasforme a uno contradictorio, protege sus derechos, y por ello, la labor del adjudicador no debe ser examinar el fondo de la petición sino proferir una resolución garantizando el derecho de oposición.

Adicionalmente, también puede argumentarse que un concepto amplio de "soporte documental" puede llevar a la admisión de cualquier tipo de documento, lo que de facto cuestiona el diseño de un proceso monitorio "de prueba", pues pareciera que el acreedor puede aportar cualquier texto como soporte. Pero de otro lado puede argumentarse, que un concepto restringido de "soporte documental" –usualmente limitado a los documentos que tienen expreso reconocimiento de la deuda por parte del deudor- puede afectar la finalidad del procedimiento monitorio, ya que dejaría por fuera varias cobranzas de deudas que están ampliamente fundamentadas (facturas de servicios públicos, por ejemplo). Igualmente, una definición sobre este asunto debe tener en cuenta el constante uso de medios electrónicos y nuevas tecnologías en las relaciones económicas, que permiten la adquisición de pruebas electrónicas sin que necesariamente consten en documentos físicos.

Ahora bien, en aquellos países europeos en los que se acogió un procedimiento "de prueba" existen normas diferenciadas respecto del tipo de documentos admitidos. En Francia, por ejemplo, se establece que la demanda puede ser acompañada de "documentos justificativos", sin que se especifique ello que significa[35]; en Bélgica, se exige la existencia de un documento que emane del demandado (títulos valores, por ejemplo), sin que ello necesariamente implique el reconocimiento de la deuda de su parte; y en España[36] e Italia, se exigen detalladamente los documentos considerados prueba documental en el procedimiento (documentos firmados por el deudor, entre otros).

En cuarto lugar, el diseño debe decidir sí el patrocinio legal es obligatorio o facultativo para el demandante y/o el demandado. Este asunto está ligado a debates en torno a los derechos del deudor y el patrocinio legal en los procesos judiciales. Las disposiciones en esta materia varían significativamente en Europa. En algunos países el patrocinio es obligatorio para el demandante y el demandado (Bélgica, Grecia, Italia); en otros, es facultativo para ambas partes (Alemania, Finlandia, Francia, Luxemburgo, Portugal, Suecia); y en otros, es obligatorio dependiendo del monto del dinero reclamado (Austria).

En quinto lugar, debe decidir quienes son los adjudicadores permitidos en el procedimiento monitorio. La definición de esto implica otras decisiones, como por ejemplo, la elección de un procedimiento "de prueba" o "sin prueba", los efectos de los actos que profieren dichos adjudicadores (cosa juzgada), las adecuaciones constitucionales requeridas para permitir que adjudicadores distintos a jueces profieran actos jurisdiccionales definitivos, entre otras. En efecto, usualmente en aquellos países en los que se implementa un procedimiento "de prueba" el adjudicador es un juez, pues debe proferir una decisión de fondo fundamentada en los hechos y la valoración de los documentos y pruebas presentadas en la demanda (Bélgica, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, España). Por el contrario, en aquellos países en los que se implementa un procedimiento "sin prueba", la adjudicación se delega a oficiales del tribunal -usualmente abogados- (Austria, Finlandia, Alemania y Portugal), o a autoridades administrativas encargadas de la ejecución (Suecia) pues la decisión de requerimiento de pago no valora las pruebas presentadas.

Este asunto también implica algunas discusiones en torno a la función de los jueces. Así, de un lado puede argumentarse que los jueces deben dedicarse

35 Véase. Nuevo código procesal civil francés. Artículo 1407.

36 Véase, por ejemplo, Ley 1 de 2000 de Enjuiciamiento civil española. Artículo 812 -1. Se puede acreditar las deudas a) "Mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor". b) "Mediante facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor".

a resolver asuntos de "alta complejidad", y que la expedición del requerimiento de pago no la tiene; mientras que de otro lado puede argumentarse que dicha decisión no presenta alta complejidad, la garantía de los derechos del deudor es compleja. Efectivamente, se dice que el adjudicador al proferir su decisión debe tener claro sí la decisión ha sido notificada correctamente al deudor, sí el demandante ha efectuado una suficiente justificación de la reclamación, sí esta es fraudulenta, sí el demandado tiene derecho a la revocación del requerimiento de pago cuando ha presentado su oposición después del vencimiento del plazo, entre otras. Debido a esto, queda claro que sí se elige delegar la adjudicación del procedimiento o encargarla a otra autoridad (administrativa), se deben establecer mecanismos efectivos que garanticen el entrenamiento adecuado de los adjudicadores en la garantía de los derechos del deudor[37].

Por último, debe definir aspectos relacionados con la ejecución del requerimiento de pago, tales como, el otorgamiento de efectos ejecutivos inmediatos, la definición de los órganos y agentes encargados de la ejecución, algunas de las medidas específicas que deben ser adoptadas para una efectiva ejecución (transparencia de activos, embargos bancarios, medidas provisionales) y la garantía de los derechos del deudor, entre otras. La definición de estos asuntos también están relacionados con la protección del deudor, la admisibilidad de recursos contra el requerimiento de pago, y la definición de un proceso monitorio de una o dos fases. Respecto del otorgamiento de efectos ejecutivos inmediatos por ejemplo, sí el procedimiento es de una fase esto solo tiene sentido sí se admite recurso contra la resolución de requerimiento de pago. Pero en algunos países donde el procedimiento es de una sola fase, tiene efectos ejecutivos una vez ha expirado el plazo de oposición del deudor y no antes (Austria, Francia, Italia, Portugal). Además, sí el procedimiento es de dos fases y se entiende que el requerimiento de pago solo es ejecutivo en la segunda resolución, la ejecución provisional solo procede entre la fecha de expedición de la segunda resolución y el día que hizo transito a cosa juzgada, es decir, cuando la decisión no fue recurrida o la segunda instancia quedó en firme (Finlandia, Alemania, Luxemburgo, Suecia).

b.3. Protección a los derechos del deudor

La protección a los derechos del deudor en el procedimiento monitorio es fundamental, pues en este proceso el adjudicador profiere el requerimiento de pago sin que el demandado haya participado previamente y la responsabilidad de iniciar el procedimiento contradictorio recae sobre él. Por esto, el diseño debe contener mecanismos que garanticen su protección efectiva, para lo cual, se deben desarrollar herramientas concretas respecto de: la informa-

37 En Portugal, por ejemplo, los casos en los que el oficial judicial que es el adjudicador del procedimiento tiene dudas, son resueltos por un juez. Véase: COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Op. Cit. pgs. 25-26.

ción brindada sobre el requerimiento de pago, la forma en la que se garantiza su defensa (oposición), los efectos que tiene su oposición, y la ejecutividad del requerimiento de pago.

En primer lugar, en lo que hace referencia a la información brindada al deudor, los aspectos centrales a desarrollar son la debida notificación de la demanda y los efectos de una indebida notificación de la misma, pues de ello depende la garantía del derecho de defensa y la validez del requerimiento de pago. No hay que olvidar que el procedimiento monitorio se fundamenta en la presunción de que el deudor no se opone conscientemente a la reclamación efectuada por el acreedor, por lo tanto, se debe garantizar que su no oposición sea consciente y no consecuencia del desconocimiento del proceso. En los países europeos, los efectos que genera la indebida notificación varían significativamente: en Francia y Luxemburgo genera nulidad del requerimiento de pago; mientras que en Austria e Italia no tiene consecuencias pues se considera que el demandado es el responsable de obtener la información para su defensa.

Por otra parte, el diseño de una debida notificación debe decidir sí ésta es personal, quién la efectúa, y a través de qué medios. En algunos países europeos la notificación es de competencia del poder judicial; mientras que en otros, es el demandante quien debe llevarla a cabo. Por ejemplo, en Inglaterra y Gales se envía a través de correo certificado, se entiende surtida aun cuando el demandado no acuse recibo de la misma, y se prevé un recurso procesal de anulación cuando hay indebida notificación. En Francia, el demandante debe efectuarla a través de agentes de ejecución especializados (*huissier de justice*), quienes deben notificar personalmente (no se admite la notificación a terceras personas) y explicar al destinatario de manera detallada el significado del documento objeto de notificación.

En segundo lugar, respecto del derecho de oposición del deudor, los aspectos importantes a definir son: el conocimiento del deudor del derecho que le asiste, los contenidos de la oposición, y el plazo en que se puede llevar a cabo, para lo cual, se requiere que la notificación de la demanda contenga de manera explícita la información de estos aspectos. Acerca del plazo, la mayoría de países europeos fija uno superior a dos semanas, (oscila entre una semana y sesenta días contados a partir de la notificación[38]), aunque algunos no establecen un plazo fijo (Italia y Suecia).

Algunos países (Francia, Alemania, Suecia), han establecido requisitos mínimos para el contenido de la oposición; mientras que otros (Italia, Luxembur-

38 En Bélgica es de 15 días; en Finlandia de 14; en Grecia de 15; en Luxemburgo de 15; en Portugal de 15; en España de 20 días; en Suecia y Francia de 4 semanas. Véase: COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Op. Cit.pg. 38.

go, Portugal, España), han definido de manera exegética los asuntos que debe contener, como por ejemplo, un resumen de los motivos que fundamentan la oposición, o que cumpla con el lleno de requisitos establecidos en el procedimiento ordinario (Finlandia). La definición de este asunto debe considerar varios aspectos: de un lado, podría argumentarse que establecer excesivos requisitos para la oposición del deudor traería como consecuencia la necesidad de definir los efectos de una "inadmisión" de la misma, pues dicha inadmisión no cambia el hecho fundamental de que el deudor desea oponerse al procedimiento y por lo tanto, el postulado en el que se funda el monitorio y que implica que se presume que el deudor no se opone, deja de existir y se requiere la transformación al proceso contradictorio. Pero de otro lado permitir que el deudor pueda simplemente "oponerse" a la reclamación sin expresar los fundamentos para ello, no parece razonable con el acreedor, especialmente, cuando este último tiene títulos ejecutivos que soportan la deuda reclamada.

En tercer lugar, en relación con los efectos que genera la oposición, esto es, la remisión del caso a un procedimiento contradictorio (ordinario u otro que se estime pertinente[39]) y la invalidación o traslado del requerimiento de pago al nuevo procedimiento, existen distintas disposiciones en los países europeos. Por ejemplo, en Austria, Italia y Portugal la remisión al procedimiento ordinario es una consecuencia automática de la oposición; mientras que en Alemania, Luxemburgo y Suecia requiere solicitud de una de las partes. Además, en Francia, Grecia, Italia y Luxemburgo el requerimiento de pago se traslada como objeto del procedimiento contradictorio; mientras que en Alemania, Austria y Suecia, el requerimiento de pago se invalida con la oposición.

En cuarto lugar, respecto de la ejecutividad del requerimiento de pago, algunos países tienen disposiciones de protección al deudor, relacionadas con la procedencia de la ejecución provisional, la protección de datos y la admisibilidad de recursos en contra del requerimiento. Tal como fue reseñado en el acápite anterior, algunos países permiten recursos contra el requerimiento (Bélgica y Luxemburgo), y otros le otorgan efectos de ejecución inmediatos sólo cuando existe una resolución ejecutiva definitiva –aunque quepan recursos contra ella- (Francia, Italia y Portugal).

39 En España, por ejemplo, puede remitirse según la competencia, al procedimiento ordinario o al verbal. Véase: Ley de Enjuiciamiento civil española, Artículo. 818.

2. Procedimientos para los casos en los que se presume habrá oposición del deudor[40]

a. Tipos de procedimientos o mecanismos

La necesidad de establecer un trámite contradictorio que sea simplificado, más ágil y menos costoso para la solución de controversias civiles "de menor complejidad", incluidas las cobranzas de deudas, ha generado la implementación de mecanismos y procedimientos abreviados y menos formales a los tradicionalmente empleados, sin que ello implique que no se guarden las formas propias del proceso que se efectúa. La definición de lo que se entiende por "menor complejidad" es de gran importancia, pues ello requiere una decisión consciente de política pública de la que dependen los diseños de estos mecanismos o procedimientos. Algunos aspectos que son tenidos en cuenta para su definición son:

- sí los procedimientos se establecen como estrategia para fomentar el acceso a la justicia de todas las personas o si se establecen para fomentar el acceso a la justicia de algunas, como por ejemplo, personas naturales;
- sí se instituyen para disminuir los costos de acceso a la justicia, o si dicha disminución está asociada a aquellos casos en los que los costos de acceso son desproporcionados respecto del monto de la pretensión;
- sí se crean para todo tipo de asuntos que no excedan una determinada cuantía, o solo para determinadas controversias que puedan o no, exceder dicha cuantía;
- sí se implementan para algunos asuntos cuya complejidad es menor, o para aquellos que aunque sean complejos no exceden un monto determinado de dinero.

En Europa, se han establecido principalmente dos diseños para el trámite de estos asuntos. El primero implica diseños de mecanismos simplificados al interior de los procesos declarativos-ordinarios (Francia y Alemania), con una estrategia de menos formalización de ciertas etapas procesales cuando las controversias no exceden un monto determinado. En Francia es la "declaración simple ante la secretaría" (*déclaración au greffe)* y consiste en que se efectúa una declaración (oral o escrita) ante la secretaría del juzgado de primera instancia cuando el monto de la reclamación no excede los 3.800€ aproximadamente; y el secretario/a convoca a una audiencia con el juez para promover un acuerdo conciliatorio entre las partes, que en caso de no darse, se continúa con el curso

40 El análisis contemplado en este acápite se fundamenta principalmente en el estudio y las observaciones efectuadas en el documento: COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Op. Cit. pgs. 49-79.

normal del proceso[41]. En Alemania existe para casos en los que la cuantía no excede los 600€ aprox., y consiste en que el órgano jurisdiccional decide, sin el consentimiento de las partes, sí tramita de manera simplificada el proceso[42].

El segundo consiste en el diseño de procedimientos menos formales, más ágiles y menos costosos para el trámite de estos asuntos, que usualmente se conocen como procedimientos de pequeñas causas (*small claims)* o de menor cuantía, y que tienen coincidencias y diferencias entre sí. Algunas diferencias están relacionadas con la definición de "menor complejidad" que a veces se interpreta como "escasa cuantía". Una gran distinción entre uno y otro procedimiento, es que mientras en el de menor cuantía el acceso siempre está limitado por el monto de la reclamación; en el de pequeñas causas esto a veces no ocurre. Existen además otras diferencias, relacionadas con la flexibilización de aspectos probatorios (definición de formas menos rígidas en el trámite del proceso y descubrimiento de medios de prueba, definición de peritos conjuntos, etc.), pues en ciertos procesos de menor cuantía se siguen con variaciones pequeñas los requisitos generales establecidos para los procedimientos declarativos; mientras ello es diferente en los de pequeñas causas.

b. Elementos de un diseño de procedimiento de pequeñas causas o de menor cuantía

b.1. Definición de límites para acceder al procedimiento

El diseño del procedimiento de pequeñas causas debe decidir sí es conveniente limitar su acceso por el tipo de cuantía de la reclamación, mientras que el del escasa cuantía debe definir dicho límite. Una gran mayoría de países europeos han establecido límites a sus cuantías en estos procedimientos a excepción de Albania, Armenia, Eslovaquia, Estonia, Finlandia e Islandia. En 2004, en aquellos países en los que existía un monto máximo de cuantía permitido, ésta oscilaba entre los 60€ y los 15.000€.

Adicionalmente, el diseño debe tener en cuenta sí es conveniente limitar su acceso por el tipo de asunto que se reclama, es decir, sí solamente se permiten algunas controversias civiles, porque tienen alto impacto en el sistema de justicia o en la sociedad, o porque cumplen determinados requisitos, como por ejemplo, no exceder el monto de cuantía. La definición de este asunto es de gran importancia, pues estos procedimientos responden a necesidades de la sociedad y del sistema de justicia, y de su definición dependen otros aspectos relevantes para el diseño, tales como, la flexibilización de aspectos

41 Véase: Nuevo Código Procesal Civil francés, Artículos 847-1, 847-2 y 847-3. Consultar también: http://ec.europa.eu/civiljustice/simplif_accelerat_procedures/simplif_accelerat_procedures_fra_es_claim.htm#2x

42 Véase. Código Procesal Civil alemán (ZPO), Parágrafo 495A. Además consultar: http://ec.europa.eu/civiljustice/simplif_accelerat_procedures/simplif_accelerat_procedures_ger_es_claim.htm#2x

probatorios, la definición de oralidad o escrituración del proceso, la admisión de patrocinio legal y de recursos contra la decisión de instancia, entre otros.

En la mayoría de países europeos, la competencia de estos procedimientos no se limita a cobranzas de deudas pues se resuelven otros asuntos en los que hay contradicción (demandas sobre relaciones de consumo, por ejemplo)[43]. En Escocia, Irlanda e Inglaterra y Gales, los procedimientos de pequeñas causas no están limitados a asuntos dinerarios pero están prohibidos para el trámite de ciertos asuntos, como por ejemplo, el desalojo ilegal (Inglaterra) y el derecho de familia (Irlanda, Suecia).

b.2. Elementos centrales del procedimiento

El diseño de estos procedimientos debe desarrollar herramientas que permitan la verdadera simplificación y adopción de formas menos rígidas en el trámite del proceso. Para ello, en primer lugar se debe definir sí el procedimiento es obligatorio u opcional, es decir, sí el demandante tiene la opción de escoger entre el procedimiento ordinario y éste, o sí el adjudicador (juez u otro) tiene la facultad de decidir el procedimiento a seguir. En Alemania, Escocia, España, Inglaterra y Gales y Suecia, es obligatorio; mientras que en Francia e Irlanda, es opcional. Sin embargo, en algunos donde es obligatorio, el adjudicador puede transferirlo de oficio a otro procedimiento (Escocia, Inglaterra y Gales), o a petición de parte (Escocia, Suecia).

En segundo lugar, se debe definir sí el patrocinio legal es obligatorio, facultativo o está prohibido. La definición de este asunto está relacionada con los debates en torno a la disminución de costos en el proceso y a la garantía del derecho de defensa del demandado y del demandante. Algunos aspectos que deben ser considerados son:

- Dado que los procesos civiles se fundamentan en la adversarialidad y la contradicción, las partes deben probar que los hechos y fundamentos generan la garantía del derecho que se reclama, por lo cual, deben tener suficientes herramientas para hacerlo de manera efectiva, con o sin, patrocinio legal;
- Cuando el patrocinio legal no es obligatorio, se debe facilitar el litigio de los ciudadanos comunes que no necesariamente están acos-

43 Véase: CONSEJO EUROPEO DE TAMPERE, 1999, "Conclusiones de la Presidencia", Numeral 30. "El Consejo Europeo invita al Consejo a que, a partir de propuestas de la Comisión, instaure normas mínimas que garanticen un nivel adecuado de asistencia jurídica en litigios transfronterizos en toda la Unión, así como normas especiales de procedimiento comunes para la tramitación simplificada y acelerada de litigios transfronterizos relativos a demandas de consumidores o de índole mercantil de menor cuantía, así como a demandas de pensión alimenticia y a reclamaciones sin oposición. Los Estados miembros deberían instaurar asimismo procedimientos extrajudiciales alternativos".

tumbrados al sistema de justicia, y por lo tanto, pueden desconocer aspectos relevantes para ganar un juicio;
- Se deben desarrollar herramientas que permitan la "igualdad" entre las partes, especialmente cuando una de ellas está representada a través de abogado, y se debe cuidar que el adjudicador no se convierta en el abogado de la parte no representada;
- Se deben definir asuntos que, por sus características y/o necesidades probatorias, requieran mayor asistencia legal a las partes, ya que puede ser más fácil litigar una cobranza de deuda derivada de un incumplimiento de contrato que está soportada en un pagaré; que una cobranza de deuda derivada de responsabilidad por negligencia médica, así la cuantía de la primera sea superior a la de la segunda.
- Se deben establecer herramientas de asistencia jurídica a las partes, no solo referidas al patrocinio legal, sino también, a asesorías brindadas por personas capacitadas en temas jurídicos que le expliquen a las partes lo necesario para el litigio del proceso.
- Se deben efectuar medidas pedagógicas, con el aprovechamiento de nuevas tecnologías, que faciliten la divulgación de información pertinente sobre el litigio de los ciudadanos en el sistema de justicia.

Ahora bien, en una gran mayoría de países europeos el patrocinio legal no es obligatorio; aunque en algunos (España), es necesaria cuando la reclamación excede un monto determinado de dinero (900€)[44]. El patrocinio está permitido en todos los países, e incluso algunos admiten que lo efectúen personas no abogadas (Alemania, Escocia, Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte, Suecia). Además, la mayoría de Estados han establecido mecanismos de asistencia jurídica a las partes a través de oficiales judiciales (Alemania, Austria, Escocia, Inglaterra y Gales, Irlanda, Irlanda del Norte, Suecia); o asignando funciones al juez quien les presta ayuda preservando la imparcialidad (Alemania, Austria, Francia, Inglaterra y Gales, Irlanda, Irlanda del Norte, Suecia).

En tercer lugar, el diseño debe decidir quienes, ejerciendo jurisdicción, pueden adjudicar el procedimiento, esto es, sí la decisión la debe tomar un juez profesional, (aquellos especialmente entrenados como jueces y cuyos servicios son pagados como tal sean permanentes o transitorios); o jueces no profesionales (jueces legos expertos en lo que se debate, jueces de paz no abogados, *lay magistrates*, jueces ciudadanos); u otro tipo de adjudicadores (conciliadores).

En cuarto lugar, se deben establecer simplificaciones procesales. Esto constituye el núcleo central de los procedimientos y pueden generar la disminución de costos y una menor rigidez al proceso. Dado que existen diversas

44 En los juicios verbales cuya cuantía no exceda las 150.000 pesetas (900€), se puede asistir sin abogado al proceso. Véase: Ley 1 de 2000 de Enjuiciamiento civil española. Artículo 23.

herramientas de simplificación, una definición sobre este asunto debe considerar, entre otros:

- La presentación de la demanda y de la contestación de manera sencilla, a través de formularios o medios electrónicos. Debe tenerse en cuenta el tipo de información que se solicita a las partes, es decir, sí se exigen todos los requisitos formales establecidos en los procedimientos ordinarios o sí ellos pueden disminuir (omitir fundamentos de derecho, por ejemplo).
- La posibilidad de desarrollar varias actuaciones procesales de manera escrita y a través de medios electrónicos, sin que sea necesario para todo tipo de asuntos desarrollar una audiencia de juicio. Un análisis sobre este tema debe tener en cuenta las características de la tradición legal que sigue el sistema de justicia en el que se efectúa el procedimiento, y los elementos constitutivos del derecho al debido proceso. Así, se debe debatir de un lado, sí es necesario que las decisiones de fondo en procesos contradictorios sean siempre producto de debates orales entre las partes y el adjudicador, especialmente en casos en que los beneficios pueden ser menores a los costos que ello implica cuando los puntos de controversia están suficientemente fundamentados de manera escrita y no requieran debate oral (cobranzas de deudas soportadas en titulo ejecutivo). Y de otro lado, se debe considerar que la oralidad en el proceso no se garantiza solamente a través de una audiencia con comparecencia física de las partes ante el juez, sino que es posible garantizarla a través del uso de nuevas tecnologías, (cuando ello es posible).
- La flexibilización de los medios probatorios que simplifiquen realmente el procedimiento y disminuyan los costos de litigar, sin que ello implique que dichos medios no conduzcan fehacientemente a la convicción del adjudicador. Entre las principales flexibilizaciones efectuadas se destaca: la presentación de pruebas sin el cumplimiento del total de requisitos exigidos en el procedimiento ordinario (documentos sin certificación notarial); la admisión de testimonios escritos; la disminución de oportunidades para presentar pruebas; la adopción de peritos conjuntos; la utilización de medios electrónicos para la presentación de pruebas (videoconferencias con testigos); la denegación de algunos medios probatorios, entre otros.
- La restricción o exclusión de recursos contra la decisión de instancia, cuya definición depende de los debates en torno al derecho de defensa, pues por un lado se cree que no permitirlos vulnera el derecho de la parte que cree que la decisión es errónea; pero por otro lado se considera que mientras se garantice el litigio, debate y valoración directa de las pruebas por parte del adjudicador, la decisión de instancia es de alta calidad, y por lo tanto, los recursos procedentes

deben ser excepcionales. Una política pública en este sentido debe preguntarse, sí ¿realmente existen errores importantes en las resoluciones de instancia que merecen la implementación de mecanismos que permitan una subsanación de mayor calidad?

- La utilización de medios alternativos de solución de conflictos para promover el acuerdo entre las partes, desarrollados por jueces u otras personas (conciliadores o mediadores expertos o funcionarios judiciales capacitados). Estos deben implementarse con personal capacitado y prevenir que sean utilizados para desestimular el acceso al sistema de justicia.

Ahora bien, en una gran cantidad de países europeos se permite el uso de formularios para interponer las demandas (Escocia, Francia, Inglaterra y Gales, Irlanda, Irlanda del Norte, Suecia); y en la mayoría no se requiere que el demandante establezca los fundamentos de derecho pues es suficiente con que indique los hechos y la pretensión. Además, en varios países el procedimiento es escrito, (Alemania, Escocia, España, Irlanda del Norte, Inglaterra y Gales, Suecia), aunque en algunos, esto está sujeto a decisión judicial (Inglaterra y Gales), y requiere evaluación previa (Suecia), y que las partes no se opongan. Igualmente, en algunos países se permite el uso de nuevas tecnologías en el trámite del proceso (Inglaterra y Gales).

Adicionalmente, los países han adoptado diversos mecanismos para flexibilizar los medios de prueba: definición de estándares probatorios distintos a los de los procedimientos ordinarios (Inglaterra y Gales e Irlanda del Norte); denegación de la práctica de ciertas pruebas propuestas por las partes cuando la reclamación no excede una cuantía determinada (Austria); realización de conferencias telefónicas con testigos (Alemania, Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte, Suecia); presentación de declaraciones escritas en lugar de interrogatorios en audiencia (Alemania, Irlanda, España, Suecia), entre otros.

Finalmente, los países europeos han incorporado distintas estipulaciones respecto de la prohibición o restricción de recursos contra las decisiones de instancia. Así, por ejemplo, en España e Irlanda las sentencias pueden recurrirse (apelarse) sin mayores limitaciones; en Escocia se permite recurrir, siempre y cuando se aduzca motivos de derecho para ello; en Suecia e Inglaterra y Gales, el recurso se permite previa autorización; y en Austria, se permite un recurso de nulidad en casos con determinada cuantía.

III. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN

A. Datos estadísticos sobre los procedimientos de ejecución en los países europeos

Los procedimientos de ejecución, es decir, los distintos mecanismos implementados para hacer cumplir títulos de ejecución en favor del acreedor, (documentos con fuerza ejecutoria que reconocen la obligación dineraria debida, que tienen carácter de cosa juzgada y que originan la competencia de ejecución en cabeza del órgano competente), presentan diferencias entre los países europeos. Sin embargo, algunos datos sobre ellos pueden ser ilustrativos.

Así por ejemplo, en Inglaterra y Gales se emitieron (*issued*) en procedimientos de ejecución de primera instancia, 899 órdenes (*warrants)* de ejecución cada 100.000 habitantes en 2006 y 893,2 en 2005. De otra parte, ingresaron al ámbito civil de primera instancia de España, 625 ejecuciones civiles cada 100.000 habitantes en 2006, y 621,7 en 2005. En Francia, en 2005 hubo 394,3 nuevas demandas de ejecución cada 100.000 habitantes[45].

La tasa de crecimiento de 2006 respecto de 2001 de las órdenes de ejecución emitidas en Inglaterra y Gales se redujo en un 11,7%. Por su parte, la tasa de crecimiento de 2006 respecto de 2001 de las ejecuciones ingresadas en el ámbito civil en España fue del 56,5%. Y en Francia, dicha tasa de 2005 respecto de 2001, fue del 78% en las demandas nuevas presentadas ante el juez de ejecución.

45 Los índices comparativos han sido elaborados a partir de los datos presentados en: a) España: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Op. Cit.; b) Inglaterra y Gales: SECRETARY OF STATE FOR JUSTICE AND LORD CHANCELLOR, Op. Cit. y; c) Francia: MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Op. Cit. Adicionalmente, se elaboraron a partir de los datos de población para España y Francia que se encuentran en http://europa.eu/abc/keyfigures/sizeandpopulation/howmany/index_es.htm#chart4; y para Inglaterra y Gales, contenidos en http://www.woodlands-junior.kent.sch.uk/customs/questions/population.html

Tabla 5
Ejecuciones civiles emitidas o ingresadas en procedimientos de ejecución

	Ordenes emitidas (*issued*)	**Ejecuciones ingresadas**	
	INGLATERRA Y GALES	**ESPAÑA**	**FRANCIA**
AÑO	**Órdenes (*warrants*) de ejecución emitidas (*issued*) en cortes de primera instancia civil (incluye solicitudes online)**	**Ejecuciones ingresadas en todo el ámbito civil (juzgado de primera instancia e instrucción)**	**Demandas nuevas de ejecución civil ante el juez de ejecución**
2001	547.374	174.883	97.004
2002	517.871	209.552	96.925
2003	491.445	223.997	98.634
2004	436.949	246.946	167.281
2005	476.834	272.345	172.741
2006	483.022	273.765	S/D

Fuente: España: Consejo General del Poder Judicial, Boletín Estadístico No. 7, Mayo / 2007.
Francia: Ministère de la Justice, Annuaire Statistique de la Justice, Edition 2007.
Inglaterra: Secretary of State for Justice and Lord Chancellor. Judicial and Court Statitics 2006.

Un porcentaje importante de procedimientos de ejecución provienen de procesos de cobranzas de deudas en los que el acreedor no obtuvo como resultado el pago de la deuda. En efecto, como se mencionó en la primera parte de este documento, el 38,2% del total de procedimientos monitorios terminados en España en 2006 se hizo a través de órdenes de ejecución, y el 42,3% del total de ejecuciones ingresadas provinieron de monitorios[46].

Una de las preguntas que surge alrededor de este tema es ¿cuánto es el monto de dinero que efectivamente se recupera a través de estos procedimientos y qué mecanismos los hacen más efectivos? Una respuesta ilustrativa la constituye el caso de Inglaterra y Gales. En ese país, de la totalidad del dinero solicitado para ser recuperado a través de ordenes (*warrants*) de ejecución en 2006, se recuperaron tan solo 21,9 peniques por cada libra esterlina solicitada, mientras que en 2001 se recuperaron 28,4 peniques por libra. Sin embargo, dicha recuperación aumentó de manera significativa cuando el acreedor suministró la dirección correcta del deudor en el procedimiento de ejecución, pues cuando esto ocurrió se recobraron 91 peniques por libra esterlina en 2006, frente a 75,7 en 2001[47].

Existen otras solicitudes en los procedimientos de ejecución que son de gran importancia pues permiten recuperar de forma apropiada el dinero debido y asegurar el pago de la deuda. En Inglaterra y Gales, por ejemplo, en 2006

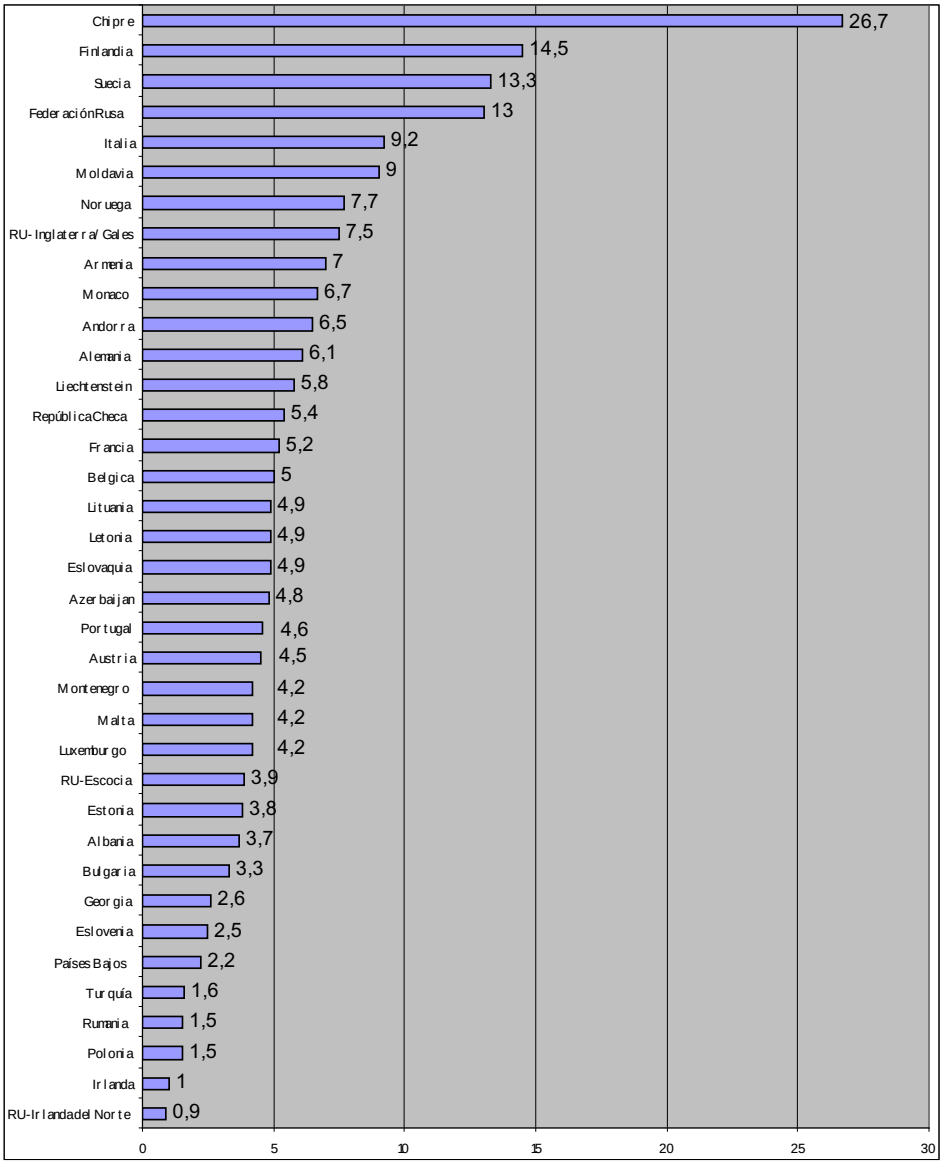
46 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Op. Cit., pgs. 3-4.
47 SECRETARY OF STATE FOR JUSTICE AND LORD CHANCELLOR, Op. Cit., pg. 73.

se solicitaron 85.328 embargos de ingresos y 92.933 embargos de propiedades (*charging orders)*[48]. En Francia, ingresaron en 2005, 82.630 asuntos nuevos de embargo de bienes muebles y 77.681 de insolvencia (*surendettement*)[49].

Una efectiva ejecución depende en gran medida de la labor realizada por las autoridades competentes, es decir, los órganos legalmente autorizados para llevarla a cabo y los agentes de ejecución permitidos. En los países europeos estos últimos pueden ser parte del poder judicial, de instancias administrativas, o profesionales que ejercen de manera liberal la profesión. En 2004, la cantidad de agentes de ejecución en los países y entidades de Europa oscilaban entre los 0,9 y los 26,7 cada 100.000 habitantes, siendo el menor índice el de Irlanda del Norte y el mayor el de Chipre. En la mayoría de países, sin embargo, este índice se ubicaba entre los 2,2 y los 6,7.

48 Ibíd., pg. 74
49 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Op. Cit. pg. 99.

Gráfico 2
Agentes de ejecución cada 100.000 habitantes en 2004



Fuente. European Commission for the Eficency of Justice -CEPEJ, European Judicial Systems, 2006. (Datos 2004)

La efectividad de la ejecución y la percepción de la labor efectuada por los agentes de ejecución son asuntos de queja frecuente en varios países o entidades de Europa. Se menciona como dos de las mayores quejas, la excesiva duración de los procedimientos y la no obtención de un verdadero pago, lo

que menoscaba los derechos del acreedor y pone en riesgo la credibilidad del sistema de justicia.

Tabla 6
Quejas frecuentes contra los agentes de ejecución en 2004

Quejas contra los agentes de ejecución	Cantidad de países o entidades de Europa que la mencionan
No ejecución	16
Falta de información	12
Excesiva duración del procedimiento	34
Practica antitética	12
Insuficiente Supervisión	5
Costo excesivo	15
Otra queja	8

Fuente. European Commission for the Eficency of Justice (CEPEJ), European Judicial Systems, 2006.

B. Diseño e implementación de mecanismos especiales para la efectividad de la ejecución

En varios países europeos (Austria, España, Finlandia, Francia, Portugal, Inglaterra y Gales), los procedimientos de ejecución han sido reformados con el fin de obtener una mayor efectividad, debido en parte, a que la ejecución integra el derecho a un proceso equitativo contenido en el Artículo 6º de la Convención Europea de Derechos Humanos, pero también, a que una cantidad importante de títulos ejecutivos y/o de ejecución no son cumplidos y por lo tanto su cumplimiento debe ser forzado. Existen principalmente dos aspectos que deben ser tenidos en cuenta en el diseño de procedimientos de ejecución: la definición de asuntos relacionados con la competencia para llevarlos a cabo (organismos encargados, agentes de ejecución, supervisión y control, entre otras), y las medidas especificas para obtener un pago efectivo (transparencia de activos, embargos bancarios, cobros a terceros y medidas provisionales).

1. Aspectos de competencia en los procedimientos de ejecución[50]

a. Órganos encargados de los procedimientos de ejecución

El diseño de los procedimientos de ejecución debe definir en cabeza de quien está la competencia general para llevarlos a cabo, es decir, sí está en

50 El análisis contemplado en este acápite se fundamenta principalmente en las conclusiones y observaciones efectuadas en los estudios: a) HESS Burkhard, Op. Cit. y; b) EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFICENCY OF JUSTICE (CEPEJ), Counsil of Europe, European Judicial Systems, 2006 (Datos 2004).

órganos del poder judicial o en instancias administrativas, privadas o mixtas. Además, debe contemplar aspectos relacionados con la centralización o descentralización de la competencia de ejecución. Una definición sobre este asunto debe analizar ¿cuál es la labor que deben realizar los jueces y cuándo es recomendable desjudicializar ciertos asuntos? De un lado, puede argumentarse que en los procedimientos de ejecución los derechos del acreedor no son objeto de controversia ni contradicción pues están previamente reconocidos y adjudicados a través de títulos ejecutivos y/o de ejecución con carácter de cosa juzgada, por lo cual, la labor del juez, que es típicamente adjudicadora de derechos, no es del todo necesaria o puede ser restringida a funciones de supervisión. Pero de otro lado, puede argumentarse que es parte fundamental del rol judicial garantizar los derechos de las personas cuando éstos han sido amenazados o vulnerados (como en el caso en el que un deudor no paga una obligación debida), y por lo tanto, el juez debe tener competencias en materia de ejecución. Esta definición sin embargo, debe tener en cuenta otra serie de factores cómo por ejemplo: ¿quiénes integran o pueden integrar el sistema de justicia en un país, y sí órganos administrativos o privados pueden cumplir funciones de administración de justicia?, ¿qué mecanismos de racionalidad en la carga de trabajo de los jueces se pueden implementar para que ellos se dediquen a funciones relacionadas con la interpretación y aplicación del derecho, en lugar de emplear parte de su tiempo en el desarrollo de funciones que pueden realizar otros profesionales?

Los países europeos tienen distintos arreglos institucionales respecto de los órganos competentes en el procedimiento de ejecución. En Finlandia, Suiza y Suecia, por ejemplo, la competencia está en cabeza de un órgano central y administrativo que se encarga de realizar todo el procedimiento; mientras que en España, Irlanda e Inglaterra son desarrollados bajo el control del poder judicial, sin perjuicio de que puedan existir agentes de ejecución que ejercen la profesión de manera privada o que pertenecen a otras entidades públicas. Adicionalmente, en algunos países los órganos de ejecución son centralizados en un único organismo judicial o administrativo que tiene a su cargo toda la competencia y responsabilidad de los procedimientos (Austria, España, Suecia); mientras que en otros, la competencia está en varias entidades y profesionales (Alemania y Grecia).

b. Agentes de ejecución

El diseño de los procedimientos de ejecución debe definir quienes pueden ser agentes de ejecución, es decir, quienes son las personas autorizadas por el Estado para hacer cumplir (ejecutar) los títulos ejecutivos y/o de ejcución. En los países europeos, esta función la pueden realizar jueces, profesionales especializados en ejecución (*bailiff* o *huissier de justice)*, u otras autoridades públicas (notarios). Los agentes de ejecución especializados (*bailiffs* o *huissiers*

de justice[51]*)* pueden ser de dos tipos: a) aquellos que ejercen la profesión de manera privada como una actividad liberal que, en todo caso, está regulada y supervisada por autoridades públicas y; b) aquellos que ejercen la profesión en una institución pública.

En la mayoría de países europeos, los agentes de ejecución no son jueces sino agentes especializados y otras autoridades públicas (notarios en Grecia). Sin embargo, las funciones asignadas a dichos agentes, así como, los regímenes que los regulan difieren entre los países. Así por ejemplo, mientras que en Bélgica y Francia los agentes lideran todo el mecanismo de ejecución y tienen amplias facultades discrecionales; en Alemania, Grecia e Irlanda, el acreedor es el encargado de iniciar y controlar la ejecución y le comunica lo pertinente a los agentes de ejecución.

Algunos asuntos que deben ser tenidos en cuenta para la definición del tipo de agente de ejecución que se elige están relacionados con su capacitación y entrenamiento, los honorarios o tasas que deben pagárseles, y la expedición de estándares de calidad de su labor. Respecto de lo primero, en 32 países europeos existen procesos de entrenamiento inicial cuando los agentes van a ingresar a la labor, aunque cuando dicho agente es un juez o funcionario del poder judicial, el entrenamiento no se da. Respecto de los honorarios y/o las tasas para acceder a sus servicios, en una mayoría de países son públicamente regulados y controlados, pero en otros, se permite que el agente negocie el cobro de ciertas actuaciones (Francia, Holanda, Rumania). Y en lo que hace referencia a los estándares de calidad, en algunos países han sido definidos por el Ministerio de Justicia (Finlandia) u otras entidades encargadas del sector de justicia (*Department of Constitutional Affairs* en Inglaterra); o por organismos encargados de la profesión de agentes de ejecución (Holanda y República Checa); o por cortes (Austria); o por el Parlamento (Dinamarca)[52].

51 Existe la Unión Internacional de Agentes de Ejecución (*bailiffs* o *huissiers de justice*). Véase: http://www.uihj.com/index.php?lg=ang

52 EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFICENCY OF JUSTICE (CEPEJ), Op.Cit., pg. 139 - 141.

Tabla 7
País según tipo de agente de ejecución (2004)

País	¿Juez?	¿Agente de ejecución especializado (*Bailiff*) que ejerce la profesión de manera privada -liberal- pero regulada por autoridades públicas?	¿Agente de ejecución (*Bailiff*) que trabaja en institución pública?	¿Otros?
Albania			si	
Alemania			si	
Andorra				Si
Austria			si	
Azerbaiján			si	
Bélgica	no	si	no	si
Bosnia y Herzegovina	si			si
Bulgaria			si	
Croacia	si	no	si	no
Chipre				si
Dinamarca	si		si	
Eslovaquia		si		
Eslovenia		si		
España*	si			
Estonia		si		
Federación Rusa	no	no	si	si
Finlandia			si	
Francia		si		si
Georgia			si	
Grecia	no	si	si	
Hungría		si		
Islandia			si	
Irlanda		si		si
Italia			si	
Letonia		si		
Liechtenstein	si		si	
Lituania		si		
Luxemburgo		si		
Malta			si	
Moldavia			si	
Mónaco	no	si	no	no
Montenegro				si
Noruega			si	
Países Bajos		si		
Polonia	no	si	no	
Portugal			si	si

República Checa	no	si	si		
Rumania		si			
San Marino	si				
Serbia			si		
Suecia					si
Turquía			si		
Ucrania			si		
Reino Unido (Inglaterra y Gales)		si	si		si
Reino Unido (Irlanda del Norte)			si		
Reino Unido (Escocia)		si	si		si

Fuente. European Commission for the Eficency of Justice (CEPEJ), European Judicial Systems, 2006.
* En España: los jueces no son agentes de ejecución pero la Constitución les atribuye dicha función.

c. Supervisión y control de los órganos y agentes de ejecución

El diseño de la ejecución debe definir aspectos de supervisión y control de los agentes que la efectúan, ya que su labor es en últimas la que puede proporcionar la recuperación del dinero. En una gran mayoría de países europeos existen funciones de control y supervisión de los agentes de ejecución, y en varios de ellos, dichas funciones están en cabeza de distintos organismos pues se permiten varios tipos de agentes. En algunos, las labores de supervisión las desarrollan los órganos encargados de la profesión (Austria, Bélgica, Francia); en otros, los jueces (Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo, Países Bajos); en otros, el Ministerio de Justicia (Alemania, Francia); y en otros, el Fiscal (Bélgica, Francia) u otras autoridades competentes. Igualmente, algunos países han desarrollado procedimientos disciplinarios por conductas antiéticas (Alemania, Finlandia, Francia, Irlanda del Norte); incompetencia profesional y comisión de delitos (Alemania, Austria, Francia, Irlanda del Norte), entre otros. Existen varios tipos de sanciones que dependen de la gravedad de la falta cometida, y que pueden ser: llamados de atención, suspensión, retiro del cargo, multa, entre otros[53].

53 EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFICENCY OF JUSTICE (CEPEJ), Op. Cit., pg. 143.

Tabla 8
País según existencia y tipo de autoridad encargada de la supervisión en 2004

País	¿Existe?	¿Órgano encargado de la profesión?	¿Juez?	¿Ministerio de Justicia?	¿Fiscal?	¿Otro?
Albania	si					si
Alemania	si			Si		si
Andorra	si		si			
Armenia	si			Si		
Austria	si	si				
Azerbaiján	si		si	si		
Bélgica	si	si	si		si	
Bosnia y Herzegovina	si		si			
Bulgaria	si			si		
Croacia	si			si		
Chipre	si					si
Dinamarca	si		si			
Eslovaquia	si			si		
Eslovenia	si	si	si	si		
España	n/a					
Estonia	si			si		
Federación Rusa	si	si	no	si	si	
Finlandia	si			si		si
Francia	si	si		si	si	
Georgia	si			si		
Grecia	no					
Hungría	si	si		si		
Islandia	si			si		
Irlanda	si				si	
Italia	si			si		
Letonia	si	si	si	si		
Liechtenstein	si		si			
Lituania	si	si	si	si		
Luxemburgo	si	si	si		si	
Malta	si			si		
Moldavia	si		si	si	si	
Mónaco	si	no	si		si	
Montenegro	si			si		
Noruega	si			si		
Países Bajos	si		si			

Polonia	si	si	si	si	no		
Portugal	si	si	si				
República Checa	si	si	si	si	no		
Rumania	si	si	si	si			
San Marino	n/a						
Serbia	no		si				
Suecia	si	si			si	si	
Turquía	si		si	si	si		
Ucrania	si			si			
Reino Unido (Inglaterra y Gales)*	no						
Reino Unido (Irlanda del Norte)	si					si	
Reino Unido (Escocia)	si	si					

Fuente. European Commission for the Eficency of Justice (CEPEJ), European Judicial Systems, 2006.

*Datos de 2004, pero en 2007 se aprobó en Inglaterra y Gales una regulación sobre agentes de ejecución[54].

2. Medidas especiales para la ejecución de títulos de ejecución[55]

El diseño de los procedimientos de ejecución debe considerar de manera específica las medidas necesarias para obtener la recuperación del dinero, que están principalmente relacionadas con el acceso a la información sobre activos del deudor y a terceros que son sus deudores, y las medidas provisionales que pueden efectuarse en su favor. Debe también contemplar mecanismos de protección de los derechos del deudor, especialmente relacionados con el derecho a la intimidad y a la protección de sus datos, pues las medidas para acceder a la información de sus activos pueden generar excesiva publicidad de los mismos. Y adicionalmente, debe contener mecanismos que garanticen la igualdad en la protección y acceso a la información de acreedores y deudores individuos respecto de aquellos que son personas jurídicas (especialmente públicas).

a. Transparencia de activos del deudor[56]

La transparencia de activos del deudor es, sin duda, uno de los principales componentes del diseño de los procedimientos de ejecución, pues en muchos

54 Véase: Inglaterra, "Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007", Chapter 15.

55 El análisis contemplado en este acápite se fundamenta principalmente en las conclusiones y observaciones efectuadas en el estudio comparativo: HESS Burkhard, Op. Cit.

56 Véase: HESS Burkhard, Op. Cit., pgs. 20-60.

casos la falta de información es la que limita la recuperación del dinero. Un ejemplo de esto, es que en 2006 en Inglaterra y Gales se estimó que tan solo 21,9 peniques por libra esterlina se recuperan en las ejecuciones, pero que dicha cifra aumenta a 91 cuando el acreedor suministra la dirección correcta del deudor. En los países europeos se han adoptado tres mecanismos específicos para obtener la transparencia de activos: a) la adquisición de la dirección correcta del deudor; b) su declaración sobre los activos que posee y; c) la información de terceros sobre dichos activos.

En primera instancia, la adquisición de la dirección del deudor constituye un aspecto fundamental para el éxito de cualquier procedimiento de ejecución, ya que de ello depende la identificación del lugar donde se realizará la notificación del proceso y la posibilidad de acceder a otra información pertinente. Se debe tener en cuenta: ¿cuáles son las características del deudor y dónde es viable buscar información sobre él? Varios registros de información en los países europeos contienen información sobre algunas características de las personas, como por ejemplo, sí estas son naturales o jurídicas, (privadas o públicas), sí realizan actividades de comercio, sí tienen bienes muebles o inmuebles y el lugar donde los poseen, entre otras. Igualmente, se debe tener en cuenta ¿quiénes pueden acceder a los registros de información? En algunos países, ciertos registros están abiertos al público y se encuentran disponibles online o pueden ser accedidos por acreedores; mientras que en otros, se requiere solicitud del órgano y/o del agente de ejecución. Además, se debe considerar la definición de herramientas concretas para verificar la fiabilidad de la información obtenida en los registros, para lo cual, éstos deben contar con elementos tecnológicos que permitan, por ejemplo, revisar y verificar la información que se inscribe antes de ser ingresada al sistema y establecer mecanismos de actualización y seguimiento de la misma.

En los países europeos existen varios registros públicos de los que se puede obtener información acerca del deudor. Por ejemplo, hay *registros de actividades comerciales*, limitados a empresas e individuos comerciantes, que están centralizados (Italia, Inglaterra y Gales) o regionalizados (Alemania), y a veces disponibles online (Austria[57]). Adicionalmente, existen *registros de propiedad inmueble* con información computarizada asequible online (Austria, Escocia, Finlandia, Suecia); que pueden estar establecidos según las características del inmueble y no del propietario (Inglaterra); o estar regionalizados, (Francia, Alemania). También existen *registros de vehículos*, cuyo acceso a veces está limitado a agentes de ejecución (Austria, Bélgica), o al tipo de consulta que se efectúa (Alemania). Así mismo, existen *registros de insolvencia* (Alemania, Austria, Dinamarca, España, Francia, Italia, Reino Unido, Suecia); *de alimentos debidos* pues en muchos países los deudores de alimentos deben hacer un descubrimiento de sus activos (Alemania, Austria, Bélica, Luxemburgo e

57 Véase: www.business.telekom.at

Irlanda); *de impuestos* (España, Suecia); *de matrimonio*; y *de seguridad social* (Bélgica, Finlandia); entre otros.

Por último, existen registros informales tales como, directorios telefónicos o de empresas y personas que prestan algún tipo de servicio (paginas amarillas, por ejemplo), que usualmente se encuentran disponibles en internet, lo que hace que su acceso esté abierto al público y facilite la búsqueda del acreedor de manera independiente y sin ayuda de los órganos o agentes de ejecución[58].

En segundo lugar, la declaración del deudor es una herramienta importante para obtener información sobre sus activos. Su diseño e implementación debe definir sí ¿se obliga a un descubrimiento total o parcial de activos (*discloussure of assets)*? En Europa existen dos modelos distintos frente a ello: de un lado, se establece la obligación de descubrimiento total (Alemania, Grecia, Inglaterra); y de otro, de descubrimiento parcial según el monto de la deuda reclamada (España, Portugal). La definición de este asunto trae consigo varios debates. Por una parte, puede argumentarse que la necesidad de garantizar el principio de proporcionalidad en las actuaciones públicas hace razonable que el deudor descubra solamente los activos con los que paga la deuda pues esa es la razón fundamental por la cual está procesado en el sistema de justicia; pero por otra parte, puede argumentarse que el acreedor tiene derecho a escoger entre todos los bienes del deudor, aquél o aquellos, con los que obtenga el pago de la deuda, pues algunos pueden convenirle más que otros; y además, que en caso de que el deudor tenga varias deudas debería informar una sola vez los activos que posee en lugar de realizar varias diligencias para ello.

Igualmente, se considera importante precisar ¿cuál es la publicidad que se le da a la información brindada por el deudor? El debate más importante sobre esto es sí la información debe ser transmitida a un registro público pues un descubrimiento total podría vulnerar su derecho a la intimidad. Otro debate importante es sí la información de las deudas y las ordenes efectuadas por los órganos de ejecución deben ser traspasadas a registros crediticios, pues sí ello se hace, se requiere diseñar herramientas efectivas para la protección de los derechos del deudor que aseguren el principio de proporcionalidad en la utilización de dicha información y el tiempo de su vigencia, por que de lo contrario se puede generar la muerte comercial del deudor.

Ahora bien, en varios países europeos se permiten realizar declaraciones de activos del deudor ante el órgano y/o el juez de ejecución. En algunos, el deudor debe acudir ante la corte/juzgado de ejecución para ser interrogado por el juez o un empleado judicial autorizado –*clerk*- (Austria, Dinamarca,

58 Véase, por ejemplo: a) Paginas amarillas de mundo: http://www.telefonbuch.com/english.htm; b) European bussiness register: http://www.ebr.org; c) Business Register Interoperability Throughout Europe: http://www.briteproject.net.

España, Inglaterra, Irlanda); y a veces, se permite un contra interrogatorio (Inglaterra, Irlanda). En ocasiones las declaraciones se efectúan a través de formatos previamente estipulados y no son prueba en el proceso (Alemania, Austria, España, Suecia). Se han establecido sanciones para los casos en los que el deudor se rehúsa a declarar, como por ejemplo, la posibilidad de ordenar su arresto y la pena de prisión por rehusarse a cumplir una orden de comparecencia (Alemania, Austria, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Inglaterra, España, Suecia). En algunos países se permite la publicidad de la información de las órdenes brindadas por los órganos de ejecución (Alemania); mientras que otros no se permite. Algunas veces se restringe el acceso a la información del deudor a los órganos de ejecución; o se permite el acceso por motivos de insolvencia, quiebras, o por restricciones efectuadas al deudor (Austria, Bélgica, Dinamarca, Grecia, Italia).

En tercer lugar, la información brindada por terceras personas constituye una herramienta importante, ya que existen diversas formas en las que terceros adeudan obligaciones al deudor (cuentas bancarias y pagos de obligaciones laborales, por ejemplo). Esta información se puede adquirir a través de un simple traspaso de datos al órgano de ejecución o por medio de una declaración oficial ante dicho organismo. La definición de este asunto sin embargo, está relacionada con los debates en torno a la necesidad de proteger el derecho a la intimidad del deudor y la posibilidad de imponer obligaciones de descubrimiento de activos a terceros, especialmente a aquellos que mantienen una relación de confianza y privacidad con el deudor (actividad bancaria).

En los países europeos se permite que terceros brinden información de la situación financiera del deudor en el marco de procedimientos de ejecución. En la práctica, los terceros que realizan actividades bancarias, traspasan información a otras entidades por motivos comerciales, por lo cual, se ha definido que ello solo es posible cuando existe el conocimiento expreso del deudor[59]. Por esto, algunas entidades bancarias han establecido cláusulas contractuales en la apertura de cuentas en las que se permite el traspaso de información, o han definido que se requiere solicitar el consentimiento expreso del deudor.

En varios países existe la obligación del tercero de realizar un descubrimiento de activos del deudor (usualmente banco/empleador), aunque existen excepciones en Dinamarca, España y Finlandia. La información se puede solicitar a través de una declaración ante el juez de ejecución en audiencia (España, Irlanda, Italia, Inglaterra); o a través de medios informales (Austria, Alemania); o por medio de declaraciones extrajudiciales (Países Bajos). En la mayoría de países, la declaración que brinda el tercero contiene información

59 PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, "Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data", Luxemburgo, 1995.

general sobre el activo(s) y la existencia de otros acreedores que han solicitado información. Algunos países permiten que el descubrimiento de activos conlleve la mención de todos los activos del deudor, (otras cuentas bancarias en Francia e Inglaterra).

Finalmente, algunos países prevén sanciones cuando el tercero no contesta la solicitud del órgano de ejecución, pudiendo ser iguales a las de los testigos renuentes (Bélgica, España, Portugal), o incluso generando ejecución contra él (Francia, Inglaterra). De otra parte, en Austria e Inglaterra se reconocen y reembolsan los gastos en los que puede incurrir el tercero por brindar información del deudor (comparecencia ante la corte).

b. Cobros a terceros y embargos de cuentas bancarias[60]

Los cobros a terceros deudores del demandado (*garnishment*), son una herramienta fundamental para la recuperación del dinero en los procedimientos de ejecución, ya que estos componen las ganancias por vínculos laborales y existentes en cuentas bancarias. En una gran mayoría de casos, dichos terceros (*garnishees)* son empleadores o entidades encargadas del pago de jubilación/pensión del deudor, y entidades bancarias en las que el deudor tiene cuentas corrientes, de ahorros, fiducias, entre otras. En la actualidad, debido a la proliferación de pagos de salarios a través de depósitos bancarios, la mayoría de cobros a terceros se efectúan a través de embargos de cuentas (*attachment of bank accounts*), sin perjuicio de que se establezcan disposiciones para los casos en los que ello no ocurre.

El diseño de herramientas para efectuar cobros a terceros y embargos de cuentas bancarias depende de quiénes son los órganos y agentes encargados de la ejecución, cuáles son los efectos que generan las ordenes de embargo, qué disposiciones existen sobre prelación de créditos, qué facultades de oposición a dicho cobro tiene el deudor, qué tipo de procedimiento se adopta para llevarlos a cabo, quiénes son los responsables de recaudar el dinero, entre otros. En algunos países por ejemplo, quien emite la orden para el cobro a terceros es la corte/juzgado encargada de la ejecución (Dinamarca, España, Inglaterra y Gales, Irlanda, Países Bajos); en otros el agente especializado de ejecución –*bailiff-* (Bélgica, Francia, Portugal); en otros, el notario público (Grecia en unos tipos de deuda); y en otros, el órgano independiente de ejecución (Finlandia, Suecia).

Existen diversas disposiciones en torno al alcance del embargo de cuentas bancarias. En algunos países la orden bloquea la totalidad de activos de la cuenta y a veces conlleva el embargo de otras (Alemania, Austria, Inglaterra, Países Bajos). En ciertas ocasiones, se permite el embargo de activos futuros siempre y cuando sean mencionados en la orden de embargo (Alemania, Es-

60 Véase: HESS Burkhard, Op. Cit., pgs. 60 – 100.

cocia, España, Grecia, Italia); se admite el embargo de activos que han llegado al banco pero aún no están disponibles en la cuenta (Italia); se establece un límite al embargo (Alemania, Austria, España); se admite (Austria, Dinamarca, Francia) o prohíbe (Inglaterra, Irlanda) el embargo de cuentas conjuntas con cónyuges; y se permite el cobro de títulos valores (cheques) expedidos con anterioridad a la fecha de la orden de embargo (Francia, Luxemburgo).

Existen además, distintas disposiciones en materia de prelación de créditos y embargos de cuentas cuando hay varios acreedores. Algunos países adoptan el principio de "primero en tiempo primero en derecho" (Alemania, Austria, Dinamarca, Francia, Inglaterra, Irlanda, Portugal España, Escocia, Suecia); mientras que otros, examinan a los acreedores y luego deciden la prelación (Bélgica, Finlandia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos). Pero, ¿cómo se define qué acreedor es "primero en tiempo"? Ello puede ser definido de diferentes maneras: a partir del momento en el que el banco es notificado del embargo; a partir de la fecha de expedición de la orden de embargo; a partir de una definición legal que establezca prelación entre acreedores, como por ejemplo, las obligaciones alimentarias, (Austria, Alemania, Portugal), entre otros.

En varios países europeos existen también disposiciones sobre el perfeccionamiento de los embargos. En algunos se entiende que el cobro a terceros es una situación que vincula únicamente al acreedor y al tercero, por lo cual, una notificación al deudor no es del todo necesaria aunque usualmente se envía (Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Inglaterra, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Suecia). En la mayoría, el embargo se realiza sin previa audiencia al deudor, aunque a veces éste tiene la posibilidad de oponerse.

El procedimiento de cobro a terceros se realiza en dos etapas. En la primera se emite la orden de cobro, se notifica al tercero, y se espera que éste declare sí paga o se opone. En la segunda, sí el tercero se opone, la oposición se transfiere al órgano competente para resolverla (órgano de ejecución o juzgados/cortes civiles); y cuando accede al pago, la orden se transfiere a la autoridad encargada del recaudo. De esta manera, el procedimiento termina con la recaudación efectiva del dinero, que en algunos países la realizan los organismos encargados de la ejecución (España, Suecia, Dinamarca), y en otros, el acreedor (Alemania, Austria, Francia).

c. Ejecución provisional y medidas de protección[61]

La ejecución provisional y las medidas de protección son herramientas importantes pues permiten asegurar el efectivo cumplimiento cuando existe el riesgo de no pago de la deuda. Su implementación depende de decisiones en

61 Véase: HESS Burkhard, Op. Cit., pgs. 100-145.

torno a la duración de los procedimientos de ejecución, los efectos de la resolución que profiere la orden de pago y la admisión de recursos contra de ella, las disposiciones en materia de cosa juzgada, y la protección al deudor.

En lo que hace referencia a la ejecución provisional, ésta aplica a los fallos de primera instancia y puede ser ordenada por el adjudicador de instancia (Bélgica, Francia, Grecia, Luxemburgo, Países Bajos, España), o estar previamente permitida por disposición normativa (Austria, Dinamarca, Inglaterra, Finlandia, Irlanda, Italia, Portugal, Suecia). En algunos países se hace efectiva a petición de parte (Bélgica, Francia, Grecia, Luxemburgo y España); mientras que en otros, esto no se requiere (Alemania). Los países que la permiten consideran necesario garantizar los derechos del acreedor para asegurar el pago, aunque establecen mecanismos de protección del deudor cuando se le causan daños.

En Europa, existen tres formas en las que se desarrolla la ejecución provisional. La primera, presupone la regulación de la ejecución previamente mediante ley, supone la admisión de recursos contra la resolución de instancia, permite la ejecución provisional mientras se resuelven los recursos en contra del fallo, y establece una garantía en favor del deudor en caso de que se le causen perjuicios o cuando el fallo es revocado/anulado en segunda instancia (Alemania, Bélgica, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Portugal). La segunda, restringe la ejecución provisional únicamente al embargo de bienes, impide otras acciones, como por ejemplo, la venta de bienes inmuebles, y establece una garantía en favor del deudor en caso de que se le generen perjuicios (Austria, Finlandia y Suecia). La tercera, establece que las resoluciones son definitivas y por lo tanto aunque la ejecución provisional no es permitida, instaura un período de tiempo antes del cual la resolución no tiene fuerza ejecutoria y un término amplio para interponer recursos, y permite la suspensión de la ejecución cuando la segunda instancia así lo decide (Inglaterra e Irlanda).

La mayoría de países tienen mecanismos de protección del deudor cuando la ejecución provisional le causa perjuicios o cuando el fallo de segunda instancia la anula o revoca. En efecto, usualmente se ha establecido que el acreedor debe efectuar una garantía en favor del deudor como requisito para acceder a la ejecución. En algunos países, dicha garantía debe ser efectuada antes de comenzar el procedimiento y el órgano de ejecución determina el monto de la misma (Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Luxemburgo, Portugal); mientras que en otros, el acreedor no requiere efectuar dicha garantía (Finlandia, Irlanda, Países Bajos, España, Suecia, Inglaterra). En varios países el adjudicador que revisa el fallo de primera instancia puede suspender la ejecución provisional sí lo considera pertinente (Alemania, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Suecia).

De otro lado, en lo que hace referencia a las medidas provisionales de protección, éstas tienen fuerza ejecutoria inmediata y se establecen para proteger el cumplimiento del fallo, permitir el descubrimiento de activos del deudor, y preservar las pruebas en el proceso. Existen tres formas distintas de medidas provisionales en los países europeos. La primera, conlleva mecanismos que aseguran el futuro de la ejecución a través de embargos preliminares o congelación de cuentas bancarias y puede: a) recaer sobre los bienes del deudor (Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Escocia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Portugal, Suecia), de manera general (Francia), o específica (Bélgica, Luxemburgo) o; b) recaer sobre las personas mediante la limitación de sus actuaciones frente a los activos de su propiedad (Irlanda, Inglaterra).

La segunda, implica establecer mecanismos para preservar el *status quo* de las partes en el proceso y solicitar que éstas realicen o se abstengan de realizar ciertas acciones (salir del país, por ejemplo). La tercera, conlleva la instauración de mecanismos que aseguren pagos intermedios en el proceso (Austria, Bélgica, Grecia, Francia, Inglaterra, Luxemburgo, Países Bajos, Suecia); y su procedencia a veces solo requiere prueba de existencia de la demanda (Francia, Países Bajos); y a veces de la urgencia de la medida (Austria, Bélgica, Grecia, Luxemburgo).

El procedimiento que se ha diseñado para las medidas provisionales de protección es sumario y usualmente no prevé audiencia con el deudor, aunque en algunos países la medida sólo es proferida cuando se le ha escuchado (España). Usualmente, el acreedor debe probar la existencia de la demanda y el riesgo de no obtener el pago de la deuda. Sin embargo, el estándar de prueba requerido difiere entre los países, pues algunos permiten que se pruebe solamente la existencia de la reclamación (Bélgica), mientras que otros (Inglaterra), exigen prueba de un caso sólido (*good arguable case*). Además, algunos países exigen que se demuestre la necesidad de urgencia de la medida de protección, sin que para ello pueda simplemente argumentarse la existencia de varios acreedores y/o de insolvencia del deudor, (Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Italia, Países Bajos, Portugal). Otros, no establecen como requisito de procedencia dicha urgencia de la medida (Bélgica, Francia, Luxemburgo). En todo caso, los países tienen mecanismos de protección de los derechos del deudor.

d. Protección de los derechos del deudor

La protección del deudor es un aspecto fundamental en el diseño de los procedimientos de ejecución, pues así como se ha entendido que los derechos del acreedor están contemplados en el artículo 6º de la Convención Europea de Derechos Humanos, también se ha dicho que sus derechos están contenidos en el artículo 8º de la Convención. Ella se ha definido a través de aspectos

fundamentales, como por ejemplo, la protección de datos en las acciones de transparencia de activos, y la definición de mecanismos de protección en los embargos de cuentas bancarias y en las medidas provisionales.

En primer lugar, se han desarrollado distintos mecanismos para garantizar el principio de proporcionalidad en el descubrimiento de activos y efectuar restricciones a la publicidad de la información. Algunos países han definido un descubrimiento parcial de activos referidos únicamente al monto de la deuda reclamada (España, Portugal). También se han establecido mecanismos para restringir el acceso a la información, incluyendo aquella referida a las órdenes de ejecución en contra del deudor, con el fin de garantizar su derecho a la intimidad y evitar una posible muerte comercial (Austria, Dinamarca, Bélgica, Italia).

En segundo lugar, se han definido mecanismos de protección en los embargos de cuentas bancarias relacionados con: la no afectación del derecho de subsistencia del deudor, la restricción del embargo al monto total de la deuda reclamada, y la limitación de embargos en cuentas conjuntas. En efecto, algunos países restringen la posibilidad de embargo por protección a la subsistencia del deudor y/o de su familia (Alemania, Austria, España), de acuerdo con los límites legalmente establecidos para ello. En otros, el deudor está habilitado a solicitar ante el órgano de ejecución el no embargo de un monto de dinero cuando se le ha afectado la totalidad de su cuenta (Dinamarca, Irlanda).

Además, algunos países restringen los embargos al dinero reclamado en el titulo ejecutivo (Alemania, Dinamarca, España, Grecia, Inglaterra, Irlanda, Portugal, Suecia); mientras que otros, aunque no lo limitan por que permiten la recuperación de otros acreedores, facultan al deudor a solicitar la liberación de su cuenta (Austria, Bélgica, Finlandia, Luxemburgo, Países Bajos, Escocia). Igualmente, algunos países establecen restricciones a embargos de cuentas conjuntas con el fin de proteger los derechos del otro(s) dueño de la cuenta, (usualmente el cónyuge), para lo cual, a veces se establecen topes máximos de dinero permitidos en dicho embargo (Grecia, España, Italia, Portugal, Suecia); o se prohíbe el embargo de cuentas con cónyuges (Inglaterra e Irlanda); o se habilita al afectado a solicitar el desembargo de su parte (Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia).

En tercer lugar, se han establecido mecanismos de protección frente a ejecuciones provisionales y medidas de protección especialmente cuando al deudor se le causan perjuicios, cuando el caso es fallado en su favor, o cuando las medidas son revocadas. Dichos mecanismos son principalmente dos: a) la obligación del acreedor de efectuar una garantía en favor del deudor como parte del procedimiento de ejecución provisional o de solicitud de medidas de protección (Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Luxem-

burgo, Portugal) y; b) la facultad del adjudicador de suspender las medidas provisionales cuando lo considere pertinente (Alemania, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Luxemburgo, Suecia).

IV. CONCLUSIONES

Las cobranzas de deudas son reclamaciones civiles de obligaciones con contenido monetario determinado o determinable que pueden provenir de distintos tipos de obligación y tener naturalezas jurídicas diferenciadas. Su peso en la justicia civil de primera instancia es importante, y se estima que en los casos en los que no existe oposición del deudor éste puede oscilar entre el 45% y el 48% del total de asuntos contenciosos ingresados en algunos países europeos. Además, generan un alto impacto en los procedimientos de ejecución y pueden constituir más del 40% de las ejecuciones ingresadas en un año. Sin embargo, incluso a través de la ejecución el acreedor puede no obtener el pago de la deuda, lo que hace necesario establecer mecanismos efectivos para lograr su recaudo.

Debido a esto, una gran mayoría de países europeos han establecido mecanismos y procedimientos para agilizar y efectivizar las cobranzas de deudas y los procedimientos de ejecución. Respecto de las cobranzas, han diseñado procedimientos especiales para los casos en los que se presume que el deudor no se opondrá a la reclamación y para aquellos en los que se presume que sí lo hará. Aunque dichos procedimientos son variados en la región, requieren la definición de herramientas específicas para la simplificación procesal y la concreción de aspectos determinantes en su diseño. Es necesario definir sí el acceso a estos procedimientos debe estar limitado por el monto o soporte de la deuda, así como, por la naturaleza de la obligación debida. Además, es importante decidir algunas herramientas para la flexibilización de aspectos probatorios, la protección de los derechos del deudor, la admisión de distintos adjudicadores al juez, la utilización de medios tecnológicos en el proceso, y la procedibilidad de recursos y de patrocinio legal.

En los casos en los que se presume que no habrá oposición del deudor se ha implementado en Alemania, Austria, Bélgica, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Portugal y Suecia, un procedimiento monitorio (o lo más parecido), mientras que en el Reino Unido se ha establecido el juicio en ausencia o defecto (*default judgment)*. En los casos en los que se presume que habrá contradicción entre el acreedor y el deudor, se han implementado en Bélgica, España, Irlanda, Portugal y el Reino Unido, procedimientos de pequeñas causas o de menor cuantía, y mecanismos simplificados en Alemania, Austria, Finlandia y Francia.

Respecto de los procedimientos de ejecución, se han diseñado dos estrategias para mejorar su efectividad. Por una parte, se ha definido quiénes tienen la competencia para llevarlos a cabo y cuáles son los mecanismos de control que deben existir en el desarrollo de su labor. A veces, el organismo encargado es parte del poder judicial, o es una instancia administrativa o mixta. En Finlandia, Suiza y Suecia la competencia está en cabeza de un órgano central y administrativo; mientras que en España, Irlanda e Inglaterra es de control del poder judicial. Adicionalmente, se ha autorizado a que diversas personas sean agentes de ejecución, siendo que en algunos países, pueden ser jueces u oficiales judiciales (Dinamarca); en otros, autoridades administrativas (Suecia); en otros, notarios públicos (Grecia); y en otros, profesionales especializados (*bailiffs – huissiers de justice)* que ejercen la profesión de manera privada o a través de un organismo público (Bélgica, Francia, Inglaterra y Gales).

Por otra parte, se han diseñado medidas específicas para obtener el pago efectivo de la deuda, relacionadas con la transparencia de activos del deudor, los cobros a terceros y las medidas provisionales. En la transparencia de activos se destacan los mecanismos que permiten la adquisición de la dirección correcta del deudor y su declaración sobre los activos que posee, siendo importante la búsqueda de información en registros públicos y la obligación del descubrimiento de activos (Alemania, Grecia, España, Inglaterra). En los cobros a terceros, se destaca la implementación de embargos a cuentas bancarias y a salarios/pensiones del deudor. Y en cuanto a la ejecución provisional y las medidas de protección, se destaca su admisión cuando se requiere asegurar el pago efectivo de la deuda por riesgo de no pago, o cuando se necesitan preservar las pruebas en el proceso y conocer los activos del deudor.

Finalmente, se han diseñado mecanismos de protección al deudor encaminados a garantizar el principio de proporcionalidad en el descubrimiento de activos, efectuar restricciones a la publicidad de la información obtenida en el procedimiento, proteger su derecho a la subsistencia en los embargos bancarios, limitar los embargos de cuentas conjuntas, establecer la obligación del acreedor de efectuar una garantía en su favor cuando solicita una medida provisional, y facultar al adjudicador a suspender la medida cuando lo considere pertinente.

De esta manera, los países europeos han diseñado e implementado diversas herramientas para agilizar el recaudo de deudas y efectivizar los procedimientos de ejecución. Este informe ha pretendido que la descripción de dichas herramientas pueda ser de utilidad en los debates que se generan en distintos países de las Américas sobre estos temas, de manera tal que pueda mostrar diferentes opciones que se implementan para efectivizar el recaudo de deudas y la ejecución, así como, las grandes tendencias que se desarrollan en estas materias en Europa.

BIBLIOGRAFÍA

1. ESPAÑA, Consejo General del Poder Judicial, "La Justicia Dato a dato año 2006", Madrid, 2007.
2. ESPAÑA, Consejo General del Poder Judicial, Datos de estadística, Boletín de información de estadística No 7, Madrid, Mayo de 2007.
3. ESPAÑA, Ley 1 de 2000 de Enjuiciamiento Civil Española, 2000.
4. FRANCIA, Nuevo Código Procesal Civil, 1991.
5. FRANCIA, Ministère de la Justice, Secrétariat General -Direction de l'Administration générale et de l'Équipement, "Annuaire Statistique de la Justice", Edition 2007.
6. HESS Burkhard, Director of the Institute of Comparative and Private International Law, University of Heidelberg, "Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of a Debtor's Assets Attachment of Bank Accounts Provisional Enforcement and Protective Measures", Heidelberg, 2004.
7. INGLATERRA, Secretary of State for Justice and Lord Chancellor by Command of Her Majesty The Queen, "Judicial and Court Statitics 2006", Presented to Parliament, Noviembre de 2007.
8. INGLATERRA, "Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007, Chapter 15".
9. UNIÓN EUROPEA, "Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales", Roma 1950
10. UNIÓN EUROPEA, Council of Europe, Committee Of Ministers, "Recommendation No. R (84) 5 of The Committee of Ministers to Member States on the Principles of Civil Procedure Designed to Improve the Functioning of Justice", Adopted 1984.
11. UNIÓN EUROPEA, Comisión de las Comunidades Europeas, "Libro Verde Sobre El Proceso Monitorio Europeo Y Las Medidas Para Simplificar y Acelerar los Litigios de Escasa Cuantía", Bruselas, 2002.
12. UNIÓN EUROPEA, Commission of the European Communities, "Proposal for a Regulation Of The European Parliament and of the Council Establishing a European Small Claims Procedure" (presented by the Commission), Bruselas, 2005.
13. UNIÓN EUROPEA, "Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo "por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía"", Bruselas, 2005.
14. UNIÓN EUROPEA, European Commission for the Eficency of Justice (CEPEJ), Counsil of Europe, "European Judicial Systems, Edition 2006 (2004 Data)", 2006.
15. UNIÓN EUROPEA, Comité Económico y Social Europeo, "Dictamen del Comité Económico y Social Europeo Sobre el «Libro Verde sobre una mayor eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: embargo de activos bancarios»", 2007.
16. UNIÓN EUROPEA, Comisión Europea, Red Judicial Europea en materia Civil y Mercantil, procedimientos simplificados y acelerados y ejecución de resoluciones judiciales, En: http://ec.europa.eu/civiljustice/

ANEXO

Referencias en internet de cobranzas de deudas y procedimientos de ejecución en Europa

1. Francia, Sitio oficial de los *huissiers de justice*: http://www.huissier-justice.fr/

2. Inglaterra, recuperación de dinero a través de internet: https://www.moneyclaim.gov.uk/csmco/index.jsp

3. Unión Europea, Comisión Europea, Red Judicial europea en materia civil y mercantil: http://ec.europa.eu/civiljustice/index_es.htm

4. Unión Europea, Comisión Europea, REJ, procedimientos simplificados en Europa: http://ec.europa.eu/civiljustice/simplif_accelerat_procedures/simplif_accelerat_procedures_gen_es.htm

5. Unión Europea, Comisión Europea, REJ, ejecución de resoluciones judiciales: http://ec.europa.eu/civiljustice/enforce_judgement/enforce_judgement_gen_es.htm

6. Unión Europea, Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia-CEPEJ, (parte del Consejo de Europa): http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/default_EN.asp

7. Unión Europea, Comisión Europea –Justicia y Asuntos internos: (contiene documentos importantes en materia civil: http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm

8. Unión Europea, Derecho de la Unión Europea en diferentes idiomas: http://eur-lex.europa.eu/

9. Unión Internacional de Agentes de ejecución (*baillifs* o *huissiers de justice*): http://www.uihj.com/index.php?lg=ang

ESTUDIO COMPARATIVO
Justicia civil de pequeñas causas en las Américas[1]

Carolina Villadiego Burbano

I. INTRODUCCIÓN

Este texto persigue describir los principales componentes de la justicia civil de pequeñas causas, o de menor complejidad, en países de la región que han efectuado decididamente políticas públicas encaminadas a implementarla. Constituye una primera aproximación al tema, con el ánimo de alimentar la discusión regional sobre la materia, y mostrar a partir de una experiencia comparada, que no es una justicia de menor importancia –como algunas veces erróneamente se cree-, sino una herramienta que fomenta el acceso a la justicia de las personas, desformaliza y agiliza la solución de conflictos cotidianos, y disminuye los costos de litigar.

Para efectos de este documento, se entiende por justicia civil de pequeñas causas una expresión del sistema de justicia mediante el cual, controversias civiles cotidianas definidas según política pública, cuyos montos de reclamación no exceden un tope determinado, son tramitadas a través de procedimientos sumarios y menos formales a los tradicionalmente empleados, generando un menor costo de litigar para las partes.

Tiene dos expresiones distintas en la región debido, en parte, a que una es diseñada para resolver principalmente conflictos civiles de menor complejidad en ámbitos urbanos (grandes o pequeños), y otra, para la solución amigable de conflictos en espacios vecinales o rurales. No obstante lo anterior,

1 Este documento fue escrito en 2007. Fue discutido y completado a partir de los comentarios y sugerencias efectuados en la reunión del Grupo de Expertos en Justicia Civil convocado por CEJA en noviembre de 2007, cuyos asistentes fueron: Emilse Arcaya, Felipe Marín, Héctor Chayer, Margarita Herreros, José Pedro Silva, Santiago Pereira, Maria Teresa Sadek; y los profesionales del CEJA: Juan Enrique Vargas, Cristian Riego, Cristian Hernández y Mauricio Duce. Agradecimientos especiales por la información brindada para la elaboración de este informe a: Vladimir Freitas en Brasil; Nina Disalvo y Russel Wheeler en Estados Unidos; y Eddie Cóndor, Fátima Villavicencio y Javier de la Rosa Calle en Perú.

ambas corresponden a un esfuerzo decidido a fomentar el acceso a la justicia de los ciudadanos.

La primera, es la desarrollada en el ámbito civil propiamente dicho en Estados Unidos a comienzos del siglo XX, establecida para la cobranza de deudas de trabajadores y pequeños empresarios con la intención de reducir la duración del proceso, simplificar los procedimientos y disminuir los costos de litigar[2]. Su competencia fue extendida a reclamaciones derivadas del derecho de consumo en las décadas de los 60`s - 70`s. Debido a que la cobranza de deudas se especializó a través de agencias de recuperación de cartera, varios análisis y debates en torno a esta justicia están relacionados con la necesidad de "equilibrar" el sistema, para permitir que las personas (individuos) s accedan principalmente como reclamantes y no las empresas y agencias de cobranzas.[3] Este tema constituye uno de los puntos más relevantes en todo debate sobre justicia de pequeñas causas, pues en él, se enmarcan discusiones en torno a una pregunta: ¿para quién, y para qué, se crea la justicia de pequeñas causas como mecanismo rápido, informal y menos costoso?

En la actualidad, esta expresión de justicia de pequeñas causas se encuentra presente, principalmente, en Brasil[4], Canadá y Estados Unidos. En otros países de la región, existen disposiciones normativas que contienen coincidencias con lo desarrollado por estos países y hay algunos proyectos de reforma en marcha.

La segunda expresión de justicia civil de pequeñas causas tiene dos vertientes en la región: la justicia de paz y la vecinal. Éstas, son establecidas de manera general en el sistema de justicia y se encuentran relacionadas con formas comunitarias de resolución de controversias. En ellas se emplean decididamente medios alternativos de solución de conflictos, los jueces empleados no necesariamente son abogados, y a veces sus decisiones se fundan en el criterio de equidad, (usos y costumbres), o en la solución amigable de conflictos.

2 John C. Ruhnka and Steven Weller with John A. Martin, "Small Claims Courts A National Examination", publicado por el National Center for State Courts, Williamsburg, Virginia, 1978, pg.1

3 John A Goerdt, "Small Claims and Traffic Courts: Case Management Procedures, Case Characteristics, and Outcomes in 12 Urban Jurisdictions", publicado por el National Center for State Courts, Estados Unidos, 1992.

4 La Constitución Federal de 1988 (Art. 98) creó los juzgados especiales (*juizados especiais)* que fueron regulados en 1995 en el nivel estadual (Ley 9.099), y en 2001 en el nivel federal (Ley 10.251). Su historia se remonta a los juzgados de pequeñas causas existentes desde comienzos de la década de los 80`s en algunos estados del país (Río Grande do Sul), regulados en 1984 por la ley 7.244.

La justicia de paz está presente, especialmente, en Colombia[5], Perú[6] y Venezuela[7]. No puede ser confundida con algunos juzgados de paz de la región que constituyen la primera instancia del poder judicial que resuelven conflictos "menores" según su competencia, pero que no corresponden a una estrategia definida de justicia de pequeñas causas sino a unos juzgados con competencias menores cuando no hay jueces especializados en ciertas materias[8]. Tampoco puede ser confundida con formas de justicia indígena[9] o campesina[10] reconocidas en algunos países, en las que se permite la resolución de conflictos según tradiciones y autoridades propias.

Este documento se centra principalmente en la descripción de la primera expresión de justicia civil de pequeñas causas. Por ello, el capítulo segundo hace especial énfasis en los aspectos centrales de su diseño y los resultados empíricos de su implementación. Posteriormente, el capítulo tercero ofrece una descripción general de aspectos centrales de la segunda expresión de justicia de pequeñas causas, haciendo especial énfasis en la justicia de paz y no en la vecinal. Finalmente, se mencionan algunas conclusiones y se adjuntan dos anexos que contienen información sobre sitios web relevantes y casos frecuentemente accionados en la justicia civil de pequeñas causas.

II. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA JUSTICIA DE PEQUEÑAS CAUSAS EN EL ÁMBITO CIVIL

A. Descripción general de la justicia de pequeñas causas en Brasil, Canadá y Estados Unidos

1. Competencia y Peso

La justicia civil de pequeñas causas fue establecida en Canadá y Estados Unidos en el ámbito provincial/estadual, y en Brasil en el estadual y en el

5 Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 247 y; Ley 497 de 1999 "p*or la cual se crean los jueces de paz y se reglamenta su organización y funcionamiento*".

6 Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo Nº 017-93-JUS, Artículos 64 – 71.

7 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Artículo 178, ordinal 7, y Artículo 258. Además, Véase, Ley orgánica de la justicia de paz.

8 Tal es el caso de los jueces de paz letrados de Perú y los juzgados de paz de Guatemala, El Salvador, México, República Dominicana y Uruguay, entre otros.

9 Véase, por ejemplo, en el caso de Colombia, la Constitución Política de 1991, Artículo 246; en el caso de Perú, la Constitución Política, Artículo 149; y en el caso de Bolivia, la Constitución Política del Estado, Artículo 171. Igualmente, es interesante analizar las discusiones que se han dado en Guatemala respecto de la incorporación de jueces de paz y jueces de paz comunitarios y el desconocimiento de la justicia indígena. Véase, por ejemplo: Castillo Méndez Iván y otro, "Reconocimiento estatal y coordinación jurídica con el Derecho Indígena: compromiso impostergable", En: Fundación para el debido proceso legal – Fundación Myrna Mack, "Memoria del Seminario Taller, Justicia de Paz y Derecho indígena", Guatemala, 2004.

10 Tal es el caso de las comunidades campesinas de Perú, cuyas autoridades ejercen funciones jurisdiccionales con reconocimiento expreso de la Constitución Política, (Artículo 149).

federal. En Canadá y Estados Unidos todos los asuntos relevantes sobre este sistema de justicia es regulado por cada una de las provincias/estados, lo que implica que existen diferencias significativas en algunos aspectos centrales de su diseño (topes de cuantías máximas, admisión de patrocinio legal y de personas jurídicas como demandantes, admisión de recurso de apelación, sistemas de mediación, entre otros), e incluso, existen diferencias entre las distintas cortes de los estados, pues algunas veces, las jurisdicciones tienen autonomía para decidir aspectos del funcionamiento del sistema de justicia[11]. En Brasil, por el contrario, existen leyes generales aplicables a todos los estados que regulan de manera genérica aspectos centrales del diseño e implementación de los juzgados civiles especiales en el ámbito estadual y federal. Sin embargo, entre los estados existen diferencias respecto de asuntos de gestión implementados en los juzgados, los recursos económicos asignados, el tipo de mediadores utilizados, entre otros.

En Estados Unidos, las pequeñas causas no se tramitan en cortes diferenciadas, sino que son gestionadas a través de un procedimiento especial en las cortes de los estados que dedican una parte de su agenda diaria o semanal a su tramite, pues lo importante es el procedimiento sumario, menos formal y menos costoso que se realiza y que difiere del procedimiento formal establecido para las demás causas civiles. En Brasil, por el contrario, son tramitadas en juzgados especiales civiles, creados especialmente para tal fin, e implementados en el 31,1% de los municipios del país[12].

Su peso, respecto de la justicia civil, varía de acuerdo con los asuntos que en ella se tramitan y las cuantías máximas establecidas. En 1990, se estimó en Estados Unidos que constituía aproximadamente el 40% de los casos civiles iniciados en las cortes estatales con jurisdicción limitada, y el 27% de aquellos iniciados en las cortes estatales de juicio con jurisdicción general[13]. En el 2004, un estudio señaló que constituían el 42% de las causas ingresadas en cortes unificadas en seis estados[14]. En Brasil, en 2006 se estimó que el 34% de las causas civiles eran tramitadas en juzgados especiales[15].

11 En el nivel estadual del sistema de justicia de Estados Unidos, por ejemplo, existen cortes con jurisdicción general y otras con jurisdicción limitada por estatuto, teniendo ambas la posibilidad –según sus propias competencias- de atender conflictos de pequeñas causas. Igualmente, existen cortes unificadas que tienen competencia para resolver todo tipo de casos, incluidas las pequeñas causas. Para una mayor información sobre el sistema de justicia de Estados Unidos y de Canadá, Véase: CEJA, "Reporte sobre la Justicia en las Américas 2006-2007 –Informe Nacional de Estados Unidos e Informe Nacional de Canadá", Disponible online en: www.cejamericas.org/reporte

12 María Teresa Sadek, "Juizados Especiais: o processo inexorável da mudança", en Novas Direções na GoVéasenança da Justiça e da Segurança, Ministerio de Justicia de Brasil, 2006, pg. 252.

13 *John A Goerdt,* Op cit, pg. XI.

14 National Center for State Courts, "Examining the work of state courts 2005 -Civil section", 2005.

15 Forum Nacional dos Juizados Especiais - FONAJE-, "Estatísticas Dos Juizados Especiais Da Justiça Estadual Em 2006", Disponible online en: http://www.fonaje.org.br/2006/

Los asuntos que en ella se resuelven son controversias civiles de índole contractual y extracontractual (*torts)*, cuyas cuantías máximas varían desde US 1.000 dólares hasta US 25.000. En los tres países se permite que las personas con controversias que exceden la cuantía establecida puedan utilizar los procedimientos de pequeñas causas, siempre y cuando renuncien al monto de dinero que excede el tope máximo permitido. Sin embargo, existen conflictos que no pueden ser tramitados en ella aun cuando su cuantía se encuentre dentro del monto establecido. En Brasil están excluidos asuntos de naturaleza alimentaria, familiar, y de interés de hacienda pública, entre otros[16]. Y en Canadá, asuntos alimentarios de hijos o de cónyuges en Québec, y en contra del gobierno provincial en Nueva Escocia.

La definición de una cuantía máxima para establecer el límite de la justicia de pequeñas causas es un aspecto relevante en su diseño. Sin embargo, dicha definición es un asunto que genera gran debate por que se dice que cualquier definición de cuantía es arbitraria y por lo tanto, se deben tener otros factores en cuenta, como por ejemplo, el tipo de asunto del que se trata. Además, se teme que su excesiva elevación sobrecargue el sistema y complejice la litigación de las causas, lo que puede generar dificultades de las partes –que asisten sin abogado- para probar los casos ante el juez.

En Brasil, las leyes definieron de manera general la cuantía máxima asignada, mientras que en Canadá y Estados Unidos es definida en cada una de las provincias/estados. Dicha cuantía es de 40 salarios mínimos (US 7.500 aprox.) en el ámbito estadual de Brasil y 60 (US 11.500) en el federal[17]. En Canadá oscila entre US 5.500 y US 23.000, (entre 6.000 y 25.000 dólares canadienses)[18], y en Estados Unidos, entre US 1.500 y US 25.000, siendo las más empleadas, US 3.000 y US 5.000[19]. En todo caso, es interesante reseñar el caso del estado Georgia en Estados Unidos, donde no existe una cuantía máxima para el trámite de pequeñas causas ni en la *Superior Court* ni en la *State Court* del estado, ya que lo importante es el procedimiento menos formal[20].

16 Véase: Ley 9.099 de 1995, Artículo 3º, inciso 2º; y Ley 10.259 de 2001, Artículo 3º.
17 Ley 9.099 de 1995, artículo 3º y Ley 10.251 de 2001, artículo 3º.
18 CEJA, "Debt collection paper: Canada and the United Kingndom", Documento interno de trabajo, enero de 2006.
19 National Center for State Courts, "Court Statistics Project, State Court Caseload Statistics 2005", 2006.
20 Ibidem.

Tabla 1[21]
Cuantía establecida en la justicia de pequeñas causas

	Brasil		Canadá	Estados Unidos
	Ámbito Estadual	Ámbito federal	Ámbito provincial	Ámbito estadual
Cuantía Máxima permitida	US 7.500 aprox.	US 11.500 aprox.	Entre US 5.300 y US 23.000 aprox.	Entre US 1.500 y US 25.000 aprox.
Variaciones al interior de los estados	No	No	Si	Si
Admisión de montos superiores con renuncia de la parte al excedente	Si	Sin dato	Si	Si

Fuente. Elaboración propia.

Entre los asuntos civiles que se tramitan en la justicia de pequeñas causas se destacan tres grandes categorías: a) la cobranza de deudas, b) las controversias derivadas de relaciones de consumo y; c) la indemnización de perjuicios causados por responsabilidad civil extracontractual (accidentes de transito, injuria personal, negligencia médica, entre otros). A pesar de que estas tres categorías agrupan la mayoría de asuntos, el impacto de ellas en el sistema de justicia de cada uno de los países, y de sus propios estados, varía notablemente.

En Brasil, por ejemplo, un estudio[22] realizado en el ámbito estadual de nueve estados mostró que en promedio, el 37,2% de los asuntos tramitados son controversias relativas al derecho de consumo; el 17,5, reclamaciones derivadas de accidentes de transito; el 14,8, cobranza de deudas; y el 9,8% ejecución de titulo extrajudicial, entre otros. No obstante lo anterior, el estudio señaló que mientras las controversias derivadas del derecho de consumo constituyen en Río de Janeiro y en San Pablo, el 79% y el 50% respectivamente; en Fortaleza y Macapá, son el 7.7% y 10.2% respectivamente.[23]

Por otra parte, en Estados Unidos un estudio[24] realizado en 12 jurisdicciones señaló que, en promedio, el 68% de los casos son cobranzas de deudas; el

21 Elaborada a partir de los datos presentados en: a) Ley 9.099 de 1995 y Ley 10.259 de 2001; b) *CEJA, "Debt collection paper: Canada and the United Kingndom*, Op. Cit y; c) *National Center for State Courts, "Court Statistics Project, State Court Caseload Statistics 2005*, Op. Cit.

22 Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais-CEBEPEJ e Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, "Juizados especiais civeis-estudo", 2006.

23 Ibídem, pgs. 26 – 27.

24 *John A Goerdt,* Op. cit.

11.6% controversias derivadas del derecho de consumo; el 9.7% asuntos relativos a la propiedad; y el 9.5% asuntos de responsabilidad civil extracontractual (*torts*). Al igual que en el caso de Brasil, las diferencias en torno a los asuntos tramitados varían en cada uno de los estados. Así por ejemplo, en la jurisdicción de Hartford el 91% de los casos son cobranzas de deudas, mientras que en Seatle, Wichita, Denver y Fairfax están alrededor del 50%.[25]

Tabla 2[26]
Asuntos tramitados en justicia de pequeñas causas

	Brasil (Ámbito estadual)	**Estados Unidos** (Ámbito estadual)
Cobranza de deudas	14,8	68%
Controversias derivadas del derecho de consumo	37,2%	11,6%
Asuntos derivados de responsabilidad civil extracontractual	14,8% sólo en accidentes de transito	9,5%
Otros	33,20%	10,90%

Fuente. Elaboración propia.

Estas categorías tienen particularidades propias y distintas realidades probatorias. A modo de ejemplo, las cobranzas de deudas, independientemente del monto de su cuantía, están usualmente respaldadas en títulos ejecutivos, no así, las controversias derivadas de responsabilidad civil extracontractual y de derecho de consumo, que además, frecuentemente corresponden a procesos declarativos y posteriormente a ejecutivos.

Adicionalmente, las controversias derivadas de derecho de consumo concentran una gran variedad de casos: desde cobros indebidos por parte de grandes empresas de servicios públicos[27], (telefonía móvil celular, agua, luz, energía, bancos, entre otros); hasta pequeñas controversias entre individuos y comerciantes (microempresa o individuos) por relaciones de consumo cotidianas (compra de comida y de vestidos, servicios de lavandería, entre otros). El sistema enfrenta entonces, tanto una gran variedad de casos similares en contra grandes empresas de servicios públicos, como casos particulares en contra de pequeñas empresas o individuos.

25 Ibídem, pgs. 46 – 47.

26 Elaborada a partir de los datos de: a) *Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ*, Op. Cit y; b) *John A Goerdt*, Op. Cit.

27 Un ejemplo de esto es que en 2007, en el estado de Río de Janeiro (Brasil), la empresa más demandada ante los juzgados especiales civiles fue la de telefonía TELEMAR, (40.567 procesos en su contra hasta noviembre de ese año), seguida por otras grandes empresas de energía, telefonía, bancos, entre otros. Véase: http://srv7.tj.rj.gov.br/maisAcionadas/pesquisaComparativo.do

2. Partes intervinientes en el proceso

a. Personas Naturales y Jurídicas como partes en el proceso

Una de las principales motivaciones para diseñar e implementar la justicia de pequeñas causas es fomentar el acceso a la justicia de personas con reclamaciones "menores", a un bajo costo y a través de procedimientos sumarios. Debido a esto, es fundamental en su diseño y motivo de amplio debate, la respuesta a la pregunta: ¿quién puede acceder a esta justicia como reclamante?, no así, ¿quién puede acceder como demandado?

A veces se cree que permitir la participación de personas jurídicas como demandantes, implica inundar el sistema con sus causas y disminuir la participación de individuos como accionantes. Además se considera que puede generar desequilibrios, ya que aunque el patrocinio legal no sea obligatorio, las personas jurídicas están usualmente representadas o asesoradas a través de abogados y conocen la forma adecuada de litigar.

En general, los tres países permiten como demandantes a las personas naturales (individuos), mayores de edad o a través de su representante legal. Las diferencias giran en torno a las personas jurídicas, especialmente, empresas y agencias de cobranzas de deudas. En Brasil, una reforma admitió a las microempresas como demandantes[28], mientras que en Canadá y Estados Unidos, algunas provincias/estados permiten a las empresas (*bussinesses*) en forma de corporaciones, asociaciones o representantes legales. Sin embargo, ciertas jurisdicciones que permiten empresas no admiten agencias de cobranzas, (Denver, Wichita, Seatle, entre otras, en Estados Unidos).

Además, algunas jurisdicciones de Canadá y Estados Unidos que permiten el acceso de personas jurídicas como reclamantes, efectúan restricciones en su acceso. Por ejemplo, solicitan que hayan contratado por lo menos 5 personas en los últimos doce meses previos a la demanda (Québec - Canadá)[29], o que ingresen menos de un número determinado de casos por mes o año, (Pórtland, Minneapolis, Washington, Wichita, Fairfax, Denver – Estados Unidos), entre otros[30].

De otro lado, los tres países permiten como demandados a personas naturales y jurídicas. En algunas provincias de Canadá (Nueva Escocia) y en el

28 Una microempresa es una persona jurídica que ha tenido como renta bruta en un año calendario, un monto igual o inferior a 240.000 reales (US 125.196,6 aprox.). Véase: Ley 9.841 de 1999, Artículo 38; Ley 9.317 de 1996 y Ley 11.196 de 2005.

29 Véase: Justice Quebec, "Small Claims," En: http://www.justice.gouv.qc.ca/english/publications/generale/creance-a.htm#before

30 *John A Goerdt,* Op. Cit., pgs. 41 – 42. En Denver (EEUU), por ejemplo, se permite el ingreso de dos causas al mes por persona, y un máximo de dieciocho al año.

ámbito estadual de Brasil, se prohíbe demandar a personas de derecho público.

Las restricciones en torno a la admisión de personas jurídicas en la justicia de pequeñas causas reflejan su participación en ella y la de las personas naturales. En el ámbito estadual de Brasil, por ejemplo, las personas naturales corresponden al 93% de los demandantes y al 49,5%% de los demandados, mientras que en Estados Unidos son el 36,5% de los reclamantes y el 75,9% de los demandados.

Un aspecto interesante a analizar es la forma de terminación de los casos tramitados por personas jurídicas. En Estados Unidos, donde el 91% de los casos iniciados por ellas son cobranzas de deudas, tan solo el 11% del total de estos asuntos son resueltos en juicio (*trial)*[31]. Los demás son decididos en instancias previas, usualmente a través del juicio en defecto (*default judgment),* esto es, un juicio obligatorio en favor del demandante cuando el demandado no contesta los emplazamientos de la Corte o no comparece ante ella. Adicionalmente, el 71% de los casos que se resuelven en juicio tienen como accionante a una persona natural. Esto quiere decir, que el juicio –que es la respuesta más costosa y de mayor calidad del sistema de justicia -, es utilizado en rangos muy superiores por personas naturales.

Tabla 3[32]
Porcentaje de personas naturales y jurídicas como accionantes y demandados

	Brasil (Ámbito estadual)		Estados Unidos (Ámbito estadual)	
	Persona Natural	Persona Jurídica privada	Persona Natural	Persona Jurídica privada
Accionante (plaintiff)	93,7%	6,2%	36,5%	60,7% (2.8% adicional es de agencias del gobierno)
Demandado	49,5%	48,6%	75.9%	23.8% (0.4% adicional es de agencia del gobierno)

Fuente. Elaboración propia.

b. Representación a través de abogado

La facultad de asistir al proceso sin abogado es otro asunto importante en un diseño de justicia de pequeñas causas, que además genera gran debate. De

31 *John A Goerdt,* Op. Cit., pg. 45.

32 Elaborada a partir de los datos presentados en los estudios de: a) *Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ*, Op. Cit y; b) *John A Goerdt*, Op. Cit.

un lado, se dice que los conflictos que se resuelven en este tipo de justicia no requieren la presencia obligatoria de abogado, pues su sustentación no presenta gran complejidad (cobranza de deudas) y, por lo tanto, al ser sumarios, orales y menos formales los procedimientos, las personas están en capacidad de representarse por sí mismas. Además, asistir sin abogado disminuye los costos de litigar, lo que favorece a las partes pues en el ámbito civil, a diferencia del penal, el sistema de defensa pública y de asistencia legal gratuita es limitado.

De otro lado, se dice que la representación a través de abogado facilita el litigio de las partes en el proceso, ya que las personas no están acostumbradas a litigar, y por lo tanto, no conocen aspectos procesales relevantes para ganar un proceso judicial (presentación y contradicción de pruebas, entre otros). Adicionalmente, se dice que algunos asuntos que se tramitan en esta justicia pueden ser complejos en su argumentación, como por ejemplo, casos de responsabilidad extracontractual (daños derivados de accidente de transito) y controversias propias del derecho de consumo frente a grandes empresas (conflictos de telefonía móvil celular, energía y bancos).

En Brasil, Canadá y Estados Unidos, la representación a través de abogado en el proceso no es obligatoria. En Brasil, sin embargo, es obligatoria cuando la reclamación excede los 20 salarios mínimos legales (US 3.700 aprox.) y cuando se ejerce recurso de apelación contra la sentencia de instancia[33]. Además, sí la parte desea estar representada a través de abogado, tiene derecho a que se le preste patrocinio legal gratuito[34]. En ese país, fue motivo de gran debate la exclusión de representación obligatoria a través de abogado, ya que el estatuto de abogacía al reglamentar las disposiciones de la Constitución Federal[35], definió que la postulación ante órganos judiciales era potestad exclusiva de los abogados. Sin embargo, el Supremo Tribunal Federal, al resolver una acción directa de inconstitucionalidad presentada por la Asociación de Magistrados Brasileros, decidió aplicar restrictivamente dicho estatuto, excluyendo a los juzgados especiales y a la justicia de trabajo de dicha potestad obligatoria[36].

Así, en Brasil y en algunas provincias/estados de Canadá y Estados Unidos la representación a través de abogado es facultativa. Tales son los casos, entre

33 Ley 9.099 de 1995, Artículo 9º y Artículo 41, inciso 2º.

34 Ibídem. Artículo 9º, inciso 1º.

35 Constitución Federal de 1988, Artículos 131 – 135. Se destaca el artículo 133 que establece: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

36 Costa, Pablo Drews Bittencourt. "Uma análise crítica à Lei n.º 9.099/95. Lei dos Juizados Especiais". Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponible En: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2394

otros, de Nueva Escocia[37], Ontario[38] y New Brunswick[39] en Canadá; y de Georgia, Louisiana, Massachussets y New York en Estados Unidos[40]. Sin embargo, en otras provincias/estados de Canadá y Estados Unidos, está prohibido el patrocinio legal. Ejemplo de ello son, entre otros, Québec[41] (Canadá), y California, Michigan, Montana y Nebraska (Estados Unidos)[42].

En promedio, en el ámbito estadual de Brasil comparecen sin abogado el 60,2% de los demandantes y el 45,8 de los defendidos. Sin embargo, existen diferencias significativas respecto de estos porcentajes en cada uno de los estados. Por ejemplo, el 51,9% de los reclamantes en Río de Janeiro comparecen con abogado, mientras que esto sucede tan solo en el 15,3% de los casos de Fortaleza. Igualmente, el 60,8% de los defendidos comparece con abogado en Río de Janeiro, mientras que esto ocurre en un 12,4% de los casos de Fortaleza.[43]

En cortes que permiten el patrocinio legal en Estados Unidos, ninguna de las partes tiene patrocinio legal en un 74% de los casos resueltos en juicio (*trial)*[44]. El 76% de los demandantes ganan el juicio cuando ambas partes no tienen abogado; situación que mejora (89%) cuando solo ellos asisten con abogado al juicio, y desmejora (65%) cuando solo el defendido asiste a través de abogado[45]. Estos datos reflejan que el patrocinio legal genera una mejoría en el resultado final de los juicios en favor de accionantes y defendidos lo que, respecto de los primeros, contrasta con un estudio anterior que señaló que el patrocinio legal no incidía en su resultado final[46].

En todo caso, un examen detenido sobre este punto debe considerar el tipo de decisión judicial efectuada, ya que sí las pretensiones fueron concedidas parcialmente, el demandante puede pensar que perdió y el demandado sentir que no fue derrotado. En Estados Unidos, por ejemplo, a pesar de que el accionante ganó más del 75% de los juicios, le concedieron totalmente las pre-

37 Court Services Division of Department of Justice, "Nova Scotia Small Claims Court", Nova Scotia, Noviembre 2006. En: http://www.courts.ns.ca/self_rep/small_claims_brochure.pdf

38 Small Claims Court, "What is Small Claims Court?", Ontario, 2006.

39 Public Legal Education and Information Service of New Brunswick, "Small Claims Court: Information for Claimants, Defendants and Third Parties", 2004. En: http://www.legal-info-legale.nb.ca/showpub.asp?id=5&langid=1

40 *National Center for State Courts, "Court Statistics Project, State Court Caseload Statistics 2005"*, Op. cit.

41 Justice Quebec, "Small Claims," 2007. En: http://www.justice.gouv.qc.ca/english/publications/generale/creance-a.htm#before

42 *National Center for State Courts, "Court Statistics Project, State Court Caseload Statistics 2005*", Op. Cit.

43 *Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ*, Op. Cit., pgs. 29 – 31.

44 *John A Goerdt,* Op. Cit., pg. 54.

45 Ibídem, pg. 55.

46 *John C. Ruhnka*, Op. Cit., pg. 78.

tensiones solo en un 32% de ellos y la mitad de las mismas, solo en un 54%[47]. En Brasil, donde el 60,2% de los demandantes comparecen sin abogado, se conceden totalmente las pretensiones en un 50% de los casos, y parcialmente, en un 28,8%[48]. No obstante lo anterior, un examen aún más detenido debe tener en cuenta el tipo de pretensiones que fueron concedidas, pues la percepción de ganar o perder un caso varía de acuerdo con: sí fueron concedidas o negadas las pretensiones principales, las subsidiarias, o una parte de ambas.

De esta manera, un análisis cuidadoso alrededor de sí permitir, prohibir u obligar la representación a través de abogado en la justicia de pequeñas causas, debe tener diversos factores en cuenta. En primer lugar, debe analizar los asuntos que en ella se tramitan para verificar sí en algunos de ellos la asesoría legal es fundamental para el litigio del caso, y en segundo lugar, considerar la incidencia del patrocinio legal en los resultados finales de los procesos judiciales. Además, debe examinar la forma en la que se dan a conocer los procedimientos requeridos para litigar en los procesos, y definir canales efectivos de asesoría legal –no solo patrocinio- para las partes que asisten ante el juez.

Respecto de los asuntos que se tramitan, aquellos derivados de relaciones de consumo y de responsabilidad extracontractual pueden presentar algunas dificultades probatorias, no así, las cobranzas de deudas en las que el reclamante tiene pruebas que sustentan la obligación debida (títulos valores u otro tipo de documentos). En los primeros casos, cuando el accionante debe demostrar que el servicio fue defectuosamente prestado o vendido (lavandería dañó los vestidos, teléfonos móviles no funcionan adecuadamente por problemas de servicio, demora en la entrega de servicios, mercancía -perecedera- salió dañada, entre otras), o que los perjuicios sufridos son derivados del hecho culposo que se le imputa a la otra parte (daño moral), es posible que tenga dificultades para probarlos y además que no sepa bien como hacerlo.

Pero estas dificultades no son solo para los accionantes; también son para los demandados. Ellos deben ejercer por sí mismos su derecho de defensa, y en algunos casos, pueden encontrar problemas para controvertir pruebas y desvirtuar hechos. Adicionalmente, pueden no presentarse ante el juez o desconocer la totalidad de los hechos en discusión, las pruebas aducidas y los procedimientos judiciales a seguir. Un ejemplo de estas dificultades en el caso de Brasil es la discusión en torno al derecho de contradicción, ya que las pruebas se presentan en la audiencia de instrucción y juzgamiento sin haber sido requeridas previamente, siendo en esa instancia donde se deben controvertir[49]. Otro ejemplo de esto en el caso de Estados Unidos, es la discusión en

47 *John A Goerdt*, Op. Cit., pg. 69.

48 *Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ*, Op. Cit., pg.35.

49 Véase: Ley 9.099 de 1995, artículo 33: "Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias". Véase también: a) Costa, Pablo Drews

torno a la obligatoriedad de que el demandado conteste la demanda antes de su presentación en la primera audiencia, ya que se ha visto que cuando no está obligado a ello, no comparece ante el juez[50].

De todas formas, es importante tener en cuenta que uno de los objetivos de un procedimiento de pequeñas causas es que sea menos formal y que esté diseñado para que la persona (demandante y demandado) litigue su caso personalmente en el sistema de justicia. Por ello, parece altamente relevante la prestación de asesoría legal a las partes, para que cuando se presenten sin abogado, se asistan adecuadamente en el proceso. La pregunta es, ¿quién debe prestarla y cómo debe hacerlo? Se ha recomendado[51] que el sistema de justicia ofrezca información amigablemente escrita a las personas que asisten a él, en la que se especifique aspectos relevantes del litigio (asuntos que se tramitan, cuantías aceptadas, procedimientos a realizar, sugerencia en la presentación y contradicción de pruebas, entre otras). En Estados Unidos, por ejemplo, algunos estados ofrecen vía Internet "centros de auto-ayuda" (*self-help center*) para litigar en las cortes de pequeñas causas, donde ofrecen información relevante para el tramite de su causa[52].

Adicionalmente, se ha sugerido que personal especializado de los despachos judiciales, distinto de los jueces, brinden asistencia legal a las partes para un litigio adecuado, ya que su desconocimiento es un gran problema en el adecuado funcionamiento del sistema. Esto requiere capacitar a personal de perfil especializado (asistentes y *clerks*[53]) que trabaja en los juzgados/cortes, establecer límites adecuados para no afectar la imparcialidad del juez, entre otros. Igualmente, se ha considerado que el juez o adjudicador del caso debe facilitar el litigio de las partes, sin que ello implique que se convierta en su abogado, sino que debe proporcionar herramientas para que las partes argumenten de manera adecuada su caso en la audiencia.

3. Costo de Litigar y Financiamiento del sistema

La disminución de los costos de litigar es un argumento frecuentemente utilizado para la creación e implementación de la justicia de pequeñas causas. Este argumento tiene de fondo el debate sobre el financiamiento del sistema

Bittencourt, Op. Cit y; b) Vieira, José Marcos Rodrigues; Soares, Carlos Henrique et al. "Juizado Especial Cível e o estado democrático de direito". Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 807, 18 set. 2005. Disponible en: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7287

50 *John A Goerdt,* Op. Cit., pg. 20.

51 Véase: *John A Goerdt,* Op. Cit y *John C. Ruhnka*, Op. Cit.

52 Véase, entre otros: a) Estado de California: http://www.courtinfo.ca.gov/selfhelp/smallclaims/ y; b) Estado de Nueva York: http://www.courts.state.ny.us/courts/nyc/smallclaims/procedural.shtml

53 El clerk es un oficial de la corte, encargado de la gestión de la misma, especialmente, de recibir las causas que ingresan y llevar un registro de los casos tramitados. Para más información, Véase: The Larry King Law - Glossary of Terms, Disponible online en: http://www.larrykinglaw.com/glossary.htm

de justicia civil, su concepción como bien público o privado, su gratuidad, y la garantía de acceso a personas de recursos limitados[54]. En el marco de éste, la justicia civil de pequeñas causas tiene dos tendencias: o se concibe como gratuita y se fomenta el acceso preferente de personas naturales (individuos); o se reducen costos, según la cuantía de la pretensión y el tipo de parte en el proceso.

La disminución de los costos se realiza en tres aspectos centrales: a) exoneración o reducción de tasas judiciales[55]; b) asistencia no obligatoria a través de abogado y; c) exoneración o reducción de otros costos judiciales. Respecto del primero, Brasil exoneró el pago de tasas por considerar esta justicia como gratuita, y aplicó excepcionalmente dicho cobro cuando se interpone recurso de apelación, lo que en realidad opera como un desincentivo. Por su parte, Canadá y Estados Unidos establecen tasas con algunas particularidades, como por ejemplo, su definición según la cuantía reclamada, y la exclusión arancelaria de algunos procedimientos.

Respecto del pago de otros costos judiciales, Brasil exoneró el pago de despensas –salvo cuando se interpone recurso de apelación-, mientras que Canadá y Estados Unidos lo mantienen.

54 Juan Enrique Vargas Viancos, "Financiamiento de la Justicia: Las Tasas Judiciales", CEJA, 2004. Disponible en: http://www.cejamericas.org/doc/documentos/jev-tasas-judiciales.pdf

55 Por tasas judiciales se entiende: "todo cobro que se les hace a las partes litigantes en un juicio, con el fin de que contribuyan, al menos en alguna medida, a los costos que importa llevar adelante la tramitación procesal de su asunto. No incluimos (…) las multas que se les cobran a las partes, las costas que deben solventar dentro del juicio ni aquellas consignaciones que no están directamente vinculadas a solventar el costo de la justicia, sino que operan simplemente como un desincentivo para el uso de una determinada institución". *Juan Enrique Vargas Viancos*, Op. Cit., pg. 2.

Tabla 4[56]
Costo de litigar en la justicia de pequeñas causas

	Pago de Tasas judiciales (fees)	Excepciones al pago de tasas	Presencia de abogado obligatoria	Pago de otros costos judiciales
Brasil	No Excepcionalmente se pagan cuando se recurre la decisión de instancia	Si Beneficio de pobreza en la interposición del recurso de apelación	No En caso de requerirlo, se presta asistencia gratuita	No Excepcionalmente se pagan cuando se recurre la decisión de instancia
Canadá	Si Cada provincia define el monto de sus tasas y los procedimientos que las requieren (ingreso de causa, contestación, etc.)	Si Personas que reciben asistencia social u otra forma de asistencia	No En caso de requerirlo, la parte lo financia	Si Costas judiciales
Estados Unidos	Si Cada estado define el monto de sus tasas y los procedimientos que las requieren (ingreso de causa, contestación, etc.)	Sin datos	No En caso de requerirlo, la parte lo financia	Si Costas judiciales

Fuente. Elaboración propia.

Ahora bien, ¿cuáles son los montos de las tasas judiciales establecidas en la justicia de pequeñas causas, y cuál es su diferencia frente a la justicia común? Respecto de lo primero, los montos varían a lo largo de las provincias/estados de Canadá y Estados Unidos, ya que cada una de las jurisdicciones tiene competencia para establecerlas. El arancel por ingreso de una causa, por ejemplo, varía según el monto de la pretensión y de la jurisdicción, y puede estar entre US 10 y US 150. Igualmente, el arancel por la contestación de la demanda varía, ya que algunas veces no se cobra, o se cobra solamente la reconvención.

Y respecto de lo segundo, las diferencias con la justicia civil común varían de acuerdo con las estipulaciones de cada una de las provincias/estados. En Estados Unidos, por ejemplo, mientras la tasa de ingreso de una causa en la justicia común puede costar US 200, 180 o 150 (New Jersey, Massachussets y Missouri, respectivamente) dicha tasa oscila entre US 5 y US 35 en la justicia

56 Elaborada a partir de la información presentada en: a) Ley brasilera 9.099 de 1995; b) *CEJA, "Debt collection paper: Canada and the United Kingndom*", Op. Cit y; c) *John A Goerdt,* Op. Cit

de pequeñas causas de dichas jurisdicciones[57]. En otros estados, sin embargo, no existen diferencias significativas en las tasas cobradas en uno y otro procedimiento (Kansas, West Virginia, Florida)[58].

Tabla 5[59]
Montos de las tasas judiciales (*fees)* en la justicia de pequeñas causas

País	Provincia/Estado	Monto de la tasa por ingreso de la causa	Monto de la tasa por contestación de la demanda
Canadá	Nova Scotia (2006)	US 70 aprox. si la causa es inferior a 4.300 aprox.	US 47 aprox. por una demanda de reconvención
		US 150 aprox. si la causa está entre US 4.300 y US 23.000	
	New Brunswick (2004)	US 43 aprox. si la causa es inferior a US 2.300	US 20 aprox. para admitir o negar
		US 93 aprox. sí la causa es superior a US 2.300	Entre US 40 y US 90 para demanda de reconvención
Estados Unidos	Indiana (2005)	US 35 aprox.	Ninguno
	Montana (2005)	Entre US 10 y US17	US 5 o Ninguno
	New York (2005)	Entre US 10 – US 20, según el monto y la jurisdicción	Ninguno

Fuente. Elaboración propia.

De otra parte, el financiamiento del sistema de justicia civil de pequeñas causas depende en Brasil, Canadá y Estados Unidos de los recursos asignados por parte de las cortes o tribunales de justicia de los estados/provincias. Por ello, existen diferencias significativas entre las distintas jurisdicciones, que trae como consecuencia el mayor o menor grado de implementación y desarrollo en unas que en otras.

57 National Center for State Courts, "Court Costs: Fees, Miscellaneous Charges and Surcharges Civil Filing Fees in State Trial Courts, 2005", 2005, pgs 5 y 7.
58 Ibídem., pgs 3, 5 y 11.
59 Elaborada a partir de la información presentada en: a) Public Legal Education and Information Service of New Brunswick, Op. Cit; b) Court Services Division of Department of Justice, "Nova Scotia Small Claims Court" Op. Cit y; c) National Center for State Courts, "Court Costs: Fees, Miscellaneous Charges and Surcharges Civil Filing Fees in State Trial Courts, 2005", Op. Cit.

4. Procedimiento empleado

a. Descripción general

Los procedimientos que se llevan a cabo en la justicia de pequeñas causas son sumarios y menos formales que los tradicionalmente empelados en la justicia civil, ya que la intención de este sistema es generar una justicia más cercana a las personas. Esto es, sin duda, uno de los aspectos más relevantes en su diseño, pues en el procedimiento informal reside la posibilidad de que las personas litiguen de manera más fácil, lo que fomenta su acceso a la justicia. Por procedimiento informal se entiende la existencia de una serie de disposiciones que flexibilizan el proceso civil común y que consisten, entre otras, en:

a) Oralizar las actuaciones centrales del proceso, es decir, que las decisiones fundamentales se realicen en una audiencia única (o dos);
b) Presentar la demanda y la contestación sin formalidades, incluso de manera oral, donde consten los datos del accionante y del demandado, la pretensión que se reclama, la relación de las pruebas que se harán valer, y los puntos centrales de la defensa argüida;
c) Facultar la representación personal sin abogado;
d) Admitir adjudicadores distintos del juez para la solución de los casos;
e) Establecer un rol activo del juez o adjudicador en el proceso, que genere cercanía hacia las partes y facilite la litigación del caso;
f) Flexibilizar la conducción de aspectos probatorios:
    i. realizar interrogatorios y contra interrogatorios informales,
    ii. realizar un descubrimiento de pruebas menos formal (que no se realice una audiencia preparatoria previa al juicio, por ejemplo),
    iii. desformalizar la presentación de pruebas ante el juez (no someter los documentos a certificación notarial o registral);
g) Definir estándares medianos de convicción razonable para la solución de los casos;
h) Utilizar preferentemente medios alternativos de solución de conflictos;
i) Restringir la utilización de recursos contra la decisión de instancia (prohibición del recurso de apelación o aprobación de su uso, únicamente para la parte demandada en el proceso).

Así, en Brasil, cuya tradición legal es de derecho continental europeo, el procedimiento en los juzgados especiales civiles es oral, lo que constituye una gran diferencia respecto de los procedimientos comunes. En ese país, aunque existen diferencias de criterio entre los estados, existe una regulación general del procedimiento a seguir en dichos juzgados, mientras que en Canadá y Estados Unidos, cada provincia/estado define los procedimientos.

En los tres países, no solo los jueces togados pueden adjudicar pequeñas causas sino también, otras personas –usualmente abogadas- que están facultadas para ello. Tal es el caso de los jueces legos en Brasil[60], los jueces temporarios (*pro-tem judges*[61]) y árbitros[62] en Estados Unidos, y los adjudicadores en Canadá[63]. Esto requiere garantizar su imparcialidad –pues a veces no son financiados por el poder judicial y se teme que reciban pagos de las partes asociados a la labor que cumplen[64]-, y velar por que sus decisiones sean ajustadas a derecho.

El procedimiento de pequeñas causas en Brasil inicia cuando el accionante lo solicita de manera oral o escrita ante la secretaría del juzgado especial. Debe mencionar los datos de las partes, los hechos y fundamentos de su reclamación, y el valor de la misma. Una vez ingresada la causa, se fija audiencia de conciliación en un plazo de 15 días, y se notifica al demandado, quien no puede realizar reconvención. La audiencia de conciliación es realizada por un conciliador, por un juez togado o por un juez lego. Sí las partes llegan a un acuerdo, se homologa mediante sentencia que presta mérito ejecutivo. Cuando el demandado no comparece injustificadamente, el juez togado promulga sentencia. En los casos en los que las partes no concilian, pueden ir a juicio arbitral desarrollado por un juez lego, o a audiencia de instrucción y juzgamiento dentro de los quince días siguientes. Finalmente, se profiere sentencia en audiencia o en un plazo máximo de 10 días.[65]

En Canadá y Estados Unidos, el procedimiento inicia cuando el reclamante ingresa la acción y paga el arancel (*fee)* correspondiente. En su reclamación (*claim)*, señala los datos de las partes y los hechos, fundamentos y pruebas que pretende hacer valer. Luego, se notifica (*serve)* al demandado quien, puede contestar la acción admitiendo o negando la pretensión, e incluso ingresar una demanda de reconvención *(counterclaim)*. Después de su respuesta, la oficina del *clerk* fija fecha para audiencia de juicio y notifica a las partes. En algunas jurisdicciones de Estados Unidos (Denver y Wichita), el demandado

60 Los jueces legos son abogados con más de cinco años de experiencia seleccionados para los juzgados especiales, y sus decisiones son homologadas o modificadas por los jueces togados. También ejercen funciones de árbitros en juicios de los juzgados especiales. Véase: Ley 9.099 de 1995, Artículos 7º, 21 – 27 y 40, entre otros.

61 Los jueces temporarios (*pro-tem judges),* son abogados que sirven como jueces en las cortes de pequeñas causas, siempre y cuando las partes estén de acuerdo. Véase, entre otros: California Courts, Self - Help Center, Small Claims Basics, En: http://www.courtinfo.ca.gov/selfhelp/smallclaims/

62 En el estado de Nueva York las pequeñas causas resueltas por árbitros –abogados experimentados en pequeñas causas- no pueden ser apeladas porque sus casos no son objeto de registro ante la Corte. Véase: http://www.courts.state.ny.us/courts/nyc/smallclaims/general.shtml

63 Esto ocurre, por ejemplo, en las provincias de Nueva Escocia y New Brunswick. Para más información sobre este tema, Véase: *CEJA, "Debt collection paper: Canada and the United Kingndom"*, Op. Cit.

64 Véase: Ibídem.

65 Ley 9.099 de 1995 de Brasil.

no está en la obligación de responder la demanda, por lo que, se fija fecha de audiencia de juicio con el ingreso de la causa. Y en algunas provincias de Canadá (Prince Edward Island, Ontario, British Columbia), se fija una audiencia previa al juicio (*Pre-Trial Settlement Conference),* con el objeto de lograr un acuerdo entre las partes (*settlement)*. Durante la audiencia de juicio, las partes presentan sus argumentos, controvierten pruebas utilizando reglas de evidencia menos formales -no se intercambian documentos juramentados ante notarios certificando los hechos (*Affidavits*) y no se cumplen las reglas especiales de descubrimiento de pruebas (*Examinations for Discovery*)-[66], y se promulga sentencia. En algunas jurisdicciones de Estados Unidos, la sentencia puede ser proferida con posterioridad al juicio (Cambridge y Minneapolis)[67].

b. Forma de terminación y duración del proceso

Los procesos civiles en la justicia de pequeñas causas usualmente no finalizan a través de sentencia o juicio. En efecto, en el ámbito estadual de Brasil, tan solo un 29,5% de los casos se resuelven mediante sentencia, mientras que un 39,3% se hace por homologación de acuerdo conciliatorio y un 24,4% se extingue por desinterés del autor, entre otros[68]. La mayoría de casos en Estados Unidos son resueltos por juzgamiento en defecto (36,4%), un 32,9% se desestima por acuerdo entre las partes; y tan solo el 19,4% son resueltos en juicio (*trial)*[69].

La duración promedio del proceso en el ámbito estadual en Brasil[70] –primera y segunda instancia- es de 349 días; y de 649 cuando se requiere ejecución de la sentencia[71]. Esto último ocurre en el 15,3% del total de casos y en el 45,7% del total de sentencias promulgadas. En Estados Unidos, el promedio de duración es de 63 días, oscilando entre las distintas jurisdicciones, entre 45 y 120 días[72]. En todo caso, dicho promedio esta por debajo del recomendado por la *American Bar Association* en 1985, esto es, 30 días como tiempo máximo.

c. Recurso de apelación

La estipulación del recurso de apelación contra las decisiones judiciales que resuelven conflictos de pequeñas causas es otro aspecto importante en su diseño que genera gran debate. Por un lado, se señala que no permitir la revisión en apelación de la decisión vulnera el derecho de defensa, en la medida en que el afectado no puede controvertir una decisión que considera "erró-

66 Véase, *CEJA, "Debt collection paper: Canada and the United Kingndom"*, Op. Cit.

67 La descripción del procedimiento efectuada en este párrafo ha sido extraída de diversas fuentes. Véase, entre otros, a) *CEJA, "Debt collection paper: Canada and the United Kingndom"*, Op. Cit; b) *John A Goerdt*, Op. Cit.y; c) *California Courts, Self - Help Center, Small Claims Basics,* Op. Cit.

68 *Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ*, Op. Cit., pg 35.

69 *John A Goerdt,* Op. Cit pg. 78.

70 El cálculo de duración inicia con la distribución de la demanda y concluye con el juzgamiento del recurso de apelación.

71 *Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ*, Op. Cit, pg 37.

72 *John A Goerdt,* Op. Cit, pg 83.

nea". De otro lado, se indica que en la medida en que las partes litigan su caso oralmente ante el adjudicador y presentan y controvierten pruebas en audiencia frente a éste, la decisión de instancia es de gran calidad, y por lo tanto, un recurso judicial, que es una medida costosa para el sistema de justicia y que debe establecerse prioritariamente para los casos en los que la decisión afecta de manera significativa los derechos de las partes (como la vida y libertad personal por ejemplo), debe ser limitado a ciertos casos.

Este debate se encuentra presente en las disposiciones normativas establecidas en los países analizados. Así por ejemplo, aunque Brasil consagró la procedencia del recurso de apelación, estableció algunos desincentivos para su uso, y límites para su interposición y juzgamiento[73]. En primer lugar, definió que sería juzgado por una terna recursal (*turmas recursais)* compuesta por tres jueces togados de primera instancia, de manera tal, que no se puede acceder a los tribunales de justicia que constituyen la segunda instancia del sistema. En segundo lugar, definió que dicho recurso tendría efecto devolutivo (no se suspende el cumplimiento del fallo), y que solo se consideraría en efecto suspensivo cuando el juez excepcionalmente lo decidiera por considerar que puede existir un perjuicio irremediable. Y finalmente, se estableció que la parte que interpone el recurso debe hacerlo a través de abogado y que paga tasas y otros costos judiciales.

En el nivel estadual de ese país, se constató que en promedio, un 31,2% de las sentencias promulgadas son apeladas; y que el 65.8% de ellas son confirmadas y tan solo el 12,4% reformadas totalmente. Estos porcentajes varían al interior de cada uno de los estados, siendo excedidos o disminuidos de manera significativa. En Río de Janeiro por ejemplo, se interponen recursos contra el 42% de las sentencias; y éstas son confirmadas en un 57% y reformadas totalmente en un 6.5%. En Macapá en cambio, se interponen recursos contra el 9,2% de las sentencias, y son confirmadas en un 72,7%[74].

Por otra parte, en Canadá y Estados Unidos la admisión de recursos es definida por las jurisdicciones de cada una de las provincias/estados. En Canadá, por ejemplo, algunas provincias permiten el recurso de apelación (Manitoba, Nueva Escocia y PEI), y otras, lo tienen prohibido (Québec)[75]. Y en Estados Unidos, algunas jurisdicciones permiten apelar sin restricciones (Wichita, Denver, Des Moines); y otras, aplicando restricciones, como por ejemplo, facultar solamente al defendido para hacerlo (California), definir cuantías mínimas requeridas para ello (Fairfax y Seatle), o establecer que solo las decisiones emitidas por un juez –no un arbitro- son apelables (Nueva York). Además, existen diferencias en la forma en la que se desarrolla el recurso de apelación

73 Ley 9.099 de 1995, artículos 41-46 y 54-55, y Ley 10.259 de 2001.
74 *Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ*, Op. Cit, pg 36.
75 *CEJA, "Debt collection paper: Canada and the United Kingndom"*, Op. Cit.

en las distintas jurisdicciones. En efecto, mientras algunas permiten que sea decidido por una instancia superior a través de un nuevo juicio (California); otras no permiten la realización de un nuevo juicio (Denver), o establecen la realización de un juicio por jurado en la misma jurisdicción (Cambridge)[76].

Tabla 6[77]
Recurso de apelación contra decisión de primera instancia

	Existe	Restricciones en su uso	**Tipo de restricciones**	**Segunda instancia**
Brasil	Si	Si	Comparecencia con abogado y pago de tasas y costos judiciales	Ternas recursales de jueces de primera instancia
Canadá	Si en algunas provincias	Si	Tipo de parte que puede interponerlo (defendido)	Instancia superior
Estados Unidos	Si en algunos estados	Si	- Tipo de parte que puede interponerlo (defendido) - Tipo de cuantía que se reclama - Tipo de adjudicador que haya resuelto el caso (sí es un arbitro no procede recurso)	Instancia superior (con o sin jurado) o la misma instancia con jurado

Fuente. Elaboración propia.

d. Mecanismos alternativos de solución de conflictos

Dado que la mayoría de controversias que se tramitan en la justicia de pequeñas causas no comprometen bienes jurídicos intransigibles, el uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos es una herramienta fundamental para su resolución a través de acuerdo. Ello no implica la denegación del acceso a una decisión judicial, ya que de no existir acuerdo entre las partes se continúa con el procedimiento judicial, y en los casos en los que existe, éste se "protocoliza" y presta mérito ejecutivo.

Estos mecanismos ofrecen respuestas alternas a las vías propiamente judiciales (sentencia y juicio) y disminuyen los costos de operación del sistema de justicia, lo que genera un uso eficiente de los recursos públicos. En efecto, reduce los tiempos de duración del proceso, disminuye el tiempo empleado por el juez en la causa, y disminuye el costo de operación del sistema en la producción de audiencias (citaciones, emplazamientos, contradicción de pruebas, personal del juzgado/corte que debe estar presente, registro de actuaciones), entre otras.

76 *John A Goerdt,* Op. Cit, pg 27.

77 Elaborada a partir de la información presentada en: a) Ley brasilera 9.099 de 1995; b) *CEJA, "Debt collection paper: Canada and the United Kingndom*", Op. Cit y; c) *John A Goerdt,* Op. Cit.

En Brasil, el procedimiento de conciliación es una piedra angular del proceso, se surte de manera obligatoria en una etapa tramitada por el juez de la causa o por un conciliador. Se alcanza acuerdo en un 34,5% de las audiencias de conciliación efectuadas, y ocurre lo mismo, en un 20,9% de las audiencias de instrucción y juzgamiento. Se considera que hay cumplimiento del acuerdo en un 45,7% de los casos, e incumplimiento en un 38,8%[78]. En el estado de San Pablo, un estudio reveló que el 47,7% de los conciliadores –no jueces- eran abogados, un 38,8% estudiantes de derecho; y que tan solo el 26,5% del total habían sido capacitados[79].

En Canadá y Estados Unidos, la utilización de mecanismos alternos de solución de conflictos es autorizada por cada una de las jurisdicciones. Algunas han incorporado la mediación en la justicia de pequeñas causas haciéndola voluntaria en el procedimiento; u obligatoria (Québec y Yukon en Canadá, y California en Estados Unidos), u obligatoria cuando la controversia gira en torno a materias o cuantías determinadas, (Washington, Pórtland, Wichita, en EEUU)[80]. En Estados Unidos, se mostró que el 77% de las partes que fueron a mediación terminaron más satisfechas con el resultado del proceso, que aquellas que fueron a juicio (68%)[81].

Existen coincidencias en los tres países respecto de la importancia de una gestión adecuada de los mecanismos alternos de solución de conflictos. Se recomienda garantizar la imparcialidad del mediador/conciliador, su formación y capacitación adecuada, así como, mecanismos apropiados de supervisión y la destinación de recursos adecuados para realizar el trabajo. No se quiere que la utilización de dichos mecanismos devenga en prácticas incorrectas, como por ejemplo, la imposición de acuerdos, la desestimación de pretensiones por razones distintas a las jurídicas, entre otras.

78 *Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ*, Op. Cit, pgs 32-34.
79 Datos presentados en: *María Teresa Aina Sadek*, Op. Cit, pg 269.
80 Véase: *CEJA, "Debt collection paper: Canada and the United Kingndom"*, Op. Cit; y *John A Goerdt*, Op. Cit, pg 24.
81 *John A Goerdt*, Op. Cit, pg 64.

Tabla 7[82]
Mecanismos Alternativos de solución de conflictos en pequeñas causas

	Existe	Tipo	Procedimiento Obligatorio	Existen conciliadores/ mediadores distintos de un juez
Brasil	Si	Conciliación	Si. La primera audiencia es de conciliación	Si. Conciliadores (abogados, estudiantes de derecho)
Canadá	Si, en algunas provincias	Mediación	No. Con excepciones en algunas jurisdicciones y asuntos	Si. Mediadores (abogados, notarios, jueces de paz)
Estados Unidos	Si, en algunos estados	Mediación	No. Con excepciones en algunas jurisdicciones y asuntos	Si. Mediadores (abogados, no abogados, jueces retirados)

Fuente. Elaboración propia.

5. Cumplimiento de la sentencia / pago efectivo de la deuda

Las personas que acuden al sistema de justicia creen que obtendrán como resultado concreto el pago de lo adeudado, la indemnización solicitada, el restablecimiento del servicio, entre otros. Por ello, el cumplimiento de la sentencia es relevante desde el punto de vista del usuario y del sistema de justicia. Sin embargo, la práctica muestra que la promulgación de sentencias no conlleva siempre el cumplimiento de la misma.

La justicia de pequeñas causas no es ajena a esta situación. Por ello, se han diseñado algunos mecanismos encaminados a garantizar su cumplimiento efectivo. En Brasil, por ejemplo, el juzgado especial tiene la facultad de ejecutar sus propias sentencias judiciales (de merito u homologatorias de acuerdos conciliatorios). Sin embargo, tal y como fue señalado anteriormente, este procedimiento tarda en promedio 300 días más.

En Canadá, se han establecido algunos mecanismos para garantizar el cumplimiento de la sentencia, especialmente, el pago de la deuda. En primer lugar, se emplaza (*Summons to Appear)* al deudor para su presentación ante la corte y se solicita una notificación de su estado financiero (propiedades adquiridas, ingresos) y las razones aducidas para incumplir la sentencia. En segundo lugar, se ordena el embargo y venta de las propiedades del deudor

82 Elaborada a partir de la información presentada en: a) *María Teresa Aina Sadek,* Op. Cit; b) Ley brasilera 9.099 de 1995; c) *CEJA, "Debt collection paper: Canada and the United Kingndom*", Op. Cit y; d) *John A Goerdt*, Op. Cit.

(*Seizure and Sale of Property)*. Y en tercer lugar, se autoriza el pago de terceros al deudor, a través de embargos de salarios y cuentas bancarias (*Garnishment of Salary and of Bank Accounts)*[83].

En Estados Unidos, algunas cortes proveen información y los formatos requeridos para el trámite de procedimientos de ejecución, (embargos de cuentas bancarias, de propiedades, entre otras)[84]; y a veces, realizan en la audiencia de juicio, un acuerdo de pago solicitando todos los datos financieros del deudor. Sin embargo, se dice que se necesitan mecanismos más efectivos, ya que se estima que el 25% de los demandantes vencedores en juicio –con demandado presente- no reciben el pago efectivo de la deuda; y que el 40% de los accionantes con abogado y el 66% de aquellos sin abogado, en los juicios en defecto (*default judgment)*, no obtienen el pago de la deuda[85].

6. Aspectos de gestión y aprovechamiento de nuevas tecnologías

Toda reforma al sistema de justicia requiere incorporar mecanismos adecuados de gestión y de aprovechamiento de nuevas tecnologías. La experiencia demuestra que sin una efectiva incorporación de mecanismos de gestión o su implementación incorrecta, la reforma puede ser poco efectiva. La justicia civil de pequeñas causas no es ajena a esto. Por ello, ha incorporado aspectos relevantes de gestión y de aprovechamiento de nuevas tecnologías.

En los tres países existen formatos *online* de demandas (*claim)*, defensa y otros documentos requeridos en el proceso que pueden ser, a veces, ingresados vía Internet al juzgado/corte. Además, se permite la utilización de medios de prueba electrónicos y la firma digital, así como, consultas sobre los procesos tramitados[86].

En Brasil, existe el *proceso virtual* establecido mediante Ley 11.419 de 2006 en los juzgados especiales[87]. Una gran mayoría de actuaciones procesales se tramitan virtualmente. Para dicho trámite se crearon sitios web a través de los cuales se formalizan las distintas actuaciones del proceso, se ofrece informa-

83 *CEJA, "Debt collection paper: Canada and the United Kingndom"*, Op. Cit.

84 Un ejemplo de esto es el estado de California, que vía Internet ofrece un sistema de ayuda con información relevante sobre ejecución de las sentencias para la parte vencedora en juicio. Véase: http://www.courtinfo.ca.gov/selfhelp/smallclaims/collect.htm Igualmente, en el estado de Nueva York, vía Internet se ofrecen directrices para obtener el pago de la deuda. Véase: http://www.courts.state.ny.us/courts/nyc/smallclaims/collectingjudgment.shtml

85 *John A Goerdt,* Op. Cit, pgs 28 -30.

86 Véase, entre otros: a) http://www.courts.state.ny.us/courts/nyc/smallclaims/forms.shtml#Starting y; https://jef.jfpr.gov.br/eproc7000/index.php

87 Ley Nº 11.419 de 2006, "*Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências*". El artículo 1º establece: "O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei. § 1o Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição (…)".

ción sobre el sistema, y se permite la inscripción de los usuarios que litigan en el mismo (abogados, procuradores, funcionarios y magistrados del sistema de justicia)[88].

De otro lado, en Canadá y Estados Unidos existen mecanismos adecuados para la gestión de casos (*case management)*, incluida la incorporación de profesionales especializados en gestión encargados de la agenda, de la distribución de recursos físicos, de la verificación de aspectos requeridos para las audiencias, (notificaciones, testigos), entre otros.

B. Otros países con disposiciones normativas similares y proyectos de reforma en marcha

La justicia de pequeñas causas descrita en el capítulo anterior tiene similitudes con disposiciones normativas establecidas en otros países de la región. En efecto, varios códigos de procedimiento civil establecen procedimientos sumarísimos para la tramitación de controversias civiles de cuantías "menores", facultando a las partes a acudir sin patrocinio legal y reduciendo el número de actuaciones procesales. Además, permiten presentar la demanda verbalmente, imposibilitan la interposición de reconvención, reducen el número de audiencias en el proceso, establecen mecanismos alternos de solución de conflictos, y limitan algunas formas de contradicción de pruebas. Están establecidos para el trámite de controversias civiles con montos de reclamaciones pequeños, y otros asuntos del ámbito civil ampliamente considerado.

Un ejemplo de esto es el procedimiento sumarísimo establecido en los códigos de procedimiento civil de Bolivia y Perú. En Perú se establece que los jueces de paz y letrados de paz conocen a través de dicho procedimiento conflictos de naturaleza patrimonial que no excedan las 20 Unidades de Referencia Procesal -URP (US 2.200 aprox.), recientemente aumentadas a 100 URP (US 11.000 aprox.)[89]. Y en Bolivia, se contempla para el tramite de asuntos tutelares de menores de edad[90].

Adicionalmente, otras disposiciones normativas crean jueces de controversias menores o de menor cuantía en el poder judicial, otorgándoles compe-

88 Véase: a) Vera Lúcia Feil Ponciano, Herramientas Tecnológicas para mejorar la Administración de la Justicia Brasileña, Ponencia presentada en el V Seminario Internacional de Gestión Judicial: Herramientas Modernas para el Mejoramiento de la Gestión Judicial, organizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas y el Poder Judicial de Perú, en Lima, Octubre de 2007; b) Sitio web de proceso electrónico del Estado de Paranà (Brasil): www.jef-pr.gov.br; c) Sitio web del proceso electrónico del Estado de Rio Grande do Sul (Brasil): www.jef-sc.gov.br y; d) sitio web del proceso electrónico del Estado de Santa Catarina (Brasil): www.jef-sc.gov.br.

89 Código de Procedimiento Civil de Perú, Artículos 546 – 607. Reformados por la Ley 29057 del 29 de junio de 2007.

90 Código de Procedimiento Civil de Bolivia, Artículo 485 y Ley de Organización Judicial, artículo 146.

tencias para la resolución de conflictos "menores" a través de procedimientos expeditos. Ejemplo de esto es Costa Rica, cuya ley orgánica del poder judicial crea los juzgados de menor cuantía que conocen algunos procesos ejecutivos de menor cuantía y diligencias de pago por consignación, entre otros[91]; y Chile, que tiene juzgados de policía local que tramitan asuntos civiles de menor complejidad, como por ejemplo, perjuicios derivados de accidentes de transito, infracciones a disposiciones de leyes de protección de consumidor, entre otros[92]. Y otras, crean juzgados móviles –con multi competencias en pequeños conflictos- que se desplazan por comunidades y ofrecen la solución de controversias a través de la conciliación. Ejemplo de ello son, entre otros, los juzgados móviles de Honduras[93].

Como puede verse, existen coincidencias entre las disposiciones descritas en este acápite y las señaladas en el capítulo anterior. Dichas coincidencias están fundadas en la necesidad de: reducir trámites procesales, agilizar los procesos y disminuir algunos costos de litigar.

De otro lado, algunos países de la región han establecido o están en proceso de hacerlo, procedimientos monitorios para la tramitación de cobranzas de deudas y/o para la ejecución de títulos (judiciales y extrajudiciales). Dicho procedimiento consiste en que el juez dicta sentencia con la admisión de la demanda, y queda en firme sí el demandado no la impugna luego de serle notificada. En Uruguay, existe para el cobro de pretensiones establecidas en títulos documentales[94]. En Costa Rica y El Salvador, se tramitan proyectos de reforma para su incorporación. El procedimiento monitorio entonces, constituye un desarrollo específico de uno de los asuntos que tramita la justicia de pequeñas causas: la cobranza de deudas.

Por último, algunos países de la región desarrollan proyectos encaminados a incorporar la justicia de pequeñas causas descrita en los acápites anteriores. Un ejemplo de esto lo constituyen los países de la Organización de Estados del Caribe del Este –OECE[95], que discuten un borrador de reglas de justicia de pequeñas causas (*Small Claims Rules*) para implementarlas en la Corte Suprema del Caribe del Este (*Eastern Caribbean Supreme Court*)[96]. De otro lado, en

91 Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica, Artículos 114 – 124, modificada por la Ley de Reorganización Judicial de 997.

92 Véase, entre otras disposiciones: a) Código Orgánico de Tribunales de Chile y; b) Ley chilena nº 18.2871 "establece procedimiento ante los juzgados de policía local".

93 Véase: http://www.poderjudicial.gob.hn

94 Código General del Proceso de Uruguay, Artículo 354.

95 La OECE está conformada por los países independientes de Antigua y Barbuda, Dominica, Grenada, Santa Lucía, San Kitts y Nevis y San Vicente y las Granadinas; y los territorios británicos de Anguila, Islas Vírgenes Británicas y Montserrat. Para una mayor información sobre la organización de su sistema de justicia, Véase: CEJA, "Reporte sobre la Justicia en las Américas 2006 – 2007, Introducción al Caribe del Este y CARICOM", En: www.cejamericas.org/reporte

96 Eastern Caribbean Supreme Court, "Annual Report 2005 – 2006", pg. 36.

Colombia se propone un anteproyecto de reforma que crea jueces municipales especializados de pequeños conflictos, encargados de resolver, entre otras, controversias derivadas de relaciones contractuales y extracontractuales de naturaleza civil, agraria o comercial, cuya cuantía no exceda los 20 salarios mínimos legales (US 4.000 aprox.)[97].

III. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA JUSTICIA DE PAZ Y VECINAL EN EL ÁMBITO CIVIL

La segunda expresión de la justicia civil de pequeñas causas es la justicia de paz y la vecinal. Ésta es una expresión del sistema de justicia general, mediante el cual se establecen jueces no necesariamente abogados para la solución amigable de "pequeños" conflictos cotidianos que acontecen en ámbitos vecinales o rurales. Ha sido reconocida formalmente en las constituciones y leyes de algunos países, pero tiene raíces históricas que se remontan a la época de la colonia[98]. Es diferente de formas de justicia indígena y campesina presente en Bolivia, Colombia y Perú, en las que se reconoce que autoridades de pueblos indígenas y de comunidades campesinas tienen jurisdicción en la solución de conflictos de su comunidad, según su "propio derecho" o tradiciones[99].

Su diseño tiene como aspecto central: fomentar el acceso a la justicia de personas que comparten un ámbito comunitario a través de la solución alternativa de conflictos. Aunque tanto la justicia de paz como la vecinal comparten fundamentos similares como la solución amigable de conflictos en ámbitos territoriales –cercanos- y la implementación de procedimientos menos formales a los tradicionalmente empleados; la primera tiene como criterio de resolución el principio de equidad, mientras que la segunda el de derecho. Por este motivo, una justicia vecinal pensada para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Argentina) que prevé la implementación de tribunales vecinales –en derecho- para la solución de conflictos civiles, comerciales y de otra

97 Véase: Corporación Excelencia en la Justicia, proyecto: "Por la cual se crean los Jueces Municipales Especializados de Pequeños Conflictos, se establece el procedimiento para los asuntos que se someten a su consideración y se dictan otras disposiciones", Disponible online en: www.cej.org.co

98 A este respecto, Véase, entre otros: a) Wilfredo Ardito Vega, Justicia De Paz Y Derecho Indígena en el Perú, En: *Fundación para el debido proceso legal – Fundación Myrna Mack*, Op. Cit, pg. 62; b) David Lovatón, Jaime Márquez, Wilfredo Ardito, Iván Montoya. "Justicia de paz. El otro poder judicial". Instituto de Defensa Legal, Lima, 1999 y; c) Pedro Manoel Abreu, "Acesso À Justiça e Juizados Especiais". Palestra proferida durante a Semana de Estudos Jurídicos realizada de 23 a 26 de maio de 2000 no Salão do Tribunal do Júri do Fórum da Comarca da Capital.

99 Véase: Constitución Política de Bolivia, Artículo 179, Constitución Política de Colombia, Artículo 246; Constitución Política de Perú, Artículo 149. Igualmente, Véase: CEJA, "Reforma procesal penal y pueblos indígenas", 2006, Disponible online en: www.cejamericas.org

índole[100]; difiere, de la justicia de paz desarrollada en los países andinos. Así, la justicia de paz y vecinal tiene dos tipos de diseños distintos en la región que dependen: de las realidades históricas de cada uno de los territorios donde se implementa y de los ámbitos en los que se quiere llevar a cabo.

Actualmente, la justicia de paz se encuentra presente, principalmente, en Colombia, Perú y Venezuela donde ha sido reconocida en las constituciones nacionales, en las leyes de organización judicial, y en algunas leyes especiales que regulan su funcionamiento[101]. Se estima que existen alrededor de 5.000 jueces de paz en Perú[102] y 1.400 en Colombia[103]. En Bolivia, una reciente reforma creó la justicia de paz como parte del poder judicial, con competencia para promover la conciliación en conflictos individuales, comunitarios o vecinales y, resolver en equidad cuando no hay acuerdo conciliatorio[104].

La justicia de paz tiene competencias en diversas materias, ya que su concepción se deriva de la idea de solución amigable de conflictos entre vecinos, y no de una estrategia especialmente dedicada a resolver controversias civiles. Se tramitan en ella asuntos penales, familiares, civiles y comerciales, entre otros. Posee asuntos expresamente excluidos de su competencia, como por ejemplo, los relativos al vínculo matrimonial, nulidad y anulación de actos jurídicos o contratos, conflictos sucesorios y constitucionales, en Perú; acciones constitucionales, contencioso-administrativas y civiles que versan sobre la capacidad y estado civil de las personas, en Colombia; y, controversias patrimoniales no asignadas a los tribunales ordinarios en la competencia de equidad, en Venezuela[105].

En el ámbito civil, se destaca los asuntos de índole patrimonial, como la cobranza de deudas, con cuantías máximas que oscilan entre US 1.000 aprox. y US 20.000 aprox.

100 Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Cláusula Transitoria Duodécima, Numeral 5º.

101 Véase, en Colombia, la Constitución Política de Colombia, 1991 y la Ley 497 de 1999; en Perú, la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo Nº 017-93-JUS y la Ley 28.545 que regula la elección de los jueces de paz; y en Venezuela, la Constitución de la República y la Ley orgánica de la justicia de paz.

102 Wilfredo Ardito Vega, Justicia De Paz Y Derecho Indígena en el Perú, Disponible online en: www.justiciaviva.org.pe

103 CEJA, "Reporte sobre la Justicia en las Américas 2006 – 2007 –Informe Nacional de Colombia", 2007, Disponible online en: www.cejamericas.org/reporte

104 Ley 3.324 de 2006 de Bolivia, sobre reforma a la ley de organización judicial, Artículos 2º y 6º.

105 Ley Orgánica del Poder Judicial de Perú, artículo 65 y 67; Ley 497 de 1999 de Colombia, Artículo 9º; Ley Orgánica de Justicia de Paz de Venezuela, Artículo 8º.

Tabla 8
Asuntos civiles tramitados en la justicia de paz

	Colombia	Perú	Venezuela
Capacidad Civil y Estado Civil	No permitido (salvo reconocimiento voluntario de hijos extramatrimoniales)	No permitido	No permitido
Conflictos de naturaleza patrimonial (Cobranza de Deudas)	(US 20.000 aprox.) Hasta 100 salarios mínimos mensuales	(US 5.500 aprox.) Hasta 50 Unidades de Referencia Procesal	(US 1.145 aprox.) Hasta 4 salarios mínimos mensuales cuando el juez profiere sentencia en equidad Y Sin límite en los casos en los que solo se ejerce conciliación
Desalojos	No regulación expresa	Prohibido	Permitido
Alimentos	Solo para fijar o modificar el monto	Únicamente en casos donde se acredite el entroncamiento familiar	Solo para hacer cumplir las sentencias del "Sistema de Protección"

Fuente. Elaboración con la colaboración de la Comisión Andina de Juristas.

El juez de paz es un ciudadano vinculado a la comunidad en la que ejerce sus funciones, no requiere ser abogado, no recibe remuneración alguna por su labor, y es designado mediante elección popular siendo un "vecino" respetable en muchas comunidades[106]. En Perú, dicha elección es convocada por el Presidente de la República a petición de la Corte Suprema, y la postulación requiere el acompañamiento del 2.5% de la firma de los vecinos de la jurisdicción donde ejerce sus funciones. En Colombia, la elección se efectúa por circunscripción territorial (municipal o distrital), y la postulación es efectuada por organizaciones comunitarias o grupos organizados de vecinos. Y en Venezuela, la elección también es organizada en la circunscripción municipal, y la postulación requiere el apoyo de grupos de vecinos que representen el 3% de los electores de la circunscripción, o de organizaciones civiles y asociaciones de vecinos legalizadas.

Las facultades del juez de paz son conciliar y fallar en equidad cuando no se logra acuerdo conciliatorio. Su principal herramienta es la conciliación, ya que su concepción se funda en la resolución amigable de conflictos. Por esto, en Venezuela tiene mayores competencias en asuntos por vía de conciliación que por fallo en equidad. En Perú, el 68% de los casos iniciados en la justicia

106 Ley 28.545 de 2005 "que regula las elecciones de los jueces de paz" en Perú; Ley 497 de 1999 de Colombia, artículos 11 – 14; Ley Orgánica de Justicia de Paz de Venezuela, Artículos 10 – 23.

de paz concluyen a través de acuerdo conciliatorio, mientras que el 15% termina por sentencia en equidad civil[107].

Pero, ¿qué se entiende por un fallo en equidad? En términos generales, es la búsqueda de una solución "justa", a través del respeto de usos y costumbres de la comunidad donde se ejerce jurisdicción, recurriendo a la experiencia y al sentido común[108]. La aplicación del criterio de equidad está sometida a límites. Dichos límites usualmente son el respeto a las disposiciones constitucionales, pudiendo no fundamentar jurídicamente sus decisiones, pero debiendo respetar los derechos y garantía establecidos en ella.

En la práctica, se presentan conflictos entre jueces de paz y otros jueces del sistema de justicia por divergencia de criterios entre lo que se considera equidad, y decisiones "ajustadas a derecho". Esto se presenta en casos en los que se cree que se concilian o transan materias no sujetas a conciliación, se promulgan decisiones penales "bondadosas", se resuelven conflictos de manera integral atendiendo a costumbres pero desconociendo aspectos legales penales, civiles y familiares, entre otros[109]. En la solución de casos concretos, la aplicación del criterio de equidad según usos y costumbres y la observancia de un límite genérico como es "el respeto por la constitución", puede interpretarse de maneras distintas. Por ello, la coordinación entre la justicia de paz/vecinal y los demás organismos del sistema de justicia es un aspecto fundamental para esta justicia de pequeñas causas.

Las decisiones de los jueces de paz tienen recurso de apelación[110]. En el caso de Perú, dicho recurso es conocido por un juez de paz letrado. En Colombia, por un cuerpo colegiado compuesto por el juez de paz de conocimiento y unos de reconsideración; y en Venezuela, por jueces distintos cuando el caso versa sobre conflictos patrimoniales y no patrimoniales.

107 Comisión de Asuntos de Justicia de Paz de la Corte Superior de Lima. Periodo 2002-2003.

108 Este concepto fue elaborado con la colaboración de Eddie Cóndor de la Comisión Andina de Juristas. Véase también, Rodrigo Uprimny, "Jueces de Paz y Justicia Informal: Una Aproximación Conceptual a sus Potencialidades Y Limitaciones".

109 A este respecto, Véase entre otros: David Lovatón y otros, "*Justicia de paz. El otro poder judicial*", Op. Cit; y *Rodrigo Uprimny*, Op. Cit.

110 Ley Orgánica del Poder Judicial de Perú, artículo 59, modificado por la Ley 28.434 de 2004; Ley 497 de 1999 de Colombia, Artículo 32; Ley Orgánica de Justicia de Paz de Venezuela, Artículos 47 y 48.

Tabla 9
Jueces de paz y características de sus decisiones

	Colombia	Perú	Venezuela
¿Es el juez de paz necesariamente abogado?	No	No	No
¿Cómo es designado?	Elección popular	Elección popular	Elección popular
¿Utiliza obligatoriamente mecanismos alternos de solución de conflictos?	Si Conciliación	Si Conciliación	Si Conciliación
¿Promulga sentencia?	Si	Si	Si
¿En qué criterios fundamenta su sentencia?	Equidad	Equidad	Equidad
¿Contra sus decisiones cabe recurso de apelación?	Si	Si	Si

Fuente. Elaboración propia.

Por otra parte, dado que la justicia de paz ha sido concebida como gratuita, los costos de litigar son menores a los de la justicia civil común[111]. En el caso de Venezuela las partes no pagan ningún gasto del proceso, y en Perú y Colombia, pagan algunos, como por ejemplo, la realización de diligencias fuera del despacho judicial.

Su financiamiento depende de recursos públicos, sean del poder judicial o de los municipios donde se implementa[112]. Además, los jueces de paz no reciben remuneración alguna por su labor. En algunos casos, como por ejemplo cuando realizan funciones notariales en Perú, pueden cobrar. En otros casos, han sido sancionados por solicitar a las partes el cobro de sus funciones.

111 Ley Orgánica del Poder Judicial de Perú, artículo 70; Ley 497 de 1999 de Colombia, Artículo 6o; Ley Orgánica de Justicia de Paz de Venezuela, Artículos 4o y 5o.

112 Ley Orgánica del Poder Judicial de Perú; Ley 497 de 1999 de Colombia, Artículos 19 -21; Ley Orgánica de Justicia de Paz de Venezuela, Artículos 52 y 53.

Tabla 10
Costo de Litigar y Financiamiento de la justicia de paz

	Colombia	**Perú**	**Venezuela**
¿Acceso gratuito de las partes?	Si	Si	Si
¿Patrocinio Obligatorio?	No (Facultativo)	No (Facultativo)	No (Facultativo)
¿Las partes pagan otros costos del proceso?	Si Cuando el Consejo Superior de la Judicatura señala el pago de costas o expensas	Si Cuando se realizan diligencias fuera del despacho judicial	No
¿Se da una remuneración al juez por su labor?	No	No	No
¿Cómo se financia la justicia de paz?	Presupuesto de la rama judicial	Presupuesto del poder judicial y de los consejos municipales que deben proveer los locales de funcionamiento	Presupuesto de los municipios

Fuente. Elaboración propia.

IV. CONCLUSIONES

La justicia civil de pequeñas causas es una expresión del sistema de justicia que tramita controversias civiles cotidianas de ciertas cuantías, mediante procedimientos sumarios y menos formales. Es una herramienta que promueve el acceso a la justicia de las personas, disminuye los costos de litigar en el sistema, y concibe un procedimiento jurídico menos complejo y más cercano a los ciudadanos. Tiene dos expresiones distintas en la región. Ambas fueron diseñadas con el fin de cumplir los preceptos antes mencionados; sin embargo, la primera es una estrategia específicamente diseñada en el ámbito civil para la solución de controversias contractuales y extracontractuales de cuantías menores, cuyo peso oscila entre el 30% y 40% del total de asuntos civiles tramitados en los países donde existe; mientras que la segunda, es una estrategia general del sistema de justicia para la solución amigable de conflictos que ocurren en ámbitos vecinales o territoriales cercanos, a través de "jueces ciudadanos".

Esta última además, presenta dos vertientes distintas en la región. La primera es la justicia de paz, -distinta de los juzgados de paz que constituyen la primera instancia del sistema de justicia en algunos países-, cuyos jueces ciudadanos resuelven según el criterio de equidad, (usos y costumbres). La segunda es la justicia vecinal, que usualmente se implementa en ámbitos vecinales, urbanos o rurales, cuyos "jueces ciudadanos" (que también pueden ser abogados) resuelven los casos en derecho a través de procedimientos menos formales y más cercanos a la población.

En términos generales, un diseño de una justicia civil de pequeñas causas debe dar respuesta a una pregunta: ¿para quién, y para qué asuntos, se crea dicho sistema como mecanismo rápido, informal y menos costoso? Esto requiere decidir sí es establecida para garantizar el acceso de personas naturales con conflictos menores, o para garantizar el acceso de todo tipo de personas con dichos conflictos. En varias legislaciones analizadas existen restricciones para el acceso de personas jurídicas como reclamantes, a través de su prohibición, o de su admisión con limitantes, como por ejemplo, el trámite de un tope máximo de casos en el año.

Sin embargo, cualquier decisión de política pública en esta materia debe tener en cuenta otros factores, como por ejemplo, la forma de terminación de los procesos iniciados por personas naturales y por personas jurídicas. Si bien las personas jurídicas son las grandes accionantes de cobranzas de deudas, no lo son de controversias derivadas del derecho de consumo ni de responsabilidad civil extracontractual. Y una proporción significativa de cobranzas de deudas se terminan a través de decisiones judiciales efectuadas sin juicio o sin audiencia de juzgamiento, por lo cual, los casos resueltos a través de dichos procedimientos son mayormente de personas naturales.

Además, una mirada integral debe considerar, qué se entiende por conflictos de menor complejidad. Aunque es fundamental la definición de una cuantía no muy elevada, deben considerarse otros factores, como por ejemplo, las características de los asuntos que ingresan. En las legislaciones descritas, los topes máximos de las cuantías oscilan entre US 1.000 y US 25.000, y las tres grandes categorías de asuntos que se tramitan son: las cobranzas de deudas, las controversias derivadas de relaciones de consumo y de responsabilidad civil extracontractual. No obstante, las cobranzas de deudas con títulos valores que respaldan la pretensión, sean de US 1.000 o de US 20.000, son menos complejas que los casos en los que se solicita indemnización por daño moral derivado de responsabilidad extracontractual en accidente de tránsito o por negligencia médica, así su cuantía sea de US 1.000.

Por esto, su diseño debe brindar herramientas concretas para diferenciar en el procedimiento, el trámite de algunos asuntos, como por ejemplo, las cobranzas de deudas (procesos ejecutivos). Igualmente, debe ofrecer herra-

mientas para la solución de casos derivados de relaciones de consumo en las que un gran número de ciudadanos presentan reclamaciones en contra de una misma empresa por hechos similares, como por ejemplo, cobros indebidos por parte de empresas de telefonía. Dichas herramientas pueden ser, desde la realización de procesos colectivos en contra de una misma empresa, hasta la de facultar al juez a promulgar sentencias con efectos *inter pares*, es decir, a generar efectos jurídicos -derivados de una sentencia judicial previa- respecto de todos los casos equivalentes posteriores.

Por otra parte, su diseño debe también definir sí se adopta patrocinio legal obligatorio o facultativo. Esto debe igualmente comprender un análisis de diversas variables, como por ejemplo, los asuntos que se tramitan, los resultados obtenidos por individuos y personas jurídicas como litigantes, y su incidencia frente a la representación a través de abogado. En las legislaciones analizadas, el patrocinio legal es facultativo y no obligatorio, y algunas veces, incluso está prohibido. En todo caso, el diseño debe contener una prestación adecuada de asesoría legal a las partes, que especifique de manera concreta, aspectos pertinentes para la litigación del caso.

Adicionalmente, su diseño debe considerar aspectos centrales para la disminución de los costos de litigar. Dicha disminución se efectúa a través de la exoneración o reducción de tasas y otros costos judiciales, y la asistencia no obligatoria a través de abogado. En algunas legislaciones, la justicia de pequeñas causas es gratuita y por lo tanto se exonera el pago de tasas y otros costos judiciales; y en otras, los aranceles judiciales se disminuyen, según la cuantía y la parte que litiga en el proceso.

Igualmente, dicho diseño debe comprender un procedimiento realmente sumario y menos formal al tradicionalmente empelado en la justicia civil, que facilite de manera real el litigio de las partes en el sistema. Para ello, es necesario crear herramientas encaminadas a oralizar y desformalizar las actuaciones centrales del proceso (demanda y contestación de la misma), establecer un rol activo y cercano del juez -o adjudicador- para facilitar la litigación de las partes, flexibilizar la conducción de aspectos probatorios (interrogatorios, presentación de prueba documental, entre otros), y utilizar decididamente medios alternativos de solución de conflictos.

Así mismo, su diseño debe contener herramientas efectivas para el cumplimiento efectivo de la sentencia, ya que a las personas que acuden al sistema de justicia les interesa obtener realmente sus pretensiones. Para ello, las legislaciones descritas en este documento han establecido algunos mecanismos, como por ejemplo, la facultad del juez de "pequeñas causas" de ejecutar la decisión después de ser proferida, la realización de embargos a cuentas bancarias o demás propiedades del deudor, entre otras.

Finalmente, su diseño debe contener una incorporación de mecanismos de gestión y de aprovechamiento de nuevas tecnologías que brinden herramientas concretas para una adecuada gestión judicial. En las legislaciones estudiadas se han creado diversos instrumentos, tales como, la implementación de un proceso virtual, el aprovechamiento del Internet para la tramitación de aspectos procesales, y la administración profesional del sistema de justicia. En todo caso, y dado que la experiencia en reforma judicial ha demostrado que sin una efectiva gestión las reformas pueden ser poco efectivas, es necesario que el diseño contenga elementos reales de gestión, como por ejemplo, la utilización de economías de escala, la redefinición del perfil y los roles de los empleados judiciales, y el uso decidido de nuevas tecnologías en los procesos.

ANEXO 1
Algunas referencias en internet sobre justicia de pequeñas causas

a) Brasil
- Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais - CEBEPEJ: http://www.cebepej.org.br/
- Fórum Nacional dos Juizados Especiais - FONAJE: http://www.fonaje.org.br
- Supremo Tribunal Federal**:** http://www.stf.gov.br
- Secretaria da Reforma do Judiciario: http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm
- Doctrina sobre juzgados especiales: http://jus2.uol.com.br/doutrina
- Proceso electrónico en Brasil: https://jef.jfpr.gov.br/

b) Canadá
- Québec: http://www.justice.gouv.qc.ca/english/publications/generale/creance-a.htm#before
- Ontario: http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/courts/scc/
- New Brunswick: http://www.legal-info-legale.nb.ca/showpub.asp?id=5&langid=1
- Nova Scotia: http://www.courts.ns.ca/SmallClaims/cl_faq.htm
- Newfoundland: http://www.justice.gov.nl.ca/just/Provincial_court/publications/small-claims.htm
- Manitoba: http://www.manitobacourts.mb.ca/english/faq/faq_small_claims.html
- Saskatchewan: http://www.sasklawcourts.ca/default.asp?pg=pc_newsmallclaimshome
- Alberta:http://www.albertacourts.ab.ca/pc/civil/publication/collecting_your_judgment_in_alberta.pdf
- British Columbia: http://www.ag.gov.bc.ca/courts/civil/smallclaims/guides/what_is_small_claims/inde

c) **Estados Unidos**
- National Center for State Courts
    - http://www.ncsconline.org
    - http://www.ncsconline.org/WC/CourTopics/ResourceGuide.asp?topic=SmaCla

  - Información derivada a todas las small claims courts de los estados de EEUU http://www.ncsconline.org/wc/CourTopics/StateLinks.asp?id=79
- Corte Civil en la ciudad de Nueva York: http://www.courts.state.ny.us/courts/nyc/smallclaims/index.shtml

d) **Perú**
- Comisión Andina de Juristas: www.cajpe.org.pe
- Justicia Viva: www.justiciaviva.org.pe

ANEXO 2
Asuntos frecuentemente tramitados en la justicia civil de pequeñas causas

- Perjuicios causados por daños en propiedades (automóviles, casas, entre otros)
- Fallas en la prestación de servicios públicos (agua, luz, teléfonos, entre otros) o cobros indebidos en dichos servicios
- Fallas en la prestación del servicio de banca (violaciones a la seguridad de cuentas bancarias) o cobros indebidos en dichos servicios
- Perjuicios causados por inquilinos en propiedad privada arrendada
- Cobranza de deudas de dinero por parte de alguna persona (con o sin titulo que acredita la pretensión)
- Daños derivados de relaciones de consumo (daño en las ropas enviadas a la lavandería o perecimiento de mercadería comprada no perecedera)
- Reclamos por cobros indebidos de servicios no utilizados (comida o ropa no comprada obligado a pagar por parte de empresa)
- Daños derivados de accidente de transito
- Daños derivados de responsabilidad médica (mala atención prestada en servicio médico de urgencia o perjuicio derivado de negligencia médica)

PARTE ESPECIAL

EL PROCESO CIVIL ORDINARIO POR AUDIENCIAS: LA EXPERIENCIA URUGUAYA A 20 AÑOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA

Santiago Pereira Campos[1]

1. OBJETIVOS

El presente trabajo tiene por objetivo ilustrar acerca de la experiencia uruguaya en la reforma de la Justicia Civil, en aquellos aspectos relevantes que puedan ser de utilidad para los procesalistas, administradores judiciales, autoridades, funcionarios y demás juristas de otros países, en que se estén analizando opciones para instrumentar cambios en el sistema procesal civil[2].

La experiencia uruguaya resulta de indudable interés en el contexto iberoamericano para cualquier país que analice alternativas para modernizar su proceso civil. En efecto, el Código General del Proceso ha introducido desde 1989 la oralidad y la inmediación en los procesos civiles, comerciales, de familia, etc., con indudable repercusión en el contexto internacional.

Habiendo transcurrido dos décadas de aplicación de la reforma en Uruguay, resulta de especial interés reseñar los aspectos centrales de la misma y realizar un relevamiento de sus resultados, con el propósito de proyectar la experiencia a otros países.

1 Profesor Titular de D. Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor de Derecho Procesal en el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Socio de RUEDA ABADI PEREIRA. spereira@rap.com.uy

2 El presente trabajo se basa fundamentalmente en nuestras investigaciones plasmadas en el libro PEREIRA CAMPOS, S., "El Proceso Civil Ordinario por Audiencias" (Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 2008), que recopila la investigación que nos fue encomendada en el año 2007 por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Puede verse también en www.cejamericas.org.

El sistema procesal civil uruguayo sigue el modelo diseñado por la más calificada doctrina procesal iberoamericana que, en el marco del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, elaboró luego de décadas de estudios y debates, el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (Código Modelo), del cual el Código General del Proceso (CGP) uruguayo toma los aspectos medulares.

Pero también es cierto que durante los últimos 20 años, la doctrina procesal ha tenido importantes avances, que son respuestas a los nuevos desafíos, lo que ha llevado al Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal a formular en las últimas Jornadas de Santiago de Chile la pregunta "¿Cómo redactaríamos hoy el Código Modelo?". Ello pone de manifiesto la necesidad de permanente evaluación y eventual ajuste de las soluciones adoptadas en nuestras leyes y las formas de gestión de nuestros sistemas de justicia.

Con el objetivo mencionado, la presente ponencia contiene una breve descripción teórica del modelo procesal civil uruguayo y reseña el estudio empírico del funcionamiento concreto de las audiencias.

Se pretende así ilustrar sobre los logros obtenidos con la reforma, recoger la ya larga experiencia de Uruguay en la materia y detectar los problemas concretos que se han generado con la introducción de la oralidad, tanto desde el punto de vista operativo como de las prácticas de los sujetos del proceso (juez, partes, abogados, testigos, etc.).

2. ANTECEDENTES: CARACTERISTICAS DEL PROCESO CIVIL URUGUAYO ANTES DE LA REFORMA

Hasta la entrada en vigencia del Código General del Proceso en el año 1989, el proceso civil en Uruguay padecía de todos los males del proceso heredado de la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil Española y, por ende, no lograba satisfacer los derechos sustanciales en juego. El Código de Procedimiento Civil que regía, sancionado en 1877, si bien tuvo reformas parciales en sucesivas leyes que importaron algunos avances, no lograron acelerar sensiblemente los procesos ni generar un cambio de actitud de los operadores del sistema de justicia. Las características principales del viejo sistema se enumeran a continuación:

a) Proceso lento, escrito, formal y burocrático

En palabras de Couture, el nuestro era un proceso "desesperadamente escrito", que insumía un tiempo desmesurado. Las formas se habían transformado en un fin en sí mismas y no en un instrumento al servicio de los derechos sustanciales. La "burocratización" del proceso se había instalado en las oficinas, donde el expediente se transformaba en el centro del proceso, olvidándose muchas veces el real sentido sustancial del objeto litigioso.

La excesiva duración de los procesos afectaba gravemente la imagen del sistema judicial ante la opinión pública. Sentencias jurídicamente magistrales de nuestros jueces, carecían de valor práctico, porque el estado de cosas del día de la demanda ya había desaparecido el día de la cosa juzgada.

Un proceso ordinario duraba promedialmente casi 3 años en primera instancia y un año y medio en segunda instancia.

b) El Juez mero espectador

Las etapas de proposición e instrucción del proceso se desarrollaban sin la participación inmediata del Juez, quien en los hechos recién tomaba pleno conocimiento del caso al momento de dictar sentencia definitiva.

c) Ausencia de inmediación

El rol prescindente del juez implicaba que no tenía contacto ni con las partes ni con sus abogados ni con los testigos y peritos. Se perdía por ende la necesaria interacción de la cual suelen emanar conciliaciones, el juez no percibía titubeos, gestos, ni repreguntaba a los testigos, peritos y partes. Las partes no estaban constreñidas a asistir a las audiencias y, por ende el proceso era cuestión sólo de los abogados.

d) Multiplicidad injustificada de estructuras

Cada objeto tenía su proceso; cada proceso su estructura y sus plazos. La mayor parte de las diferencias carecían de justificación real y sólo tornaban más complejo el ejercicio de la judicatura y la abogacía, constituyendo un verdadero incentivo para la interposición de dilatorias y la alegación de nulidades, alejándose el proceso de su función instrumental al servicio de los derechos sustantivos.

e) Falta de publicidad

Al ser un proceso escrito y burocrático, de hecho se había transformado en reservado. Los litigantes y la comunidad no tenían acceso a lo que ocurría en el proceso, quedando por ende limitado al conocimiento de los letrados que carecían del necesario contralor de sus clientes. El juez era una figura desconocida para las partes, generándose desconfianza en el sistema.

f) Delegación de funciones jurisdiccionales

Como consecuencia de la ausencia de sanciones legales previstas para los jueces por no tomar las audiencias, escudados en el exceso de trabajo, delega-

ban en sus funcionarios la recepción de declaraciones de testigos, el interrogatorio de las partes y las inspecciones judiciales.

g) Infraestructura y recursos humanos insuficientes y gestión ineficiente

A las deficiencias normativas se agregaban notorias carencias de infraestructura edilicia y, fundamentalmente, el número de jueces era absolutamente insuficiente para absorber eficazmente el volumen creciente de asuntos sometidos a su resolución. A ello se sumaba una gestión claramente ineficiente.

3. PRINCIPALES METAS DE LA REFORMA

Frente a la situación descripta, los principales objetivos de la reforma fueron los siguientes:

- Revertir el alto grado de ineficiencia por la demora en la resolución de los conflictos.
- Simplificar y reducir el número de las estructuras procesales y sus trámites.
- Un Código Procesal que tuviera vocación general, abarcando el mayor número de materias no penales.
- Lograr el contacto directo del juez con las partes y la prueba.
- Convertir al juez en verdadero director del proceso respetando siempre el marco de los hechos alegados y controvertidos y el principio del debido proceso.
- Moralizar el proceso evitando conductas desleales y dilatorias.
- Priorizar lo sustancial sobre lo formal: que las formas –siempre necesarias para garantizar el debido proceso- sean instrumentales al derecho sustantivo.
- Priorizar la autocomposición del litigio.
- Lograr la eficacia del proceso de modo que todo sujeto de derecho tenga acceso a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones.

4. EL PROCESO DE REFORMA

1.1. El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica como base esencial

En Iberoamérica, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal ha desarrollado, desde la década del sesenta, una proficua labor para dotar a los países del área de instrumentos procesales modernos y adecuados, adelantándose a los procesos de integración regional.

Los Profesores Vescovi, Gelsi y Torello, con el aporte de los más distinguidos procesalistas del mundo, fueron los autores del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, el cual suministra bases para la uniformización de los sistemas procesales y que ha servido también de base para las reformas procesales culminadas o en trámite en algunas provincias argentinas, Perú, Paraguay, Colombia, Guatemala, El Salvador, Honduras, Chile, etc.

Por ello es este Código Modelo la fuente inmediata principal del CGP. Ello le atribuye aún mayor trascendencia a la reforma procesal civil uruguaya en el concierto internacional, por cuanto no se trata de un modelo "uruguayo", sino de la implantación en Uruguay de un modelo construido y aprobado por la más destacada doctrina procesal internacional, al que se le respetaron todos sus principios y estructuras fundamentales, incorporándole tan solo algunos cambios para adaptarlo a la realidad nacional.

1.2. Capacitación y difusión

En tanto el nuevo Código confiere al tribunal un rol esencial como director del proceso y, específicamente, de las audiencias, resultó clave en el proceso de reforma capacitar a los magistrados que habrían de actuar.

Sin perjuicio de otros muchos esfuerzos de difusión que existieron, fue de singular importancia la creación de la Escuela Judicial (hoy denominada Centro de Estudios Judiciales del Uruguay –CEJU-) a fines de 1987.

La tarea prioritaria fue capacitar en las técnicas del nuevo proceso a los nuevos jueces que necesariamente habría que designar al entrar en vigencia el CGP. Todo ello, sin perjuicio de una intensa actividad curricular mediante cursos directamente vinculados con la práctica forense, poniéndose especial énfasis en las reglas y técnicas del nuevo proceso por audiencias. De estos cursos fueron destinatarios los jueces nuevos y los ya designados.

Las actividades de capacitación y difusión no se limitaron, en el proceso de reforma, a los jueces, sino que abarcaron abogados, estudiantes, fiscales, funcionarios judiciales, notarios, etc.

1.3. Participación de los distintos operadores

Mediante las actividades de capacitación y difusión mencionadas se recibieron aportes de todos los interesados que sirvieron para mejorar el proyecto de ley en algunos casos, para despejar dudas en otros, y fundamentalmente para alejar temores y pronósticos apocalípticos que algunos anunciaron.

1.4. Aprobación legislativa consensuada

La iniciativa reformista no habría tenido éxito si no hubiera contado con el apoyo de la totalidad de los partidos políticos. Los actores de la vida política

percibieron con más claridad que los propios operadores judiciales la impostergable necesidad de adecuar las instituciones e instrumentos judiciales a los cambios sociales y económicos.

1.5. Adecuación de la infraestructura y aumento del número de jueces

Para la puesta en marcha del nuevo sistema se designaron más de 100 jueces que, previa capacitación, se dedicaron a tramitar los procesos por el nuevo régimen. Se seleccionaron además a los jueces más aptos en la nueva técnica, de entre los magistrados de carrera, para desempeñar funciones en los Juzgados de la Capital que se crearon para comenzar a conocer en el nuevo régimen procesal, a quienes no se les asignó el conocimiento de procesos pendientes.

Los nuevos magistrados –a pesar de su juventud e inexperiencia- fueron un pilar esencial de la reforma. En tanto habían sido cuidadosamente seleccionados y capacitados en el Centro de Estudios Judiciales en el nuevo sistema procesal y no estaban influenciados por los "vicios" del anterior sistema desesperadamente escrito, fueron una de las claves del cambio.

Asimismo, se aportaron soluciones a los problemas infraestructurales y funcionales que la vigencia del nuevo sistema sin duda habría de plantear, especialmente en cuanto a la organización de la transición de un régimen a otro.

Si bien los recursos económicos eran sumamente escasos, se adecuaron los locales y el equipamiento a los requisitos básicos de un proceso por audiencias. Como contrapartida, no fue necesario aumentar significativamente el número de funcionarios de apoyo de la oficina, atendiéndose más sedes judiciales con el mismo número de funcionarios ya existente.

5. CARACTERES GENERALES DEL CODIGO GENERAL DEL PROCESO (CGP) URUGUAYO

El CGP entró en vigencia en Uruguay en 1989 y sus principales caracteres generales son los siguientes:

a) Alcanza a todas las materias no penales con algunas excepciones especialmente reguladas. El nuevo proceso por audiencias se aplica a las materias civil, comercial, familia, arrendamientos, tributario, contencioso de reparación patrimonial contra el Estado, inconstitucionalidad de la ley, etc. Se mantienen los regímenes anteriormente vigentes en algunas materias específicas como anulación de actos administrativos, procesos aduaneros, amparo, etc.

b) Se produce una gran simplificación de estructuras procesales. El CGP regula básicamente tres estructuras procesales: la ordinaria, la extraordinaria y la monitoria. Por ellas se tramitan casi todas las pre-

tensiones[3]. En el presente trabajo nos centraremos fundamentalmente en el proceso ordinario.

c) La estructura procesal tipo es la de un proceso por audiencias. No se trata de un proceso oral en su concepción pura, sino que combina las virtudes de la escritura para los actos de proposición (demanda, contestación, reconvención, etc.) con las ventajas de los actos orales para la conciliación, saneamiento y prueba. Por ende:
   - Los actos de proposición, sentencias y recursos son escritos.
   - Los actos de conciliación, probatorios, saneamiento, etc. son orales (con registración en acta resumida)

d) El Juez se constituye en el verdadero director del proceso, abandonando su anterior rol pasivo, en el cual se limitaba a dictar la sentencia.

e) Se asegura eficazmente la vigencia plena del principio de inmediación, que se constituye en uno de los pilares esenciales de la reforma.

f) Se asegura de principio la doble instancia, salvo hipótesis excepcionales.

6. LOS PRINCIPIOS PROCESALES CONSAGRADOS Y SU ADECUADA EFECTIVIZACION

6.1. Consideraciones generales

En materia de principios procesales, el CGP sigue idénticos criterios y soluciones que el Código Procesal Modelo para Iberoamérica. Los principios procesales tienen carácter normativo en tanto resultan consagrados en las propias normas y, lo que resulta esencial, se efectivizan adecuadamente[4]. Es en la regulación de los mecanismos legales para efectivizar los principios procesales donde el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (que el CGP uruguayo sigue fielmente) se constituye en una obra sabia y magnífica.

Todo la normativa procesal se enmarca en el nuevo Código en un postulado fundamental expresamente consagrado: ***"el fin del proceso es la efectividad***

3 Sin perjuicio, se prevén otras estructuras que, por su especialidad justifican peculiaridades relevantes (procesos preliminares, cautelar, inconstitucionalidad de la ley, sucesorio, incapacidad, etc.).

4 En efecto, de nada sirven las declaraciones programáticas de principios procesales si la propia ley no prevé los mecanismos eficaces que garanticen su vigencia y sancionen a quienes los infrinjan. El estudio de los mecanismos legales para garantizar la efectiva aplicación de los principios fundamentales del proceso por audiencias pone el acento en lo que debe ser el centro de las reformas procesales. Quedaron ya en el pasado los debates acerca de cuáles principios deben regir el proceso moderno, ya que existen sobre el tema amplias coincidencias. Ahora la clave está en profundizar sobre los mecanismos que la ley debe prever para que los principios procesales dejen de ser meros postulados programáticos y se transformen en herramientas decisivas para que el proceso haga efectivos los derechos sustanciales.

de los derechos sustanciales", destacándose así la vocación instrumental y de servicio del Derecho Procesal, que sólo tiene sentido en tanto logre efectivizar los derechos sustantivos.

Los principales principios procesales consagrados y adecuadamente garantizados son los siguientes[5]:

- Inmediación
- Economía (especialmente en su manifestación de celeridad)
- Concentración y eventualidad
- Buena fe, lealtad y veracidad
- Dispositivo
- Dirección del proceso por el tribunal
- Publicidad
- Igualdad procesal real
- Debido proceso legal

6.2. Principio de inmediación

El principio de inmediación, por su interdependencia con los demás principios, es el pilar esencial de la reforma. Implica la comunicación personal del juez con las partes y el contacto directo de aquél con los actos de adquisición, fundamentalmente de las pruebas, como instrumento para llegar a una íntima cognición de los intereses en juego a través del proceso y de su objeto litigioso[6].

En Uruguay, las virtudes de la inmediación y de un papel activo del tribunal en el proceso como un valor fundamental son ampliamente aceptadas. Se destaca que para que la inmediación tenga pleno vigor, el juez debe asumir en la audiencia un rol de director, actuando con mesura y razonabilidad, cuidando en todo momento su imparcialidad[7]. Sus condiciones personales resultan

5 Nos hemos basado en los siguientes trabajos de doctrina que son en este punto ampliamente compartidos por la jurisprudencia nacional: VESCOVI, E., DE HEGEDUS, S., KLETT, S., LANDEIRA, R., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código General del Proceso - Comentado, Anotado y Concordado", t. 1, Editorial Abaco, ps. 37 a 246; PEREIRA CAMPOS, S., "Fines y Funciones de los Principios Procesales", Revista del Centro de Estudiantes de Derecho (CED) N° 6, "El principio de publicidad en el Código General del Proceso", en la Revista Uruguaya de Derecho Procesal N° 1/92; "Alcance y límites del impulso procesal de oficio en el Código General del Proceso", publicado en la Revista del Centro de Estudiantes de Derecho (CED) N° 9; "El principio de moralidad y el deber de veracidad en el Código General del Proceso", publicado en "Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart", FCU, 1999.

6 No obstante la estrecha vinculación entre oralidad e inmediación, ambos conceptos pueden diferenciarse. La oralidad es un tipo procesal y se refiere al medio de expresión que se utiliza en el proceso. El principio de inmediación se refiere a la forma en que el juez asimila o toma contacto con el material de conocimiento y con los intervinientes en el mismo.

7 La situación que actualmente viven muchos sistemas judiciales y que padecía Uruguay hasta la entrada en vigencia del CGP implicaba la irrestricta delegación de funciones para todos los casos, con lo cual el justiciable no tenía nunca contacto con el juez que dictó la sentencia en su causa, perdiéndose por ello confiabilidad y respeto por la administración de justicia. Los testigos y peritos declaraban frente a un funcionario que no conocía el fondo del asunto y que se limitaba a registrar, dentro de lo posible, lo manifestado.

de mucha mayor trascendencia que en un proceso donde no rige la inmediación. Debe conocer las técnicas de negociación y conciliación que se han desarrollado en relación al proceso por audiencias, y sentirse protagonista de una labor fundamental para la sociedad, que requiere de grandes esfuerzos.

La inmediación significa sacrificio no sólo para los jueces sino también para los abogados, porque exige un conocimiento completo y constante del asunto controvertido. La inmediación requiere mutua colaboración entre los abogados y para con el juez, en esa obra en común que es cada audiencia y el proceso todo. Sin esta interacción esencial fundada en la buena fe, la inmediación deja de ser tal.

El CGP uruguayo consagra el principio de inmediación, en el proceso "por audiencias". Regula un sistema procesal en el que, luego de la demanda y contestación escritas, las partes y el juez se reúnen. En audiencia, frente a frente, los litigantes y sus abogados, con la presencia e intervención activa del juez como director, se trata de llegar prioritariamente a una conciliación total o parcial y, en su defecto, se realiza el debate y se fijan los puntos en disputa de manera clara y concreta. Se hacen efectivos así los principios procesales fundamentales y, especialmente, se garantiza la inmediación. Se trata de un proceso que realizan efectivamente y en su conjunto, sus tres principales sujetos (las partes y el juez), juntos con los auxiliares y sujetos complementarios, obteniendo así un efectivo acercamiento a la realidad concreta que forma el objeto sustantivo del proceso, concentrándose sus actuaciones. La sede del tribunal deja de ser el lugar en donde se presentan y se intercambian escritos para formar el expediente y se transforma en el lugar donde se hace el proceso con la presencia de sus protagonistas esenciales.

La implementación del sistema por audiencias - esquema mixto, porque se mantiene la expresión escrita en los actos postulatorios e impugnativos, en general – sigue representado el programa medular de la reforma de la justicia. Es el único método que asegura la virtualidad y operatividad de los principios cardinales del proceso: inmediación, concentración, celeridad, economía, buena fe, publicidad y desacralización de las formas procesales, insita en la oralidad, así como de identidad del juez que asume las pruebas y decide las causas. Ello se complementa con la ampliación de los poderes del Juez, sobre todo en materia probatoria (siempre en el marco de los hechos alegados y controvertidos por las partes), y su facultad de valorar dicha prueba, conforme con las reglas racionales de la sana crítica.

Pero sin duda que lo más trascendente es que el CGP –al igual que el Código Modelo- establece los siguientes mecanismos para garantizar efectivamente que el principio de inmediación se cumpla cabalmente:

- Se le confieren al tribunal poderes-deberes que le permiten ser el verdadero director del proceso, sin perjuicio de la inquebrantable vigencia del derecho de defensa de las partes.
- Se sanciona con nulidad absoluta todo lo actuado en las audiencias que se celebren sin la presencia del juez, sin perjuicio de la respon-

sabilidad funcional en la que pueda incurrir éste por no asumir la dirección de la audiencia.
- Se prevé la identidad entre el juez que toma las audiencias de un proceso y el que dicta la correspondiente sentencia (la regla tiene excepciones).
- Es preceptiva la presencia personal de las partes personas físicas en la audiencia preliminar (las personas jurídicas y los incapaces obviamente comparecen por representante), salvo motivo fundado.
- Se sanciona al actor con el desistimiento de la pretensión cuando injustificadamente no comparece a la audiencia preliminar, salvo que se tratare de derechos indisponibles.
- Se sanciona al demandado con la admisión de los hechos alegados por el actor cuando injustificadamente no comparece a la audiencia preliminar, salvo que se tratare de derechos indisponibles.
- Se sanciona con una presunción desfavorable (relativa) a la parte que injustificadamente no comparece a la audiencia complementaria, a la audiencia de conciliación previa o a otras audiencias del proceso.
- Se dispone la indelegabilidad de la función jurisdiccional que implica que, de principio, la oficina sólo podrá realizar actividades de apoyo material (oficios, notificaciones, embargos, etc.) pero de manera alguna actos procesales que sustraigan al decisor del conocimiento y participación directa en toda la secuencia procedimental de la causa (audiencias, resoluciones, actos de producción de prueba, etc.).
- Se regula la recepción de prueba en audiencia.

Nuestros jueces, teniendo en cuenta el rigor de las sanciones por violaciones al principio de inmediación, han hecho un uso ponderado y razonable de las facultades de conceder prórrogas de las audiencias en caso de que la parte justifique fundadamente los motivos de su incomparecencia.

6.3. Principio de economía (celeridad)

Si bien el principio de economía tiene múltiples manifestaciones (economía de esfuerzos y economía de dinero), sin lugar a dudas lo más trascendente es obtener la celeridad de los procesos (economía de tiempo). La agilización de los procedimientos con el fin de lograr un proceso de duración razonable constituye uno de los desafíos centrales del Derecho Procesal desde siempre.

Para garantizar la celeridad, el CGP, regula varios instrumentos:
- Los plazos son perentorios e improrrogables, sin perjuicio de la facultad de las partes de acordar la suspensión de los mismos.
- Se consagra el impulso procesal de oficio, según el cual, una vez iniciado el proceso (para lo cual rige el principio dispositivo), el tribunal deberá impulsar el proceso evitando su paralización.
- Se prevé el principio de las audiencias continuas.

- Se elimina la realización de actos innecesarios tales como reiteración de vistas y traslados (ya desde muchos años antes se había eliminado la réplica y la dúplica).
- Se regula en la audiencia preliminar el despacho saneador, una resolución judicial a través de la cual el proceso se ve depurado de nulidades, dilatorias y excepciones previas, pasándose de allí en más a debatir sobre el objeto de fondo del juicio.
- Se prevén plazos breves para el dictado de autos y sentencias.
- Se consagra un régimen eficiente de notificaciones, que se construye sobre los siguientes pilares:
    a. La notificación a domicilio es excepcional.
    b. Todas las resoluciones dictadas en la audiencia quedan notificadas a quienes asistieron y a quienes si bien no asistieron, debieron haberlo hecho.
    c. Se prevé un régimen de notificaciones fictas imponiéndose la carga de asistencia de los abogados a las oficinas.
    d. Las nulidades son excepcionales en materia de notificaciones, rigiendo el principio de finalismo.
- Se restringen las nulidades a las estrictamente necesarias, siempre y cuando exista perjuicio, quien las alega no las haya subsanado o haya contribuido a causarlas y siempre y cuando el acto, aunque irregular no haya cumplido su finalidad.
- Carácter no suspensivo de los incidentes.
- En el régimen impugnativo se hace hincapié en mecanismos de aceleración procesal como lo son la apelación con efecto diferido y no suspensivo, la interposición o el anuncio de recursos en audiencia, etc.
- Las diligencias para mejor proveer son excepcionalísimas y tienen limitado el plazo por el cual suspenden el proceso.
- Cuando la pretensión presenta un alto grado de fehaciencia inicial, simplicidad y/o baja probabilidad de oposición (cheques, vales, letras de cambio, contratos inscriptos, etc.), se permite la tramitación del proceso por la vía monitoria, constituyendo éste un mecanismo de enorme utilidad para obtener una sentencia de inmediato, sin perjuicio de la eventual impugnación mediante la interposición de excepciones.

6.4. Principios de concentración y eventualidad

Se reúnen en un mismo acto todas las diligencias procesales que sean necesarias y se puedan realizar. Ello se garantiza, entre otros, a través de los siguientes instrumentos:

- Presentación y/u ofrecimiento de toda la prueba con los escritos de demanda y contestación, reconvención, contestación a ésta y a las excepciones.
- Si frente a la demanda, el demandado adopta más de una actitud, deberá hacerlo en forma conjunta.
- Contenido múltiple de la audiencia preliminar y la audiencia complementaria.

6.5. Principios de buena fe, lealtad y veracidad

Se establece que la conducta del juez, partes, representantes, abogados y demás partícipes debe adecuarse a la dignidad de la justicia, lealtad y buena fe.

Los mecanismos regulados a tales efectos en el CGP, han resultado claramente exitosos, mejorándose sensiblemente con respecto al régimen anterior. Los instrumentos previstos son los siguientes:

- El Tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria, disponiendo para ello de poderes-deberes.
- Presentación de la demanda y contestación con toda la prueba de que se dispone, adjuntando los documentos que obran en poder de la parte, intimando la entrega de los que obren en poder de la contraparte o terceros y proporcionando todos los elementos de los demás medios de prueba de los que la parte habrá de servirse (datos de testigos y objeto de su declaración, objeto de la pericia, objeto de la inspección judicial o la reconstrucción, etc.). De este modo, se impone a las partes la carga de anticipar en la demanda y en la contestación toda la prueba que se intenta producir, evitando ocultamientos y maniobras.
- Se prevé el deber de veracidad al establecerse como requisito de todo acto procesal que habrá de ser realizado con veracidad y buena fe y tener por causa un interés legítimo.
- Se otorgan al Tribunal poderes-deberes para rechazar la prueba inadmisible, inconducente, impertinente o innecesaria, las pretensiones manifiestamente improponibles u ostensiblemente infundadas, para dirigir el proceso con plena autoridad, evitando la dilación y para aplicar sanciones a quienes lo obstaculicen indebidamente.
- Se prevé el deber de colaboración de las partes y de los terceros en materia probatoria, regulándose consecuencias desfavorables para quienes no cumplan con el referido deber.
- Se desestimulan las impugnaciones meramente dilatorias, acordando, de principio, efecto no suspensivo a la apelación de sentencias interlocutorias, admitiendo la ejecución provisoria de la sentencia de condena apelada y negando efectos suspensivos a los recursos

de casación y revisión. En algunos casos especiales se prevé la apelación con efecto diferido que también desalienta la impugnación infundada de las resoluciones.

- Se sanciona al demandado debidamente emplazado que no contesta la demanda con la admisión de los hechos alegados por el actor (rebeldía del demandado)
- Se sanciona al demandado que contesta la demanda en forma evasiva o reticente con la admisión de los hechos alegados por el actor respecto de los cuales se es evasivo o reticente.
- La publicidad del proceso –debidamente garantizada- y la presencia permanente del juez en las audiencias, también desalientan al litigante malicioso que debe "dar la cara" frente al juez, a su cliente y al colega que asiste a la contraparte.
- Se prevé el efecto no suspensivo de los incidentes.
- Se consagra un poder cautelar genérico del tribunal para asegurar la efectividad de la sentencia, así como la admisión de la imposición de sanciones pecuniarias conminativas (astreintes).

6.6. Principio dispositivo

El nuevo proceso continúa siendo predominantemente dispositivo. Las partes mantienen la disposición de sus derechos desde la iniciación hasta la culminación del proceso en forma independiente a la voluntad judicial. Ello, sin perjuicio del necesario rol de director que en el proceso moderno debe atribuírsele al tribunal.

Por ende, se establece, como regla, que solamente los interesados tienen la facultad de iniciar el proceso, de aportar los hechos (material fáctico sustento de sus pretensiones) y delimitar el objeto de la litis, siendo además los principales encargados de aportar la prueba para acreditar los hechos alegados y controvertidos.

Como otro derivado del principio dispositivo, se establece el principio de congruencia o de conformidad del fallo con las pretensiones constitutivas del objeto del proceso, no pudiendo el Juez fallar ni fuera ni más allá de lo pedido, ni dejar de decidir sobre algo de lo propuesto.

Las partes tienen la facultad de disponer del proceso, salvo que se trate de derechos irrenunciables.

Sin perjuicio del principio dispositivo, para asegurar la eficacia del proceso y su aptitud como instrumento para lograr la solución de Justicia al caso concreto, se atemperan las consecuencias extremas del mismo, confiriéndole al Juez un protagonismo fundamental como director del proceso.

6.7. Principio de dirección del proceso por el tribunal

El juez, sin vulnerar el principio dispositivo, se convierte en un partícipe activo del proceso con su presencia y el ejercicio de los poderes–deberes asignados por el CGP.

La dirección del proceso se confía por ley al tribunal y se consagra el principio del impulso procesal a cargo del mismo, quien deberá tomar de oficio las medidas tendientes a evitar la paralización del proceso y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible.

Este rol adquiere relevancia principal en sede de iniciativa probatoria, aunque **siempre dentro del marco fáctico proporcionado por las partes**. Además se asigna al tribunal un rol importante como facilitador en la definición del objeto del proceso en la audiencia preliminar. El juez dispone asimismo de poderes-deberes en materia de control de los presupuestos procesales, la dirección del proceso, y la prevención y relevamiento de nulidades.

El papel del tribunal como verdadero director del proceso se garantiza adecuadamente, mediante la atribución por ley de los siguientes poderes-deberes:

- Para rechazar liminarmente la demanda, cuando fuere manifiestamente improponible, cuando carezca de los requisitos formales exigidos por la ley o cuando se ejercite una pretensión especialmente sujeta a término de caducidad y éste haya vencido.
- Para relevar de oficio las excepciones de incompetencia absoluta, litispendencia, falta de representación, la incapacidad declarada del actor o su representante, la caducidad, la cosa juzgada y la transacción.
- Para dar al proceso el trámite que legalmente corresponda, cuando el requerido aparezca equivocado.
- Para rechazar in límine la intervención de terceros cuando la petición carezca de los requisitos exigidos.
- Para rechazar in limine los incidentes que reiteren otros ya propuestos por la misma causa o cuando, a pesar de fundarse en causa distinta, ésta haya podido alegarse al promoverse uno anterior.
- Para declarar de oficio y de plano las nulidades absolutas e insubsanables y para disponer las diligencias que persiguen evitar dichas nulidades.
- Para imponer a los procuradores y abogados sanciones disciplinarias y multas en los casos previstos legalmente, así como para dirigir el proceso e imponer sanciones a quienes observen conducta incompatible con la dignidad y decoro de la Justicia[8].
- En materia de prueba, sin desmedro del principio dispositivo, se faculta al Juez:

8 En la práctica estas sanciones se aplican sólo en casos excepcionalísimos y particularmente graves.

a. Para ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de los **hechos controvertidos (el juez no puede, por ende, alterar el marco fáctico del proceso), respetando el derecho de defensa de las partes**.
b. Para disponer, en cualquier momento, la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito.
c. Para rechazar las pruebas inadmisibles, así como las manifiestamente inconducentes, impertinentes e innecesarias.

Es deber del tribunal emplear las facultades y poderes que le concede el Código para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes, incurriendo en responsabilidad por la omisión en el cumplimiento de estos deberes.

En cuanto al alcance del poder-deber atribuido al juez para la averiguación de la verdad, se ha consolidado en Uruguay la interpretación de que tal poder-deber se limita a los hechos alegados por las partes. Nadie discute que el proceso civil sigue siendo predominantemente dispositivo, aún con el incremento de los poderes-deberes del tribunal. En efecto, el material de hecho del proceso lo proporcionan únicamente las partes, quienes disponen de la iniciación del proceso o su extinción total o parcial y excluyen al no mediar controversia determinados fundamentos de hecho del objeto del proceso. El juez no podría incursionar ni invocar en sustento de su decisión cuestiones de hecho no alegadas por las partes en sus escritos de proposición, al hallarse limitada su iniciativa probatoria a los hechos alegados y controvertidos por las partes.

El aumento de los poderes-deberes del juez ha demostrado ser un instrumento muy eficaz para la búsqueda de la verdad material de los hechos de la causa y la concreción de una solución de justicia en la sentencia.

En ningún caso se altera la imparcialidad del juez, que es una exigencia esencial de la jurisdicción, por disponer de los poderes-deberes analizados. No debe olvidarse que una cosa es la imparcialidad –siempre imprescindible- y otra, muy distinta, la neutralidad del juez –que lo hace mero espectador prescindente- que en nada colabora proactivamente en la dilucidación del proceso. La posición activa del órgano judicial respecto a las pruebas no es incompatible con su imparcialidad, en tanto el derecho de defensa se preserva íntegramente.

En Uruguay, como habremos de desarrollarlo más adelante, los jueces han hecho un ejercicio moderado y adecuado de tales instrumentos, sin afectar su imparcialidad, ni el principio de igualdad de las partes y su derecho de defensa en juicio.

6.8. Principio de publicidad

Se establece expresamente el principio de la publicidad de los expedientes y de las audiencias, con la excepción de aquellos casos en que el Tribunal disponga la reserva de las actuaciones por razones de seguridad, de moral o en protección de la seguridad de alguna de las partes.

La vigencia del principio se garantiza consagrando:

- La publicidad de las **audiencias**[9].
- La publicidad del **expediente** judicial.

6.9. Principio de igualdad procesal real

Se establece expresamente el principio de igualdad, que deberá mantener el Tribunal, buscando propender a una igualdad real por sobre la formal. Esto es:

- Igualdad de alegaciones, defensas y pruebas para las partes en el proceso.
- Libre acceso a la justicia tanto para solicitar la protección de un derecho como para defenderse ante un reclamo que se le efectúe.
- Bilateralidad de los actos procesales.
- Consideración de especialidades en materias de carácter social, tales como los procesos de familia, incapaces, etc.
- Consagración de soluciones para que el acceso a la justicia no se vea coartado por razones económicas.

7. LAS ESTRUCTURAS PROCESALES

7.10. Consideraciones generales

El CGP -que sigue al Código Modelo- procuró la reducción de los tipos procesales a los mínimos indispensables. Así, para el proceso de conocimiento consagró fundamentalmente tres estructuras[10]:

9 Aunque en la práctica en las audiencias de los procesos civiles la presencia de público en general es excepcional, el sólo hecho de que puedan asistir ya resulta relevante. Es bastante habitual que estudiantes de derecho, o personas vinculadas a las partes asistan y su sola presencia constituye una garantía adicional. Ello sin perjuicio del esencial control que significa para los abogados la presencia en audiencia de sus propios clientes, quienes pueden medir aún en términos de sentido común la actuación de los letrados y el estudio que éstos hayan hecho de sus causas.

10 Ello Sin perjuicio de regularse por trámites propios el proceso sucesorio, amparo, incapacidad, inconstitucionalidad, etc. El CGP contiene obviamente previsiones especiales para los procesos preliminares, cautelares y de ejecución, pero que no se apartan relevantemente de los principios y estructuras básicas. Por otra parte el Código hace referencia a los procesos llamados "sociales" (agrarios, de familia y menores) respecto de los cuales, si bien tramitan por las estructuras básicas, se admite la modificación de la pretensión en la audiencia preliminar cuando resulte manifiestamente que, por carencias de información o de asesoramiento, se ha incurrido en omisiones en

- El proceso ordinario
- El proceso extraordinario[11]
- El proceso monitorio[12]

La regla es el proceso ordinario, previéndose que por la estructura del proceso extraordinario o del monitorio tramitarán exclusivamente determinadas pretensiones específicamente establecidas en la ley.

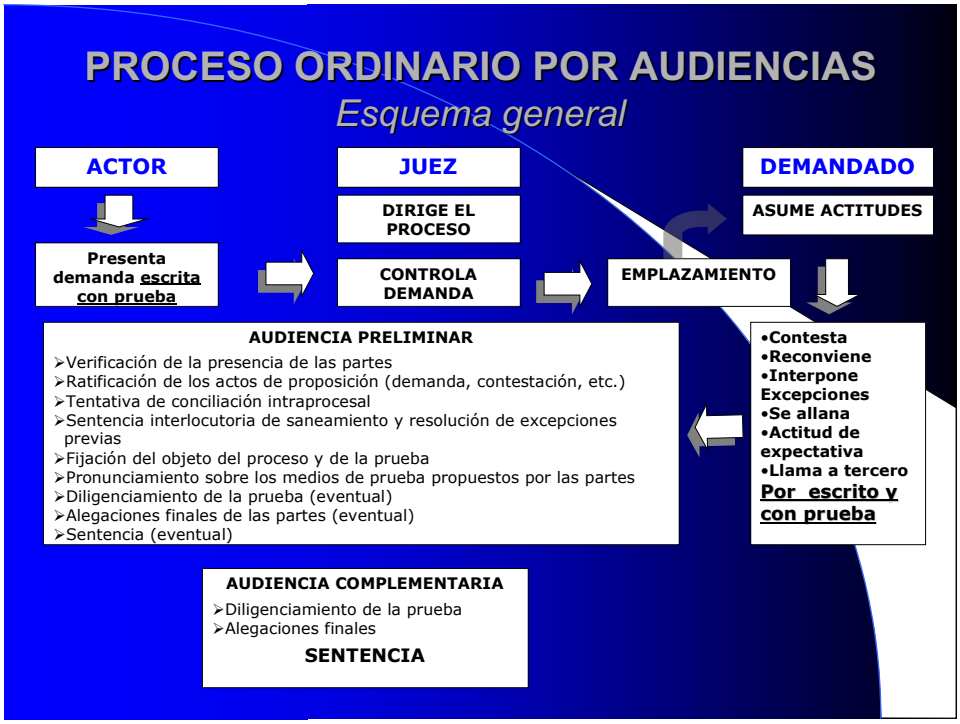
relación a derechos que asisten a las partes. En estos casos, el tribunal otorgará a la contraparte oportunidades para la adecuada contestación, pudiendo, a tales efectos, prorrogar la audiencia, si las nuevas cuestiones son de hecho y no fuere posible controvertirlas sin previa información.

11 El proceso extraordinario solamente se aplica para el tratamiento de pretensiones especialmente previstas (alimentos, posesorio, etc.) y se diferencia del ordinario en que el procedimiento, tras la etapa de proposición escrita, se concentra en una sola audiencia. Dado que para celebrarse esa única audiencia es necesario antes diligenciar la prueba que no se producirá en la misma, el proceso extraordinario no ha dado buenos resultados de agilización procesal, comparado con el proceso ordinario. Muchos autores, preconizan por ende la eliminación de la estructura extraordinaria dados los excelentes resultados de las estructuras ordinaria y monitoria, que tornarían aquella innecesaria.

12 El proceso de estructura monitoria es de larga tradición en Uruguay, regulándose ya en el viejo Código. El CGP, tan sólo adapta esa estructura al proceso por audiencias. Desde siempre, la regulación de esta estructura procesal ha constituido un factor fundamental de agilización de los procesos, fundamentalmente en lo que refiere al cobro de documentos comerciales (vales, cheques, letras de cambio). La vía monitoria se reserva para ciertas pretensiones dotadas ab initio de una fuerte presunción de fundabilidad, fehaciencia o certeza (monitorio documental). Los casos en que procede el proceso monitorio están enumerados taxativamente en la ley: procesos ejecutivos (cobro de cantidad de dinero líquida y exigible que surge de un documento), de desalojo, de entrega de la cosa, de entrega efectiva de la herencia, resolución en cumplimiento del pacto comisorio, escrituración forzada cuando se solicita el cumplimiento de una promesa inscripta de enajenación de inmuebles o casa de comercio, divorcio en casos excepcionales, etc. El proceso monitorio es un proceso de conocimiento (no de ejecución) que se caracteriza por su estructura abreviada y por el hecho de que la sentencia sobre el fondo se dicta sin escuchar al demandado pero la misma queda condicionada a que, una vez notificada, éste no la impugne mediante la interposición de excepciones (defensas). Una vez presentada la demanda, el juez realiza un control estricto de los requisitos de admisibilidad y fundabilidad de la pretensión que emergen de la prueba documental aportada por el actor. Si entiende que la demanda es fundada y admisible dicta sentencia sobre el fondo, citando de excepciones al demandado. Si el demandado no interpone defensas, la sentencia inicial pasa en autoridad de cosa juzgada y es susceptible de ejecución (a través del correspondiente proceso de ejecución). Si el accionado opone excepciones, se instaura el contradictorio y se convoca a audiencia con el contenido previsto para la audiencia preliminar del juicio ordinario. El proceso monitorio presupone generalmente que la demanda tiene un grado alto de fehaciencia inicial (habitualmente se requiere un documento que pruebe la obligación en forma clara) y que, por ende, la probabilidad de oposición del demandado sea baja. La estructura monitoria ha funcionado en la práctica con gran eficacia y celeridad, sin afectar las garantías del debido proceso legal y del ejercicio adecuado del derecho de defensa en juicio. En la mayoría de los casos el demandado no presenta excepciones, culminando el proceso en un promedio de tres meses.

7.11. El proceso ordinario

La estructura del proceso ordinario surge del siguiente cuadro:



Corresponde aplicar en Uruguay, en la mayor parte de los casos y para la tramitación de la mayor parte de las pretensiones, la estructura del proceso ordinario precedente.

Dicha estructura, sintéticamente, es la siguiente:

- Tentativa de conciliación previa ante los Jueces de Conciliación (en Montevideo) o ante los Jueces de Paz (en el interior)13.
- Demanda escrita con prueba
- Emplazamiento
- Posibles actitudes del demandado (dentro de 30 días corridos):
  a) Contestación escrita con prueba
  b) Contesta y opone por escrito excepciones previas, con prueba
  c) Contesta y/o opone excepciones y/o reconviene, por escrito, con prueba

13 Los juicios ordinarios civiles requieren del cumplimiento de una fase de conciliación previa a su iniciación, ante jueces distintos de los que habrán de entender en el proceso principal, sin perjuicio de la posterior tentativa de conciliación intraprocesal que también deberá cumplirse por parte de los jueces del proceso ordinario.

Excepcionalmente puede el demandado allanarse a la demanda, asumir actitud de expectativa, o incluso no contestar, verificándose la rebeldía (cada una de estas actitudes tiene previstas consecuencias en la ley).

- Si hubo oposición de excepciones previas, traslado al actor para su contestación por escrito.
- Si hubo reconvención, traslado al actor para su contestación por escrito.

- Audiencia preliminar (acto complejo y fundamental del nuevo proceso cuyo contenido se desarrolla en el siguiente punto).
- Audiencia complementaria. En ella se diligencia la prueba y, al finalizar, se realizan los alegatos de las partes.
- Sentencia.

En caso de apelación de la sentencia definitiva se abre la segunda instancia. La sentencia de segunda instancia puede ser eventualmente objeto del recurso de casación en los casos en que la ley lo habilita.

7.12. La audiencia preliminar como centro de la reforma procesal

La audiencia preliminar del proceso ordinario bajo la dirección del tribunal es, en el nuevo sistema procesal, el acto procesal complejo más importante, en el cual se plasman y efectivizan de modo óptimo los principios procesales consagrados en el CGP. En efecto, lo esencial del proceso es que la inmediación opera a través de audiencias, donde impera el esquema dialogal entre las partes, asistidas por sus abogados y el Juez.

En el CGP uruguayo la audiencia preliminar es el pivot del sistema. Allí se comienza con tentar la conciliación (intraprocesal) por el Juez, se realiza el saneamiento del proceso y se fija el objeto del proceso y de la prueba así como los medios de prueba a diligenciarse.

Por ello el CGP prioriza, como vimos al analizar el principio de inmediación, el deber de comparecencia del juez, y la carga de comparecencia de las partes y sus abogados, imponiendo drásticas sanciones a su inobservancia.

El contenido complejo de la audiencia preliminar (principio de concentración), puede resumirse del siguiente modo:

a) Verificación de las comparecencias de los sujetos procesales a efectos de determinar la eventual aplicación de las consecuencias legales.
b) Ratificación de los actos escritos de demanda y contestación (y eventualmente reconvención y/o excepciones previas y sus respectivos escritos de contestación) y aclaración de sus términos si resultaren dudosos.
c) Tentativa de conciliación en forma total o parcial.

Esta fase de conciliación intraprocesal se realiza conociendo ya los jueces el material fáctico involucrado en el objeto del proceso en mérito al estudio de los escritos de demanda y contestación.

d) Recepción de prueba sobre las excepciones previas, si ello fuera necesario.
e) Dictado de sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso (despacho saneador): se resuelven las excepciones previas, se relevan las nulidades denunciadas o advertidas por el juez de oficio, y todas las demás cuestiones que obsten a la decisión de mérito, incluyendo la improponibilidad de la demanda y la legitimación en la causa cuando sean manifiestas (patentes, evidentes) y por ende definibles al comienzo del litigio.

De este modo, en la audiencia preliminar el proceso queda saneado, encaminándose en más a resolver la cuestión de fondo central.

f) Dictado de sentencia interlocutoria a través de la cual se fija el objeto del proceso y de la prueba, sobre la base de los aspectos que queden controvertidos tras la etapa de proposición escrita, y luego de la actividad de las partes y del Juez en la conciliación. De este modo, con la intervención del Juez en diálogo con las partes y sus abogados, se esclarece el objeto del proceso y de la prueba, que en rigor es fijado por las partes en las pretensiones originales, lográndose de tal manera ubicar el conflicto en sus términos reales.
g) Dictado de sentencia interlocutoria pronunciándose el tribunal respecto de los medios de prueba propuestos por las partes, admitiendo o desestimando los mismos.
h) Si fuere posible, la prueba ofrecida se diligencia en la propia audiencia preliminar que en consecuencia tiene aptitud potencial para transformarse en única, escuchándose los alegatos de las partes, dictándose luego la sentencia. Ello en la práctica es excepcionalísimo.

Si ello no fuere posible, se señalará audiencia complementaria, para la producción de las pruebas que no se recibieron en la preliminar, alegatos de las partes y sentencia.

Lo actuado en las audiencias se documentará en forma resumida. En la práctica se han desvanecido parte de los temores que tal forma de registro planteaba a priori, y no se han planteado mayores problemas al respecto, pues la experiencia indica que los jueces o sus auxiliares documentan, en general, en forma acertada la audiencia, recogiendo las observaciones de las partes a los efectos de asegurar la fidelidad del resumen.

8. RESULTADOS DEL RELEVAMIENTO EMPÍRICO DEL FUNCIONAMIENTO DEL PROCESO CIVIL POR AUDIENCIAS EN URUGUAY

Los resultados de la reforma de la Justicia Civil en Uruguay operada en 1989 con la implantación del Código General del Proceso, recogiendo la so-

lución propiciada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, son altamente positivos.

En efecto, la vigencia del CGP durante casi dos décadas ha generado cambios que pueden calificarse de esenciales en la forma de hacer justicia en Uruguay. No obstante, aún quedan muchas cosas por mejorar y perfeccionar en ese camino permanente de relevamiento, diagnóstico, ajustes y evaluación que supone toda reforma procesal.

Las conclusiones que se exponen a continuación surgen principalmente del relevamiento empírico realizado en Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Civil de Montevideo en el año 2007[14], de entrevistas y encuestas a jueces y abogados y de información estadística del Poder Judicial.

8.13. REFORMA GENERAL DEL SISTEMA DE JUSTICIA NO PENAL

Se ha alcanzado una **reforma "general" del sistema**, en tanto han quedado comprendidas casi todas las materias no penales (civil, comercial, familia, contencioso administrativo de reparación, arrendamientos, tributario, etc. [15]).

8.14. MEJORA DEL SERVICIO DE JUSTICIA

Los operadores jurídicos todos son **contestes** en destacar la **eficacia del nuevo régimen procesal**, que ha significado una **notable mejora del servicio de justicia en las áreas no penales** (la reforma penal es una materia pendiente en Uruguay).

8.15. SIMPLIFICACION DE LAS ESTRUCTURAS PROCESALES

Se ha obtenido una verdadera **simplificación de las estructuras procesales** reduciéndose el número de las mismas y eliminándose etapas superfluas o reiteradas. La simplicidad se obtiene al limitar el número de tipos de procesos a su mínimo indispensable. Luego, la simplicidad se verifica dentro de cada estructura procesal, al eliminarse actos innecesarios y actuar los principios de inmediación y concentración, fundamentalmente en la audiencia que funciona como elemento central del proceso.

14 En dicha investigación solicitada por CEJA, el objeto de relevamiento fueron las audiencias correspondientes a procesos civiles ordinarios de primera instancia. El período de relevamiento fue de 1 mes. Los Juzgados relevados fueron 8 Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Civil (JLC) de la ciudad de Montevideo. La metodología consistió en la observación de cada una de las audiencias por un relevador que completa el formulario de relevamiento elaborado previamente. La investigación está publicada en www.cejamericas.org.

15 La reciente L. 18.572 de 2009, alteró este principio de unidad al regular un nuevo proceso laboral autónomo, desgajado del CGP, lo que ha recibido duras críticas de la doctrina procesal.

8.16. REDUCCION SUSTANCIAL DE LA DURACION DE LOS PROCESOS

Se ha logrado en forma clara la aceleración de los procesos judiciales. El resultado fue realmente revolucionario en cuanto a la duración de los procesos civiles ordinarios, que en visión general y promedial, se ha reducido a la mitad en comparación con la duración de los procesos judiciales antes de la reforma.

No obstante, los excelentes resultados obtenidos durante los primeros 10 años de aplicación del CGP en materia de reducción de duración de los procesos, se han visto empañados en los últimos años, en los cuales, a pesar de mantenerse en general una carga razonable de trabajo de los Juzgados, los procesos han incrementado su tiempo de duración en la **primera instancia**. Las razones de tal incremento en la duración de los procesos son atribuibles fundamentalmente a problemas de gestión y compromiso de los protagonistas del sistema de justicia y no a la norma procesal.

La duración de la **segunda instancia**, en cambio, sigue una tendencia constante a la disminución de su duración (no supera promedialmente los 6 meses).

Por otra parte, más de la mitad de los asuntos estrictamente civiles se tramitan en procesos de **estructura monitoria**, cuya duración promedio aproximada es de 3 meses.

8.17. NUMERO DE JUECES

Se ha superado la tradicional insuficiencia de jueces sobrecargados de asuntos que no podían resolver en plazo razonable. Hoy Uruguay cuenta con un promedio aproximado de un juez cada 6.900 habitantes. Ello coloca a Uruguay en un **privilegiado lugar en el mundo** en la **relación número de jueces-número de habitantes**.

8.18. CARGA DE TRABAJO RAZONABLE DE LOS JUZGADOS

En Montevideo, los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Civil tienen una **carga razonable de trabajo**, atendiendo al número de audiencias que celebran por día y al número de sentencias que dictan al año.

La distribución de asuntos entre ellos resulta razonablemente pareja dada la existencia de un sistema aleatorio computarizado de asignación de los procesos a través de una oficina centralizada.

En el interior del país se presentan mayores complejidades, no contándose con cifras al respecto.

8.19. INMEDIACION

La inmediación es real, efectiva y eficiente.

a) Las audiencias son el acto vital del proceso en el cual, mediante la interacción, el diálogo constructivo y la producción de la prueba, se encamina el proceso hacia lo principal: la efectividad de los derechos sustanciales.
b) Los jueces asisten a todas las audiencias.
c) Las partes y sus abogados comparecen de regla a las audiencias, salvo motivo fundado.
d) Las personas físicas comparecen en forma personal (y no por representante) en la mayor parte de los casos.
e) Los abogados no arriesgan a que su cliente no comparezca a una audiencia, por las importantes consecuencias desfavorables que pueden padecer.
f) Las audiencias muestran gran utilidad para cumplir diversas actividades concentradas de diálogo, ordenación y contralor (sanear el proceso, fijar el objeto del proceso y de la prueba, admitir o rechazar la prueba a diligenciarse, designar peritos o impugnar su designación o su dictamen, realizar el reconocimiento de documentos y controlar los mismos, etc.).
g) Todas las resoluciones dictadas en audiencia quedan notificadas en la propia audiencia.
h) El justiciable, destinatario último y fundamental del servicio de justicia, aprecia en el contacto directo con el juez de "su" caso y con la contraparte que el proceso es el medio idóneo para resolver pacíficamente el conflicto.
i) Todo lo expuesto demuestra que el sistema del CGP que establece sanciones por la incomparecencia del Juez y de las partes a las audiencias es efectivo y realizable, lográndose el objetivo de inmediación perseguido.

8.20. PUBLICIDAD

En cuanto al **principio de publicidad** consagrado legalmente, cabe concluir:

a) Si bien los procesos y las audiencias son públicas, es bajo el porcentaje de presencia de público en las mismas (no llega al 20 % las audiencias a las que asiste público).
b) En la práctica no es de costumbre que el público asista a presenciar audiencias, lo que no obedece a ningún tipo de restricción legal sino al poco interés que despiertan los casos civiles para la población.
c) En la práctica no se verificaron dificultades para acceder a las salas de audiencia ni para presenciar las mismas. En ninguno de los casos

relevados hubo restricciones para el acceso de público a las audiencias.

d) Las partes y sus abogados no se sorprenden, en la mayoría de los casos, por la presencia de público en las audiencias (en más del 70% de las audiencias que hubo público, nadie manifestó sorpresa).
e) La mera posibilidad de asistencia de público opera como elemento de contralor de la actividad jurisdiccional.
f) Dado el altísimo porcentaje de comparecencia personal de las partes sustanciales de los procesos a las audiencias, la publicidad interna (hacia los sujetos del proceso) opera como un importante instrumento de contralor de las partes sobre los abogados y el juez.
g) La publicidad también cumple una importante función pedagógica para los estudiantes de derecho que suelen asistir a las audiencias.
h) Durante el desarrollo de las audiencias e incluso finalizando las mismas, se comprobó que los profesionales de las partes solicitaban con frecuencia el expediente al Juez, a efectos de realizar determinados controles y que en ningún caso les fue restringido el acceso al mismo.
i) En todos los casos relevados se tuvo acceso a la agenda de audiencias. La implementación del moderno sistema de gestión que se está instrumentando, seguramente facilitará aún más el acceso público a la agenda de audiencias de las sedes.
j) En los Juzgados relevados, puede accederse al estado de trámite de los procesos vía Internet.
k) Es excepcionalísimo que el Juez disponga la reserva de un proceso civil.

8.21. BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL

El proceso se ha moralizado al influjo de la inmediación y el ejercicio por el tribunal de los poderes-deberes que le confiere la ley.

En tanto el juez es un verdadero director y dispone de poderes-deberes para ello y para averiguar la verdad de los hechos relevantes de la causa (dentro de los límites fácticos aportados por las partes), el proceso resulta un terreno mucho menos propicio para el litigante malicioso.

El contacto directo con las partes, testigos, peritos y auxiliares procesales es el principal instrumento para combatir maniobras dilatorias, testigos mendaces, pruebas inútiles o impertinentes y, en definitiva, la adopción de cualquier actitud procesal reñida con la lealtad, probidad y buena fe que deben regir el debate procesal.

El ofrecimiento de toda la prueba debidamente individualizada en los actos de proposición y la limitación del efecto suspensivo de los recursos e incidentes, contribuyen también a ello.

No obstante, se ha puesto de manifiesto en los últimos años un debilitamiento en el compromiso de los sujetos del proceso.

8.22. COMPARECENCIA DE LOS SUJETOS A LAS AUDIENCIAS

Se verifican **altísimos porcentajes de comparecencia a las audiencias**.

En el 100% de las audiencias celebradas que se relevaron, el **Juez** estuvo presente dirigiéndolas.

Se verifican altísimos porcentajes de comparecencia de las partes a las audiencias preliminar y complementaria y sus eventuales prórrogas.

En el relevamiento, la parte **actora** compareció a la **audiencia preliminar** en porcentajes superiores al 97% de los casos. La parte **demandada** compareció en porcentajes superiores al 85 % de los casos. Cuando la parte estaba integrada por personas físicas, el porcentaje de comparecencia **personal** (y no por representante) es alto (72,5 % de parte actora y 61,1 % de parte demandada).

En lo que respecta a la audiencia complementaria, aún cuando el régimen sancionatorio por la incomparecencia es en este caso más leve (presunción simple en contra) que el previsto para la audiencia preliminar, la parte **actora** compareció en porcentajes superiores al 95 % de los casos y la parte **demandada** en porcentajes superiores al 88 % de los casos. Cuando la parte estaba integrada por personas físicas, el porcentaje de comparecencia **personal** (y no por representante) es también alto (48 % de parte actora y 43 % de parte demandada), aún cuando no se exige la comparecencia personal para esta audiencia.

Es bajo el porcentaje de procesos en que son citados **terceros** en garantía y/o controversia común. Pero cuando tal citación acaece, se relevaron altos porcentajes de comparecencia de los citados a las audiencias.

En el 99 % de los casos en que comparecieron las partes (personalmente o por representante) a la audiencia preliminar o complementaria, lo hicieron **asistidas por abogado.**

Se constató también que las partes y sus abogados asisten a las audiencias con **puntualidad**. Las audiencias generalmente se inician puntualmente, teniendo los jueces el criterio de aguardar 15 minutos si alguno de los sujetos no ha comparecido. Las demoras promedios de inicio de las audiencias en relación a la hora fijada no superan ese margen.

En los casos excepcionales en que las partes o sus abogados no comparecen a la audiencia preliminar o a la audiencia complementaria (cuyo contenido es el diligenciamiento de medios probatorios), suelen existir **motivos fundados** que lo acreditan.

Las partes y los abogados no suelen comparecer a la audiencia cuyo único contenido es la lectura de sentencia definitiva, limitándose a retirar una copia de la misma de la sede del Juzgado.

8.23. FORMA DE FIJACION DE FECHA DE LAS AUDIENCIAS

En cuanto al **modo en que se fija la fecha de las audiencias**, se constató que:

a) Para la fijación de las audiencias subsiguientes a la primera, el Juez considera generalmente la opinión de los abogados, facilitándosele de este modo el ejercicio de su profesión, procurándose que no se le superpongan audiencias. Incluso, en muchos casos la fijación de la próxima audiencia se dilata por el acuerdo de los abogados (principio dispositivo) que prefieren que la misma se fije para una fecha posterior.
b) Resulta una práctica eficiente que -como ocurre en la mayoría de los casos- el tribunal, considerando su agenda y el volumen de la prueba a diligenciar, planifique con antelación (generalmente en la propia audiencia preliminar) cuántos comparendos serán necesarios para diligenciar la misma, fijándolos todos correlativamente.
c) En algunos casos la excesiva dilación de la fijación de la fecha de las audiencias se motiva en la solicitud de los abogados que alegando razones de agenda solicitan al juez, con el concurso de la contraparte, que la fecha del comparendo se extienda más allá de lo razonable. Entendemos que en estos casos debiera consultarse también al justiciable que es el verdadero titular del interés y que, a su vez, el tribunal ejerciera sus poderes deberes de contralor.

8.24. BAJO PORCENTAJE DE FRUSTRACION DE AUDIENCIAS

Es bajo el porcentaje de audiencias fijadas cuya celebración se frustra. En los Juzgados relevados, el porcentaje de audiencias frustradas no superó el 12 %.

8.25. DURACION DE LAS AUDIENCIAS

En cuanto a la **duración de las audiencias**, se relevó que:

a) La duración promedio de las audiencias preliminares y de su eventual continuación es de 20 minutos cada una de ellas.
b) La duración promedio de las audiencias complementarias y sus eventuales continuaciones es de 60 minutos cada una de ellas.
c) Tales duraciones relevadas son coherentes con el contenido que el CGP prevé para cada una de las audiencias.
d) Se trata de duraciones razonables, congruentes con la cantidad de audiencias preliminares y complementarias que preside cada Juez.
e) Las audiencias preliminares suelen agotar su contenido en un solo comparendo cuando no se plantean excepciones previas.

f) Cuando se deducen excepciones previas, las audiencias preliminares suelen agotar su contenido en dos comparendos.
g) En cuanto a la audiencia complementaria, cabe señalar que la actividad que insume mayor tiempo es el diligenciamiento de la prueba, siendo sustantivamente inferior el que demandan los alegatos y el dictado de sentencia definitiva.

8.26. FINALIZACION DE LAS AUDIENCIAS

En cuanto a la **finalización de las audiencias**, se relevó que:

a) Las audiencias celebradas finalizaron en su mayor parte agotando el contenido que la ley prevé para ellas (53 %).

b) Los otros motivos frecuentes de finalización de las audiencias son la frustración en el diligenciamiento de algún medio probatorio (15 %)[16] y el plazo que algunas veces el Juez se toma para dictar alguna resolución especialmente relevante (14 %)[17].

8.27. ALEGACION DE HECHOS NUEVOS

La **alegación de hechos nuevos** en la audiencia preliminar es en la práctica poco frecuente (8% de las audiencias preliminares) siendo aún menos frecuente en las audiencias complementarias (2% de las audiencias complementarias).

8.28. CONCILIACION INTRAPROCESAL

En cuanto a la **conciliación intraprocesal**:

a) Si bien por imposición legal, en la audiencia preliminar se debe tentar siempre por el tribunal la conciliación, los jueces realizan mayores o menores esfuerzos conciliatorios atendiendo a las características del asunto, sus condiciones personales, la posición que asumen los abogados, etc.
b) En las audiencias preliminares no es elevado el número de conciliaciones alcanzadas. No obstante, ello no significa que el proceso no vaya a terminar mediante transacción o conciliación. En muchos casos en la práctica suele acordarse extrajudicialmente la transacción, presentándose eventualmente luego al tribunal el acuerdo alcanzado para su homologación judicial, sin necesidad de audiencia. En efecto, en una investigación realizada por el Poder Judicial sobre los Juzgados Letrados en lo Civil de Montevideo surge que el 25% de

16 La frustración en el diligenciamiento de algún medio probatorio, determina la necesidad de realizar nuevas citaciones o convocatorias (a testigos, peritos, etc. o reiterar oficios) o aguardar la llegada de otras pruebas (oficios, dictámenes periciales, etc.).

17 Ello sucede, por ejemplo, con la sentencia interlocutoria que resuelve las excepciones previas o la sentencia definitiva.

los procesos ordinarios iniciados en 1999 concluyó por conciliación o transacción.

c) Surge del relevamiento que con frecuencia, las audiencias preliminares fueron prorrogadas por acuerdo de ambas partes, para negociar una transacción extrajudicial y considerar las propuestas conciliatorias del Juez.
d) Si bien en las audiencias complementarias no es preceptivo para el juez tentar la conciliación, ello ocurre ocasionalmente.

8.29. PRUEBA SOBRE LAS EXCEPCIONES PREVIAS

El **diligenciamiento de prueba sobre excepciones previas es excepcionalísimo** en la práctica ya que generalmente se trata de cuestiones de puro derecho o de cuestiones que se prueban mediante documentos.

8.30. SANEAMIENTO DEL PROCESO

En cuanto al **saneamiento del proceso en audiencia preliminar**[18] ("despacho saneador") cabe señalar que en el **25 % de las audiencias preliminares** celebradas se dictaron resoluciones con el fin de sanear el proceso **resolviendo excepciones previas**[19].

8.31. OFRECIMIENTO DE LA PRUEBA

La **presentación u ofrecimiento de toda la prueba claramente individualizada con la demanda o contestación**, ha constituido un gran avance para la moralización del proceso y el conocimiento por el juez y los abogados desde un inicio de todos los aspectos del asunto.

8.32. ADMISIÓN DE LA PRUEBA

El **porcentaje de admisión por el tribunal de la prueba ofrecida por las partes es altísimo**. El porcentaje de medios probatorios rechazados no supera el 2 % en promedio.

Algunos observadores han indicado que sería deseable un contralor más estricto por el juez respecto de la prueba ofrecida por las partes a efectos de

18 Uno de los contenidos esenciales de la audiencia preliminar es depurar el proceso de nulidades y resolver las excepciones previas planteadas, de modo que el proceso a partir de ese momento, se encamine a resolver el fondo del asunto. Se evita de este modo que las cuestiones formales entorpezcan la resolución del objeto del proceso.

19 Dicho porcentaje corresponde a las audiencias preliminares en las que, en presencia del relevador, se resolvieron excepciones previas. Ello no implica que en los demás procesos relevados no se hayan dictado resoluciones sobre las excepciones previas en una audiencia anterior o posterior que no se celebró dentro del período del relevamiento.

evitar el diligenciamiento de prueba innecesaria, inconducente o impertinente.

8.33. MEDIOS PROBATORIOS MÁS UTILIZADOS

El **medio de prueba más utilizado es la prueba documental**. La prueba testimonial y la prueba por informes ocupan un segundo lugar, seguidos en bastante menor proporción por la prueba pericial y la declaración de parte. La inspección judicial se utiliza con baja frecuencia, siendo poco utilizado el careo y menos aún la reproducción de hechos.

8.34. PRUEBA TESTIMONIAL

a) El promedio de testigos citados a declarar por cada audiencia de declaración testimonial es de 3.
b) El 62 % de los testigos citados a declarar compareció a la audiencia para la que estaba convocado[20].
c) El juez interroga al testigo antes que los abogados en casi la totalidad de los casos.
d) El abogado de la parte que propuso al testigo lo interroga en segundo lugar y en tercer lugar lo hace el abogado de la parte que no lo propuso.
e) El juez es quien formula más cantidad de preguntas a los testigos (56%) distribuyéndose el resto de las preguntas entre el abogado de la parte que lo propuso (21%) y el abogado de la parte contraria (23%).
f) El juez en casi todos los casos (87%) intercaló preguntas durante el interrogatorio que realizaban los abogados y (82% de los casos) aclaró o reformuló preguntas al testigo.
g) En la medida que el Juez es el primero que interroga al testigo conociendo los hechos sobre los cuales habrá de declarar, suele adelantarse a formular preguntas que tenía preparadas para realizar el abogado que lo propuso, disminuyendo por ende la cantidad de preguntas que éste le formula. Asimismo, esta circunstancia propende a la espontaneidad del interrogatorio en tanto evita que los abogados predeterminen la forma en que se desarrollará la declaración, favoreciendo la obtención de la verdad material.
h) En casi el 70 % de las audiencias de declaración de testigos, se le formularon a éstos preguntas sobre aspectos de sus credibilidad (motivos de sospecha).
i) El promedio de preguntas formuladas por cada testigo es de 27 (sin considerar preguntas introductorias).

20 No puede concluirse que el testigo no comparezca a otra audiencia que se le fije para que declare.

j) En un 32 % de las audiencias de declaración testimonial el Juez desestimó alguna pregunta y en un 8 % de las mismas dispuso anticipadamente el fin del interrogatorio.

8.35. DECLARACIÓN DE PARTE

a) La declaración de parte se realiza en la mayor parte de los casos en que la misma se dispone mediante interrogatorio libre y no mediante absolución de posiciones[21].
b) El abogado de la parte contraria a la que declara es quien formula más cantidad de preguntas (76%) a la parte, realizando el resto de las preguntas el Juez (24 %). Ello se compadece con las características y regulación legal de este medio probatorio[22].
c) El juez excepcionalmente (10 % de los casos) intercaló preguntas durante el interrogatorio a la parte que realizaba el abogado.
d) El promedio de preguntas formuladas a cada parte que declaró fue de 19.
e) En un 3 % de las audiencias de declaración de parte el Juez desestimó alguna pregunta, no habiendo en ningún caso dispuesto anticipadamente el fin del interrogatorio.

8.36. PRUEBA PERICIAL

a) Cuando se dispuso prueba pericial, en más de la mitad de los casos el o los peritos se designaron en la propia audiencia preliminar[23].
b) En un muy alto porcentaje de casos (90 %), el perito compareció a la audiencia complementaria a efectos de que se le formulen preguntas sobre su dictamen pericial.
c) El Juez suele formular preguntas al perito en la audiencia (80% de los casos), habiéndolo hecho las partes en todos los casos.
d) Es muy excepcional que las partes concurra con asesores técnicos (distintos de los abogados) a la audiencia en que declara el perito.

8.37. ALEGATOS

En cuanto a los **alegatos** (de bien probado) que realizan los abogados:

a) En el 100% de las audiencias complementarias celebradas que se relevaron y tuvieron por contenido el diligenciamiento de medios

21 El CGP prevé la posibilidad de realizar el interrogatorio de la parte sea en forma libre, sea mediante la absolución de posiciones mediante interrogatorio escrito presentado por la parte contraria.

22 El interrogatorio de parte se dispone a solicitud del abogado de una parte para interrogar a la parte contraria (interrogatorio "cruzado") o por el Juez de oficio.

23 En los demás casos los peritos se designan posteriormente, generalmente porque se espera la consignación de los honorarios provisorios o porque se aguarda respuesta de alguna entidad pública o privada que indica el nombre de los testigos posibles de designar.

probatorios, oídos los testigos y/o peritos, el Juez fijó una nueva audiencia con fecha posterior, a efectos de que las partes alegaran.

b) En el 100% de las audiencias complementarias celebradas cuyo contenido exclusivo fue el alegato de las partes, los mismos se presentaron en forma escrita, incorporándose al acta de audiencia.

8.38. RECURSOS EN AUDIENCIA

a) Las trascendentes modificaciones que el CGP incorporó en materias de medios impugnativos, han constituido un gran avance en la reducción de la duración de los procesos y el combate a las maniobras dilatorias.
b) El hecho de que todas las resoluciones dictadas en audiencia queden notificadas en la misma y de que, en la mayor parte de los casos, deban ser también impugnadas en ella, inciden significativamente en la eficacia del proceso.
c) La utilización del efecto diferido (a la impugnación de la sentencia definitiva) para apelar las sentencias interlocutorias en materia probatoria, el hecho de que la regla sea el efecto no suspensivo de la apelación y las limitaciones en materia de incidentes, ha resultado decisivo para obtener los avances verificados.
d) Se interpone un número sustantivamente mayor de recursos en las audiencias preliminares que en las complementarias. En tanto en la audiencia preliminar se dictan varias resoluciones esenciales que se pronuncian sobre las excepciones previas, sanean el proceso, fijan el objeto del proceso y de la prueba, se admiten o rechazan los medios probatorios a diligenciarse en el proceso, suelen impugnarse resoluciones en la misma, con más frecuencia que lo que ocurre en la audiencia complementaria.

8.39. SEGUNDA INSTANCIA

a) La segunda instancia ha tenido una sensible mejoría en cuanto al tiempo empleado para adoptar la decisión.
b) Los abogados consultados en el relevamiento entienden que debiera disponerse de una versión fidedigna de lo ocurrido en las audiencias de primera instancia, por ejemplo, mediante la versión grabada en imagen y sonido o la que en el futuro las nuevas tecnologías puedan aportar. Ello permitirá una mejor ilustración de los Tribunales de segunda instancia.
c) La adecuada utilización de la audiencia de segunda instancia prevista en la ley puede resultar en muchos casos un instrumento efectivo para resolver el proceso eficazmente. No obstante, en la práctica

suele obviarse esta audiencia mediante el mecanismo de la decisión anticipada.

8.40. ACTA RESUMIDA

En cuanto al **acta resumida** por la cual se documenta lo acaecido en las audiencias:

a) Las actas se labran por parte de un funcionario receptor que utiliza una computadora, bajo la dirección del Juez.
b) Si bien está prevista la posibilidad de grabar o filmar las audiencias, complementariamente al acta resumida, en la práctica ello no suele acontecer.
c) Los abogados de las partes solicitan la incorporación de cuestiones concretas al acta de audiencia con cierta frecuencia (23% de las audiencias) y algunas veces solicitan que el Juez de lectura a alguna parte del acta de audiencia para controlar cómo quedó redactado determinado aspecto (17% de las audiencias).
d) Es bajo el porcentaje de audiencias en las que se plantean discrepancias entre los sujetos del proceso sobre el contenido del acta (2% de las audiencias).
e) En la mayoría de los casos, el acta de audiencia fue elaborada directamente por el receptor (73% de las audiencias) con el contralor y colaboración del Juez. En los restantes casos el acta es dictada por el Juez al receptor en su mayor parte.
f) Los abogados entiende que es necesario que en todas las salas de audiencia, además del monitor del receptor se dispusiera de uno o dos monitores más para que los letrados y las partes sigan simultáneamente la confección del acta resumida.
g) Si bien los Ministros de Tribunales de Apelaciones entienden mayoritariamente que el acta resumida de primera instancia, conjuntamente con los demás datos que surgen de los expedientes, es suficiente a efectos de dictar sentencia de segunda instancia, los abogados entienden necesario que el acta resumida se complemente con la grabación o filmación de la audiencia.

8.41. ROL DEL JUEZ

La figura del juez se ha visto revitalizada por su rol de verdadero director del proceso, dejando de ser un mero espectador hasta el momento de dictar sentencia definitiva (como ocurría en el sistema anterior).

a) Dispone de trascendentes poderes-deberes para la ordenación del proceso y la averiguación de la verdad, dentro del marco de los hechos alegados y controvertidos por las partes.

b) Los abogados disponen de los instrumentos jurídicos necesarios para impugnar las decisiones judiciales que entiendan contrarias a derecho o les causen agravio.
c) El juez tiene un rol preponderante como director en la fijación del objeto del proceso y de la prueba (en forma dialogal), en la determinación de la prueba a diligenciarse y en su diligenciamiento.
d) El juez interroga al testigo antes que los abogados en casi la totalidad de los casos.
e) El juez es quien formula en la práctica más cantidad de preguntas a los testigos.
f) El juez en casi todos los casos intercala preguntas durante el interrogatorio que realizan los abogados al testigo y aclara o reformula preguntas al testigo.
g) En casi todos los casos el Juez formula preguntas al perito en la audiencia.
h) La utilización ponderada de los poderes-deberes del tribunal surge de los siguientes extremos relevados:
    - Bajísimo porcentaje de rechazo por el tribunal de prueba ofrecida por las partes (por inadmisible, inconducente, impertinente, innecesaria, etc.).
    - El total de las audiencias celebradas en las que el tribunal dispuso de oficio el diligenciamiento de algún medio probatorio fue del 3%.
    - Para la fijación de las audiencias subsiguientes a la primera, el Juez considera generalmente la opinión de los abogados.
    - En un tercio de las audiencias de declaración testimonial el Juez desestimó alguna pregunta.
    - En casos excepcionalísimos el Juez dispuso anticipadamente el fin del interrogatorio del testigo.
    - En casos excepcionalísimos el Juez desestimó alguna pregunta en la declaración de parte.
    - En ningún caso el Juez dispuso anticipadamente el fin del interrogatorio de la parte.

8.42. ROL DE LOS ABOGADOS

a) La opinión de los abogados es hoy decididamente favorable al nuevo sistema si se lo compara con el anterior, destacando las significativas ventajas del mismo frente al régimen derogado. Los abogados consultados en el relevamiento fueron contestes de modo casi unánime al respecto.
b) En ninguno de los eventos científicos o gremiales organizados luego de la entrada en vigencia del CGP se ha postulado la sustitución del nuevo sistema por otro. Lo que se discute son cuestiones jurídicas

susceptibles de interpretaciones divergentes a efectos de lograr, en la medida de lo posible, la armonización o coherencia de la doctrina y jurisprudencia a su respecto. Existen críticas de los abogados a aspectos de gestión de las oficinas judiciales.

c) La reforma procesal ha introducido cambios favorables en el modo en que ejercen su profesión los abogados. Se exige un mayor estudio y una mayor responsabilidad del letrado actuante en la preparación de los casos.
d) Los abogados trabajan en equipo, sus clientes tienen acceso a las actuaciones procesales, los ven actuar y, por ende, valoran la labor de sus letrados cuando éstos tienen dominio del caso.
e) Los abogados sienten un mayor nivel de exigencia profesional, requiriendo mayor preparación de los actos de proposición (en que debe ofrecerse toda la prueba) y las audiencias. Los clientes comprenden en forma más clara cuál es el rol del abogado en el proceso.
f) En las audiencias los abogados suelen cumplir un rol importante de contralor:
    - o De las excepciones previas interpuestas y la resolución de las mismas.
    - o De la fijación del objeto del proceso y de la prueba.
    - o De la prueba que se ordena diligenciar.
    - o Del propio acto de diligenciamiento probatorio, formulando preguntas a testigos y peritos sobre el contenido de sus afirmaciones y sobre las circunstancias de credibilidad. Del relevamiento de la prueba testimonial realizado surge un importante número de preguntas a los testigos formuladas por el abogado de la parte contraria a la que lo propuso, poniendo de manifiesto el contralor relevante que los letrados pueden ejercer en un proceso por audiencias con interrogatorio libre.
    - o Del contenido del acta.
    - o De las resoluciones judiciales para poder impugnarlas (generalmente deben impugnarse en la propia audiencia).

8.43. GESTIÓN

En los últimos tres años se ha avanzado en **la informática de gestión y la informática documental**, que fueron una gran carencia durante los primeros años de vigencia del CGP. La implementación que se ha realizado de las notificaciones electrónicas y el sistema informático de trámite de los casos, permitirá seguramente mejorar aún más la eficacia y eficiencia del sistema judicial[24].

24 En el marco del Programa de Fortalecimiento del Sistema Judicial Uruguayo, financiado por el BID y el Poder Judicial, el Proyecto de Mejora de Servicios en Tribunales y Juzgados incluye un Sistema de Gestión de Tribunales.

Es necesario trabajar mucho en gestión de las oficinas judiciales, evaluando cuál modelo de despacho implementar y decidir la profesionalización de las actividades de gestión, separándola del rol esencial del juzgador.

8.44. INFRAESTRUCTURA LOCATIVA

Si bien existen carencias en la infraestructura locativa, la implementación del CGP ha demostrado que no se requieren grandes estructuras para desarrollar el proceso por audiencias. En efecto, basta con que cada Juzgado disponga de una sala de audiencias independiente de los demás ambientes de la oficina, reduciéndose generalmente la necesidad de espacio para áreas que en el proceso anterior se destinaban a albergar un mucho mayor número de funcionarios administrativos por Juzgado.

En los últimos años se han realizado y se están realizando actualmente en Uruguay mejoras en la **infraestructura locativa**.

8.45. ASPECTOS A MEJORAR Y LINEAS DE ACCION

Como resultado del relevamiento, se señalan como principales aspectos a mejorar:

a) Necesidad de una mayor "desburocratización" del proceso. El desarrollo del Sistema de Gestión de Tribunales que se está implementando tiene, entre otros objetivos, la finalidad desburocratizar el sistema de Justicia Civil. Pero se necesita trabajar aún más con todos los operadores del sistema en pos de la eficiencia del sistema de justicia civil.
b) Utilización de monitores para que los abogados puedan seguir en las audiencias la confección del acta resumida y realizar así un contralor adecuado de la misma.
c) Disponer de medios audiovisuales para recoger fielmente el contenido de las audiencias. Si bien el CGP prevé que el Tribunal puede disponer la reproducción total o parcial de lo actuado utilizando los medios técnicos apropiados para ello, en tanto no es preceptivo sino excepcional y no se dispone de los medios técnicos, en la práctica ello no suele acontecer.
d) Clarificar las dudas interpretativas que se planean en el CGP en relación a algunos aspectos (efectos del recurso de apelación, principalmente). La Suprema Corte de Justicia ha presentado al Parlamento un proyecto de ley de reforma de algunos aspectos de trámite del CGP, que si bien no introduce cambios estructurales, soluciona las dudas procedimentales que ha planteado la ley en doctrina y jurisprudencia a la luz de casi 20 años de aplicación. Se impone la aprobación de dicho Proyecto de ley.

e) Seguir mejorando el sistema de selección y capacitación de jueces y funcionarios. Es destacable la función importante del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU) en tal sentido.
f) Que los jueces se capaciten más en conciliación y negociación, utilizando en las audiencias las herramientas necesarias para ello y esforzándose más para alcanzar acuerdos.
g) Mejorar aún más el sistema de notificaciones, optimizando el instrumento de notificaciones electrónicas.
h) Eliminar ciertas prácticas de las oficinas judiciales que, en determinados casos, dificultan el libre acceso a los expedientes judiciales.
i) Acotar el uso excesivo de la decisión anticipada en la segunda instancia de los procesos a efectos de propender a la inmediación en segunda instancia.
j) Lograr una mayor celeridad de los procesos de ejecución.
k) Es imperiosa una reforma del proceso penal, ya que por el alto impacto que éste tiene en la opinión pública, sus carencias empañan la imagen general del sistema de justicia, y por ende la Justicia Civil.
l) Seguir mejorando en infraestructura y recursos materiales.
m) Implementar mecanismos de gestión profesionalizada a nivel de las oficinas judiciales, con metas e indicadores adecuados, que permitan mejorar la eficiencia.
n) Disminuir la duración de los procesos civiles, especialmente en la primera instancia, donde en los últimos años se ha notado un preocupante enlentecimiento, no necesariamente vinculado al incremento de la carga de trabajo.
o) Recuperar el alto grado de compromiso con el proceso como obra en común, que los operadores jurídicos tuvieron en los primeros años de vigencia del CGP.

* * *

LA MODERNIZACIÓN DE LA GESTIÓN DE LA JUSTICIA CIVIL EN URUGUAY

Raquel Landeira[1]

1.- INTRODUCCIÓN

Desde la década de los noventa, se ha producido en los países de nuestra región, una redefinición del sistema judicial en su conjunto y especialmente de la cuestión de su visibilidad para los ciudadanos.

Ello se ha debido a la confluencia de una serie de factores tales como el afianzamiento de los sistemas democráticos en los gobiernos de nuestra región, la necesidad de asegurar un ordenamiento jurídico que ampare la seguridad y confianza necesaria para las inversiones económicas, los cambios sociales y culturales que determinaron un incremento del sistema legal para el reconocimiento de nuevos derechos y obligaciones, así como la reclamación consecuente de la aplicación y vigencia de los derechos individuales y la creciente judicialización de las cuestiones políticas.

Este conjunto de nuevos requerimientos políticos, económicos y culturales han determinado la imperiosa necesidad de adecuar el rol de la justicia en la sociedad contemporánea y asegurar la transparencia de su actuación para posibilitar el control de la ciudadanía que a su vez le otorga la legitimación necesaria de su actuación.

En este sentido, los esfuerzos se han orientado hacia un fortalecimiento del sistema judicial que le permita cumplir las nuevas responsabilidades en nuestras sociedades contemporáneas en la conformación de los Estados de Derecho.

1 Profesora Agregada de Derecho Procesal de la Universidad de la República y Profesora de Derecho Procesal Penal y Técnica de Audiencia de la Universidad de Montevideo. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal "Eduardo J. Couture".

2.- LA INCORPORACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA GESTIÓN JUDICIAL

Para enfrentar estos desafíos y además cumplir su papel de garante eficaz de los derechos individuales en la conformación del Estado de Derecho, los países de nuestra región han procurado sancionar nuevos sistemas procesales o reformar los existentes en pos de la aplicación de los principios de oralidad, inmediación y publicidad ya sea en el ámbito civil o penal.

Asimismo, la mayoría de ellos, con mayor o menor intensidad y con diferentes enfoques han emprendido diversos proyectos de inversión para mejorar la gestión judicial y por ende la tramitación de los procesos judiciales [2] con el objetivo final de lograr un servicio público satisfactorio para todos los ciudadanos.

No ha habido una única forma de enfrentar todos los problemas y tampoco podemos pensar en un modelo ideal de gestión o política judicial que pueda generalizarse a todos los casos y a todas las situaciones para poder lograr este objetivo.

Las estrategias orientadas a mejorar las formas de gestión judicial han sido diversas y han evolucionado desde la simple introducción de tecnología (instalación de computadoras en los despachos) sin otras acciones concomitantes, la profesionalización de la gestión incorporando especialistas en administración y gerencia a la combinación de reformas procesales y estructurales de gestión de despachos por la directa vinculación entre gestión y modelo procesal [3]

Habida cuenta de que el sistema judicial es esencialmente gestión de la información, un elemento central para una gestión eficiente consiste en la incorporación de las Tecnologías de la información y las Comunicaciones para su procesamiento.

Un proceso judicial es un conjunto de acciones que entrañan obtener información, evaluarla, comunicarla y archivarla y ello determina un desafío de transformación[4]. Se ha señalado que la función de información es la que tiene

2 cf: Ortells, M. "Incidencia de nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional con especial análisis de las cuestiones referentes a la prueba, a las medidas cautelares y a las comunicaciones procesales", págs. 607-675, Landoni Sosa, A. " Incidencia de nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional con especial análisis de las cuestiones referentes a la prueba, a las medidas cautelares y a las comunicaciones procesales", págs. 677-708, en XVIII Jornadas Iberoamericanas y Xi Jornadas Uruguayas de derecho Procesal, Montevideo, 2002, Navarro, Sonia "La gestión judicial: sus límites y posibilidades en la reforma judicial", Centro de Estudios Judiciales de las Americas (CEJA), Cabezudo, N. "Las nuevas tecnologías en las actuaciones judiciales", en Gobierno, derecho y tecnología", España, 2006, págs. 615-640, Landoni Couture, P. "Transformaciones en la administración de Justicia :impactos de las tecnologías de la información, en XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Jornadas Uruguayas de derecho Procesal, Uruguay, 2002,

3 Navarro, S. ob.cit.

4 Chayer, H. " El sistema judicial argentino y las teconologías de la información" Alfa Redi: Revista de Derecho Informático Nº 29, www.alfa-redi.org.

como objetivo específico trasmitir información, un sujeto trasmite a otro el conocimiento que posee [5].

En efecto, a través de las comunicaciones procesales las providencias y actuaciones judiciales se comunican no solamente a las partes sino tambien a terceros de algún modo vinculados al proceso, como los peritos y testigos y a otras autoridades o entidades públicas y/o privadas, judiciales o no nacionales o extranjeras para el desarrollo del proceso y desempeño de la función jurisdiccional. Se distinguen así las comunicaciones internas que se producen entre el tribunal y los sujetos principales o secundarios del proceso y la externa que vincula al tribunal con otras autoridades o entidades, sean públicas o no[6], También se ha diferenciado entre actos de información interna o externa, según si el destinatario de la información integra o no el mismo órgano jurisdiccional. Entre los primeros, se incluye las comunicaciones del Juez a sus auxiliares y de éstos al Juez y entre los segundos las informaciones dirigidas a los interesados principales (notificaciones), las dirigidas a los auxiliares del tribunal (peritos, testigos, etc.) y las dirigidas a otras autoridades (mediante exhortos u oficios)[7].

Entonces, un elemento central para una gestión eficiente y en tiempo real de los conflictos en la dinámica de la vida contemporánea es el procesamiento digital de la información.

3.- EL SISTEMA PROCESAL URUGUAYO Y LA GESTIÓN JUDICIAL

Con el saludable impacto de la vigencia del Código General del Proceso desde el año 1989, el sistema jurídico de nuestro país en las áreas no penales tuvo una sensible mejora

En efecto, ésta ha constituído una reforma "general" del sistema de justicia y, según surge de las conclusiones del trabajo de investigación y relevamiento empírico realizado por el Profesor Santiago Pereira Campos mediante muestreo representativo en sedes judiciales de Montevideo durante el año 2007 [8], los operadores jurídicos son contestes en destacar la eficacia del nuevo régimen procesal. Se ha obtenido una verdadera simplificación de las estructuras procesales, reduciéndose su número y etapas y una clara aceleración de los procesos judiciales colocándose a Uruguay en una situación de privilegio a nivel internacional. La duración promedial general se ha reducido a la mitad

5 Abal Oliú, A. "Las funciones procesales de información (notificaciones) certificación y registro (documentación y archivo)", F.C.U., Uruguay, 2003, págs. 4 y ss.

6 Vëscovi, E., De Hegedus, M, Klett, S., Landeira, R., Simón, L.,Pereira, S. "Código General del Proceso", T. 2, págs 316 y ss

7 Abal Oliú, A. ob.cit., págs. 4 y ss.

8 6 Pereira Campos, S. "El proceso civil ordinario por audiencias – La experiencia uruguaya en la reforma procesal civil –Modelo teórico y relevamiento empírico", A.M Fernández, Montevideo, 2008, págs. 118 a 134..

en comparación con la duración antes de la reforma por lo que la primera instancia desde la presentación de la demanda hasta la sentencia es de 14 meses en materia civil, comercial y de hacienda y la segunda instancia tiene una duración de 6,5 meses y la instancia de casación aproximadamente un año. Se destaca el cumplimiento efectivo de los principios que informan el proceso por audiencias adoptado :inmediación, publicidad, buena fé y lealtad procesal así como la realización de la audiencias y de todas las actividades que en las mismas se han previsto con la colaboración y cumplimiento de los roles de todos los sujetos del proceso.

Asimismo, se ha consignado que si bien existen carencias en la infraestructura locativa se están realizando mejoras y se ha constatado que la implementación del CGP ha demostrado que no se requiere de grandes estructuras.

En cuanto a la gestión se remarca la necesidad impostergable de seguir avanzando en el desarrollo de la informática de gestión y la informática documental, estándose a los resultados de la aplicación del Sistema de Gestión de Tribunales dentro del Proyecto de Mejora de Servicios en Tribunales y Juzgados que se realiza en el marco del Programa de Fortalecimiento del Sistema Judicial Uruguayo financiado por el BID y el Poder Judicial.

En relación a las mejoras necesarias y líneas de acción, entre otros aspectos, se efectúan propuestas referidas al marco normativo, a la selección y capacitación de jueces y funcionarios, a la incorporación de medios audiovisuales para las audiencias, se reclama una mejora en infraestructura y recursos materiales y superar la demora de las notificaciones a domicilio instaurándose un sistema de notificaciones electrónicas. En este sentido, se destaca que a pesar de las serias restricciones presupuestales del Poder Judicial uruguayo [9] se podrá lograr este objetivo a través del Proyecto de Mejora de Servicios de Tribunales y Juzgados.

En suma, para la aplicación del modelo procesal ha habido un moderado ajuste del modelo organizativo a los nuevos roles y necesidades del proceso en audiencia, creación de oficinas únicas administrativas para varias sedes, sin cambios radicales en la infraestructura. Se ha introducido tecnología, sin otras acciones concomitantes, es decir todas las sedes judiciales disponen de computadoras con un sistema de gestión provisto de escasas funcionalidades.

4.- EL NUEVO MODELO DE GESTIÓN

La Suprema Corte de Justicia de nuestro país, en el marco del Proyecto de Mejora de Servicios de Tribunales y Juzgados acordado con el BID, previo proceso licitatorio internacional, ha encarado la ejecución de un Proyecto cuyo objetivo es mejorar el servicio de justicia y que dicha mejora sea percibida por los usuarios del sistema judicial.

9 Pereira Campos, ob.cit. pá.g.73

Entre los productos que este Proyecto incluye se encuentra la implantación en las sedes y oficinas designadas en el proyecto del nuevo modelo de gestión de los despachos judiciales y oficinas de apoyo para lo cual a través de la licitación referida se contrató con una empresa encargada de proveer el software necesario.

La meta propuesta consiste en tramitar en forma digital tanto la elaboración como la recepción de documentos, las comunicaciones internas y externas y la producción de información para todos los actores del sistema judicial. Es decir, pasar del sistema actual, basado en el papel, a un sistema cuyo soporte principal sea el digital, a través de la Red Informática Judicial conectada a Internet con expedientes digitalizados y sistemas de seguridad informática para su instalación y funcionamiento.

En síntesis, el objetivo del nuevo sistema está constituído por lograr: a) la tramitación de las actuaciones judiciales por medio de *expediente electrónico* con actuaciones electrónicas y mediante el uso de firma digital, b) las *comunicaciones electrónicas* y, c) *la tramitación guiada.*

Para su implementación la Suprema Corte de Justicia por resolución Nº 63/2007 de 27 de julio de 2007 dispuso:

- El nuevo modelo de gestión de los despachos judiciales y oficinas de apoyo que se aprueba, está enmarcado dentro del proceso de cambio y modernización en la prestación del servicio de justicia, cuya dirección estratégica corresponde a la Suprema Corte de Justicia, que ha asumido el liderazgo de este proceso.
- Impulsar la reforma legal necesaria a los efectos de habilitar la tramitación de los procesos judiciales mediante expediente electrónico y firma digital, para lo cual hizo uso de la iniciativa legislativa que la Constitución le asigna.

En este sentido cabe consignar que, para la administración publica se habían sancionado diferentes leyes leyes que habilitaban el uso de documento electrónico; notificación electrónica y firma digital [10] y la doctrina estaba dividida en cuanto a la posibilidad de que esta normativa fuera directamente aplicable a las actuaciones realizadas ante el Poder Judicial [11] por lo que la Suprema Corte de Justicia, optó por gestionar la aprobación de una ley específica para las actuaciones jurisdiccionales o administrativas a efectuarse ante el Poder Judicial.

Así, el 20 de diciembre de 2007, se sancionó la ley 18.237 en cuyo artículo único, expresa:

"Autorízase el uso de expediente electrónico, de documento electrónico, de clave informática simple, de firma electrónica, de firma digital, de comunicaciones electró-

10 A modo de ejemplo, los arts. 129 y 130 de la ley 16.002 (25/11/88), los arts. 694 a 697 la ley 16.736 (5/1/96); los decretos 65/998 (10/3/98); 312/998 (3/11/998); el art. 25 inc. 1 ley 17.243 (29/200)

11 Ver al respecto entre otros, Delpiazzo, C. " Nuevo alcance de la firma electrónica " en www.elderechodigital.com suplemento "Informática y Derecho – Doctrina" pág.3, "El documento y las firmas ante las N.T.I. en Uruguay" en XI Jornadas Nacionales y XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, pág.733

nicas y de domicilio electrónico constituido, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales.

Facúltase a la Suprema Corte de Justicia para reglamentar su uso y disponer su gradual implantación".

En consecuencia, en una fórmula amplia recoge todas las posibilidades tecnológicas, asignándoles en forma expresa idéntico valor probatorio que sus equivalentes.

En este sentido, la ley 17.245 de junio de 2000, establecía el sistema de libre competencia para la prestación de los servicios de certificación, que se efectuaba por el Correo nacional y la Cámara de Comercio.

Posteriormente, el 15 de setiembre de 2009, se sancionó la ley Nº 18.600 por la que se mantiene el regimen de libre competencia y se crea un Registro Prestadores de Servicios de Certificación Acreditados, a cargo de la Unidad de Certificación Electrónica, dependiente de la AGESIC. Define las características y regula en forma minuciosa la firma electrónica y la firma electrónica avanzada así como la equivalencia con la firma autógrafa [12] y además todo lo concerniente a la expedición de certificados digitales.

Asimismo, regula el régimen de uso de la firma electrónica o firma electrónica avanzada en las profesiones de Abogado, Escribano y Procurador, adjudicando a la La Suprema Corte de Justicia la competencia, en forma exclusiva, para expedir los certificados reconocidos para ser utilizados en el ejercicio de las profesiones de Abogado, Escribano y Procurador, si se constituye como prestador de servicios de certificación acreditado bajo las condiciones que establece esta ley.

Para el caso que no se constituya se prevé que, tendrán plena validez y eficacia los certificados reconocidos expedidos por otro prestador de servicios de certificación acreditado (artículo 10).

Esta previsión legal posibilitará de futuro acceder a la realización del "proceso en línea" mediante la actuación remota de los operadores.

12 ARTICULO 6°. (Efectos legales de la firma electrónica avanzada).- La firma electrónica avanzada tendrá idéntica validez y eficacia que la firma autógrafa consignada en documento público o en documento privado con firmas certificadas, siempre que esté debidamente autenticada por claves u otros procedimientos seguros que: A) garanticen que la firma electrónica avanzada se corresponde con el certificado reconocido emitido por un prestador de servicios de certificación acreditado, que lo asocia con la identificación del signatario; B) aseguren que la firma electrónica avanzada se corresponde con el documento respectivo y que el mismo no fue alterado ni pueda ser repudiado; y C) garanticen que la firma electrónica avanzada ha sido creada usando medios que el signatario mantiene bajo su exclusivo control y durante la vigencia del certificado reconocido.
El documento electrónico suscripto con firma electrónica avanzada tendrá idéntico valor probatorio al documento público o al documento privado con firmas certificadas en soporte papel. El documento electrónico no hará fe respecto de su fecha, a menos que esta conste a través de un fechado electrónico otorgado por un prestador de servicios de certificación acreditado.

4.1.- Las comunicaciones internas

4.1.1- Las notificaciones

Entre los actos de comunicación interna cobran especial importancia las notificaciones que configuran actos procesales a traves de los cuales se hace saber a las partes y a algunos terceros la o las providencias o actuaciones del tribunal en un proceso concreto.

El Código General del Proceso regula en primer término la comunicación interna (arts. 76 a 89) y específicamente las notificaciones y en segundo término la externa (arts. 90 y 91), efectuándolo de modo general, sin perjuicio de que respecto de la segunda se establezcan normas en el resto del articulado, al reglamentar temas concretos como sucede por ejemplo respecto de las comunicaciones internacionales.

El principio general establecido en el artículo 76 del Código es de la notificación, salvo disposición expresa en contrario y en su inciso 2º consagra la regla según la cual todo lo actuado en el curso de una audiencia se entiende notificado en ese momento, no sólo a quienes estén presentes sino también a quienes hayan debido estarlo, como corolario fundamental del sistema de proceso en audiencia implementado[13].

En el artículo 77 refiere a las formas de notificación a domicilio referidas a actuaciones realizadas fuera de audiencia limitándose a anunciar cuales son las admitidas, que luego reglamenta en los artículos siguientes.

El ámbito natural de aplicación de las comunicaciones electrónicas es entonces el de las providencias judiciales para las que el Código establece la notificación a domicilio (art.87 C.G.P.).

Nuestra doctrina ya había sostenido que la normativa del Código General del Proceso habilitaba la realización de la notificación electrónica y bastaba el dictado de la reglamentación correspondiente por parte de la Suprema Corte de Justicia [14]. En este sentido, se expresó que podía interpretarse que, algunas de las disposiciones legales, especialmente el art. 88 que indica que corresponde a la Suprema Corte de Justicia determinar la forma en que se practicarán las notificaciones, el art. 77 se trata de una norma parcialmente en blanco ya que la reglamentación posterior a dictarse por la Suprema Corte, podrá habilitar medios no expresamente previstos y de igual modo la previsión del inciso final del art. 89 que permitiría las publicaciones, conforme la reglamentación que se dicte. El ámbito natural de aplicación es entonces el de las providencias judiciales para las que el Código establece la notificación a domicilio (art.87 C.G.P.).

13 Vescovi, E y otros ob.cit, 1993, págs. 325 y ss

14 Vescovi, E y otros ob.cit, 1993, págs. 326, Landoni Sosa, A. " Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional …cit., págs.700-701, Melos, L."El Derecho Procesal y las nuevas tecnologías con especial referencia a las comunicaciones procesales vía e-mail ", XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal y XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, F.C.U., Uruguay, 2002, págs. 801 y ss.

De todas formas, sancionada la ley 18.237 la Suprema Corte de Justicia procedió a dictar su reglamentación mediante la Acordada 7637 de 17 de setiembre de 2008, complementada por el art.1º de la Acordada 7644 de 26 de febrero de 2009 y el artículo 1º de la Acordada Nº 7648 de 22 de abril de 2009[15].

En términos generales la Acordada Nº 7637, reglamenta: A) su ámbito de aplicación y la forma de realización de las notificaciones electrónicas B) su operativa , C) establece la obligatoriedad de constituir domicilio electrónico y D) crea la Unidad de Administración de Notificaciones Electrónicas (UANE).

A) de acuerdo a su texto, el sistema de notificaciones electrónicas comprende exclusivamente las notificaciones que de acuerdo al régimen legal vigente deban realizarse en domicilio constituido (art.87 C.G.P.) y se efectúan en dos modalidades: a) notificaciones de providencias o resoluciones solas acompañadas de documentos electrónicos emanados del propio sistema de gestión (Considerando IV, apartado II, No.5) y b) notificaciones de providencias o resoluciones acompañadas de documentos emitidos en soporte papel (copias, expedientes, actuaciones, etc.)(Considerando IV, apartado II, No.6).

En los supuestos contemplados en el literal a) la notificación se considera realizada cuando esté disponible en la casilla de destino. El momento que marca la realización de la notificación es el de la disponibilidad del cedulón en la casilla de correo adjudicada por el Poder Judicial al destinatario con prescindencia de que el usuario ingrese o no a su correo y lea o no el contenido de la notificación. En los supuestos contemplados en el literal b) en estos casos se efectúa la comunicación electrónica de la providencia, o resolución, con la constancia en el respectivo cedulón de que en la Sede quedan a disposición del interesado las copias de la actuación respectiva. El destinatario dispondrá de 3 días hábiles, contados a partir del siguiente a aquel en que quedó disponible en su casilla la comunicación respectiva para retirar los documentos de que se trate. La notificación se considera realizada en el momento en que (dentro del plazo de esos 3 días) se haga el retiro de los documentos, dejándose de ello constancia en autos. Si el interesado dentro del plazo establecido no concurriera a retirar los documentos, la notificación se considerará realizada al vencer esos tres días.

En cuanto al inicio del cómputo de los plazos para la realización de los diferentes actos procesales que pudieran corresponder, se efectúa en la forma que establece el Código, es decir desde el día siguiente en que la notificación se tuvo por cumplida[1617].

B) el servicio de notificaciones electrónicas es brindado por el Poder Judicial en forma gratuita y lo administra el Proyecto de Fortalecimiento del sis-

15 Ver en detalle: http://*comunicaciones.poderjudicial*.gub.uy.

16 Landeira, R. "Algunas reflexiones sobre el nuevo sistema de notificaciones electrónicas," Revista de la Facultad de Derecho Nº 27, Uruguay, 2009, págs. 205-207.

17 Uriarte, G. "Régimen de Notificaciones electrónicas y Ejercicio Profesional", Revista de la Facultad de Derecho Nº 27, Uruguay 2009, pág.198

tema judicial uruguayo (PROFOSJU) a cargo de la Unidad de Administración de Notificaciones Electrónicas (UANE)[18].

Para la operativa se previó la confección de cedulón electrónico, su firma digital a cargo del Actuario de cada sede judicial y el envío (y consecuentemente la recepción del cedulón pues tratándose de un procedimiento sincrónico ambas cosas se dan casi al unísono) se realizará en el horario habilitado para las diligencias judiciales de acuerdo a lo dispuesto por el art. 96.3 del Código General del Proceso.

El Poder Judicial tiene un servidor propio destinado exclusivamente a las notificaciones electrónicas y se ha diseñado un software específico que se implanta en las Sedes judiciales[19].

A partir del 1 de noviembre de 2008, el Poder Judicial comenzó a adjudicar, en forma gratuita, a cada persona (física o jurídica) que lo solicite, una casilla de correo electrónico donde el usuario recibirá sus notificaciones.

Para obtener la cuenta de correo electrónico el interesado deberá suscribir el contrato respectivo, donde se establecen los lineamientos básicos del servicio y las responsabilidades asociadas, se le adjudicará y activará la correspondiente casilla de correo electrónico y se le entregará la contraseña para su utilización, (contraseña que el usuario podrá cambiar si así lo desea). Asimismo se le entregará un instructivo de uso en el que se detallará como acceder a la cuenta, como descargar los correos con las notificaciones y como configurar su equipo.

Las casillas de correo adjudicadas por el Poder Judicial: tendrán como único destino recibir notificaciones electrónicas emanadas del Poder Judicial y serán las únicas direcciones de correo electrónicas admitidas y válidas para tal fin. Las notificaciones electrónicas sólo se realizarán a través del servidor del Poder Judicial y no estarán habilitadas para responder, enviar o reenviar correos.

El nuevo sistema estuvo operativo y comenzó a funcionar en marzo de 2009 en los Juzgados Letrados de Primera Instancia de Trabajo de Montevideo, Tribunales de Trabajo y Suprema Corte de Justicia cuando entienda en expedientes provenientes de dichas Sedes.

Posteriormente y en forma gradual se implantó en todas las materias y todas las Sedes judiciales del país que cuenten con la infraestructura tecnológica adecuada, en principio a todas las conectadas a la Red Nacional Judicial (RENAJU) en el plazo de un año.

En cuanto a las seguridades implementadas, las notificaciones realizadas electrónicamente tienen por un lado la garantía de la firma digital del Actuario o Secretario de la Sede y por otro el contar con un servidor que es propio del

18 García Pelufo, R. "Sistema de notificaciones electrónicas", Revista de la Facultad de Derecho Nº 27, Uruguay 2009, págs. 209-215.

19 Programa de fortalecimiento del sistema judicial uruguayo (PROFOSJU), Unidad Administradora de las notificaciones electrónicas (UANE), Material de apoyo a las charlas introductorias sobre notificaciones electrónicas ern el Pode Judicial, Montevideo, 2009, htpp// comunicaciones.poderjudicial.gub.uy

Poder Judicial.[20] La adopción de la firma digital o electrónica para la suscripción del cedulón por parte del Actuario o Secretario implica que se dispone de un dispositivo que contiene una certificación interna exclusiva que identifica al firmante proporcionado por el Poder Judicial que actúa como entidad certificadora y además tiene su clave privada sólo conocida por el usuario[21].

Por tanto, se ha adoptado el sistema de criptografía de clave asimétrica y ello garantiza la autenticidad del firmante y por tanto, el no repudio del documento y la integridad del mismo. El usuario externo (Abogado etc.) que recibe la notificación puede fácilmente comprobar que el documento no tuvo cambios. Para ello deberá simplemente cliquear en un pequeño icono rojo que aparece junto al mensaje y que despliega una pantalla en la que se da cuenta de la validez de esa firma digital y consecuentemente de los 4 items referidos anteriormente.(dice quien es el emisor, la entidad certificadora que es el P.J. etc.).[22]

En lo que tiene que ver con las situaciones de duda o falta de certeza respecto del funcionamiento del servicio en determinado día u horas y en lo que dice con la certeza de funcionamiento del sistema, a solicitud del Magistrado actuante en la causa la Unidad Administradora de las Notificaciones Electrónicas informará sobre las condiciones del servicio en los lapsos de tiempo requeridos y ello sin perjuicio de la obligación de la Unidad de informar a la Suprema Corte de Justicia respecto de aquellas indisponibilidades superiores a 24 horas a fin de que la Corporación adopte decisión respecto del cómputo de los plazos.

C) Respecto de la constitución de domicilio electrónico, la Acordada 7637 en su artículo 1, estableció la obligatoriedad de su constitución y en los arts. 5 y 6.1 se dispuso que todas las notificaciones deberán realizarse en el domicilio electrónico.

La Acordada 7644 definió el domicilio electrónico judicial como la dirección de correo electrónico correspondiente a la casilla de correo electrónico que otorga el Poder Judicial dentro de su propio servidor de acuerdo a la Acordada 7637.

Y, la Acordada Nº 7648, en su artículo 1º dispone que el único domicilio de constitución obligatoria, válido para realizar las notificaciones e intimaciones electrónicas judiciales es el domicilio electrónico obtenido de acuerdo a lo establecido por la Acordada Nº 7637.

20 Programa de fortalecimiento del sistema judicial uruguayo (PROFOSJU), Unidad Administradora de las notificaciones electrónicas (UANE), Material de apoyo a las charlas introductorias sobre notificaciones electrónicas ern el Pode Judicial, Montevideo, 2009, htpp// comunicaciones.poderjudicial.gub.uy

21 Tosi, M." Las notificaciones electrónicas desde la perspectiva informático-jurídica", Revista de la Facultad de Derecho Nº 27, págs. 202-205.

22 Ortells M."Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional…" ob.cit.págs.. 650-651.

Como ya se ha expresado, para la constitución de dicho domicilio electrónico, el Poder Judicial provee gratuitamente direcciones de correo electrónico en un servidor propio.

En suma, el domicilio procesal constituído a los efectos del proceso será el electrónico.

Antes de la sanción de la ley 18.237 y de las referidas Acordadas, la doctrina ya había sostenido que si bien una casilla de correo electrónico no era equiparable al domicilio civil en la concepción del art. 24 C.Civil, debe distinguirse el domicilio civil de aquel que se constituye para una determinada finalidad como puede ser a los efectos del proceso o para un contrato, en cuyo caso el concepto parece ser más instrumental. La existencia de la voluntad de tomar conocimiento o bien de establecer un medio seguro de comunicación a través de una declaración de voluntad indubitable hace viable su equiparación al domicilio constituído.[23]

El nivel de adhesión al sistema ha sido prácticamente unánime y de acuerdo a los datos proporcionados por la Unidad de Notificaciones Electrónicas al mes de junio de 2010 se habían adjudicado 7.000 casillas de correo electrónico.

No obstante, en algún caso aislado, cuando la parte no constituyó domicilio electrónico, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno , según resolución Nº 100/2010, sostuvo que era de aplicación la sanción prevista en el art. 71 .1 inc. 2 C.G.P., debiéndose tener a la parte, por constituido domicilio en los estrados a todos los efectos. En lo medular, sostuvo que la norma del artículo único de la ley 18.237 debe analizarse contextualmente con el art. 71 C.G.P.. El concepto de "domicilio", "radio" y "área" pueden ser reglamentados por la Suprema Corte de Justicia dado que no existen requisitos legales que excluyan el concepto de domicilio electrónico, sino que la propia ley autoriza su uso y comete a la SCJ su reglamentación. Y el concepto de domicilio electrónico ha de incluirse en el supuesto del artículo 71 en el instituto del "domicilio constituído". Cuando la ley faculta a la Suprema Corte de Justicia a reglamentar su uso, lo está haciendo para su constitución como para su omisión. En suma, a partir de la ley y las Acordadas existe un nuevo concepto de domicilio que impone una relectura incluyendo el domicilio electrónico dentro de la hipótesis del art. 71. Entre las cargas impuestas a las partes se impone la de constituir domicilio electrónico y su incumplimiento determina la consecuencia prevista en el art. 71.1 inc.2º C.G.P.

Este sistema de notificaciones ha implicado una significativa reducción de los tiempos y costos en los procesos judiciales.

El tiempo que media entre la confección del cedulón y la efectiva notificación de la providencia que lo contiene insume, en el sistema actual, un promedio mínimo de 2 a 3 semanas calendario.

23 cf: Melos, L. , ob.cit. pág.797

Con el nuevo sistema el celulón podrá ser enviado el mismo día en que se confecciona y la notificación estará realizada en forma casi instantánea al libramiento del cedulón electrónico.

Esto implica el ahorro no sólo de tiempo sino además, de recursos humanos, materiales y dinero y de acuerdo a la información proporcionada por la Unidad de Notificaciones Electrónicas al mes de junio de 2010, el 60% de las notificaciones se verifica en menos de 5 días y el 90% en menos de 10 días.

Ha eliminado además, los problemas derivados de: a) los cambios de domicilio de las partes, b) las enmendaduras, raspaduras, alteraciones y errores del contenido de la resolución en el soporte papel, c) la promoción de incidentes.

Asimismo, para el ejercicio profesional se ha destacado que: a) facilita el control de las notificaciones sin necesidad de concurrir al estudio bastando tener acceso a internet desde cualquier lugar incluso en el exterior, b) facilita la tarea de los profesionales que trabajan en distintas ciudades, c) evita las posibles confusiones cuando más de un profesional comparten el mismo estudio, d) disminuirá las nulidades derivados de la errónea entrega material de los cedulones en caso de ocurrir resultará más fácil la constatación del error y consecuentemente su corrección [24].

4.1. 2.- Las intimaciones

Mediante la Acordada Nº 7644 de 20 de febrero de 2009, se reguló la práctica de determinadas intimaciones en el domicilio electrónico judicial la que se realiza por los Oficiales Alguaciles, para lo cual se les asigna firma digital.

Estas intimaciones son : a) las solicitadas al inicio del proceso o que tengan calidad de diligencias preparatorias conforme la normativa aplicable, b) a las partes en un proceso en trámite, c) a sujetos vinculados al proceso cuando se indique como suyo un domicilio de acuerdo con lo establecido en la Acordada Nº 7637, d) a los auxiliares de la justicia que estén interviniendo en el proceso, e) a realizar conforme lo dispuesto por el art. 132 de la ley 15.750 cuando se denuncie como dirección del destinatario la casilla de correo electrónico otorgada por el Poder Judicial.

En el texto de la reglamentación se distingue si las intimaciones deben estar acompañadas de documentos emitidos en soporte electrónico o en soporte papel adoptándose la misma solución que para las notificaciones en cuanto a la consideración de la efectivización de la misma, debiéndose aplicar en subsidio la reglamentación referida a las notificaciones.

En la Acordada se regula detalladamente la tramitación de la intimación que se presenta ante la Oficina Central de Intimaciones y Alguacilatos (art. 132 L.O.T.)

24 Uriarte, G. "Régimen de Notificaciones electrónicas.y Ejercicio Profesional", ob.cit. pág.199.

Los Oficiales Alguaciles deben llevar un registro electrónico de las diligencias que les fueran cometidas o solicitadas.

Las intimaciones electrónicas comenzaron a utilizarse a partir de la entrada en vigencia de la Acordada y de acuerdo al Plan de implantación diseñado por la Suprema Corte de Justicia.

4.2.- Comunicaciones entre el Juez y otros órganos jurisdiccionales.

El art. 90 C.G.P. prescribe que las comunicaciones se hagan mediante exhorto u oficio inciso y el inciso 2º habilita genéricamente la comunicación por cualquier medio idóneo condicionado al factor de urgencia. En el ámbito de la Administración Pública los arts. 129 y 130 de la ley 16.002 han autorizado con carácter general a efectuar dichas comunicaciones por medios electrónicos, así como el art. 694 de la ley 16.736 impulsa el intercambio de información mediante medios informáticos entre dependencias oficiales [25]

La sanción de la ley 18.237 que estableció el uso de documentos electrónicos en el Poder Judicial trajo como consecuencia, entre otras, la posibilidad de la innovación en la práctica de las comunicaciones electrónicas.

Mediante la Acordada Nº 7691 de 14 de octubre de 2010, la Suprema Corte de Justicia dispuso que las comunicaciones cursadas entre las sedes y oficinas judiciales que se encuentran comprendidas en dichos planes, deberán efectuar y recibir las comunicaciones cursadas entre ellas, en los procedimientos jurisdiccionales mediante el Sistema de Comunicaciones Electrónicas. Se exceptúan del mismo, las comunicaciones que deben ser acompañadas de documentos en soporte papel.

Para ello, se establece que los documentos electrónicos a que se refiere tendrán un nuevo formato y se individualizarán de acuerdo a un nuevo sistema de Identificación Unica de Documentos (IUD).

El uso del sistema que es administrado por el Proyecto de Fortalecimiento del sistema Judicial Uruguayo estará a cargo de los Actuarios Secretarios en su caso, salvo que se trate de una sede jurisdiccional que no los tenga en cuyo caso queda a cargo del Juez.

La firma y libramiento de las comunicaciones electrónicas se regula en la Acordada Nº 7668.

El nuevo sistema de comunicaciones electrónicas comenzó a aplicarse desde el 25 de octubre de 2010, por lo que aún no se cuenta con datos suficientes acerca de su aplicación y resultados.

25 cf: Abal, A. ob.cit. pág.38, Melos L., ob.cit. pág. 799.

5.- LA TRAMITACIÓN GUIADA

Es otro de los objetivos del nuevo modelo de gestión y aún no ha sido puesto en práctica. Consiste en la asistencia en la tramitación de un expediente usando un workflow que posibilita la gestión con múltiples automatismos [26].

Requiere la especificación de cada uno de los procesos jurisdiccionales y administrativos legalmente previstos y la normalización de todos los documentos emanados de los despachos judiciales.

Este conjunto se define como "infraestructura jurídica"

La tramitación guiada posibilitará seleccionar las acciones correspondientes al estado de la tramitación y generar resoluciones a partir de textos normalizados. Asimismo, permitirá derivar automáticamente los trámites administrativos relacionados con dichos documentos y sus consecuencias: cómputo de plazos, disparadores de alarmas, cambios en el estado de la tramitación, cambios en el estado de los sujetos procesales

Para ello, los asuntos se agruparon según la estructura procesal legalmente prevista para cada uno y para cada asunto se especificó un flujo del proceso que, a su vez, se dividió en fases y subfases

Se diseñaron todas las estructuras procesales correspondientes a los asuntos que se tramitan ante las sedes judiciales (para todas las instancias y para todas las materias)

En la materia Civil en sentido amplio (Civil, Laboral, Familia, Contencioso Administrativo, Comercial) se identificaron 452 asuntos correspondientes a 22 estructuras procesales

Los objetivos perseguidos son múltiples y refieren a: a) la seguridad jurídica en la tramitación de cualquier asunto judicial que de esta manera no tendrá desvíos, b) la uniformización de los trámites entre las distintas sedes jurisdiccionales, c) la asistencia al Juez en la toma de decisiones, d) la reducción de los tiempos de tramitación y de elaboración de documentos, e) el seguimiento inmediato sobre la gestión para usuarios internos y externos y f) la obtención de indicadores confiables para evaluar la gestión de cada sede.

Resta aún proceder a su implantación que se efectuará en primer término en sedes y oficinas "piloto" ya designadas para verificar su operatividad y luego proceder a su extensión a las restantes sedes.

6.- LA CONSULTA VÍA WEB DE LA TRAMITACIÓN DE LOS PROCESOS

Desde hace cerca de una década se registra por medios informáticos los movimientos de un expediente judicial.

26 cf: Carrión, I, Landeira, R. en XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, IIa. Exposición de Justicia y Tecnología , Brasilia, 2007 (www. scjngob.mix)

Y, en base a ello, desde el año 2008, se ha instrumentado el servicio de consulta en línea de la tramitación de cada asunto por el usuario para conocer el estado de tramitación de los expedientes. En este sentido, cada interesado que disponga del número de identificación de su expediente puede, vía web, conocer toda la información que se registra en el sistema informático acerca del trámite de su asunto actualizada al último día hábil en las sedes incluídas en el sistema[27].

Además, se han instalado desde hace dos años terminales de autoconsulta del estado de la causa en el Edificio principal de Tribunales a las que los usuarios pueden acceder para obtener la información necesaria.

La enorme utilidad de la prestación de este servicio es indudable, porque facilita el acceso de los profesionales y las partes a la tramitación de su expediente, contribuyendo a la transparencia de la gestión y a su vez a lograr una menor concentración de público en las oficinas judiciales.

7.- DESAFÍOS PENDIENTES

Puede considerarse que se ha efectuado un importante avance en la introducción de mejoras significativas en la gestión judicial que se aproximan al objetivo de favorecer la transparencia y mejorar la eficiencia del sistema.

No obstante, quedan desafíos pendientes a lograr, entre los que podemos destacar : a) la introducción de instrumentos permanentes de conectividad entre dependencias del Estado de manera de facilitar y agilizar la remisión de la información que es requerida desde las sedes judiciales, b) el uso de otras herramientas tecnológicas en materia de registro de audiencias, c) la extensión de la implantación del nuevo sistema de gestión a todas las sedes judiciales de todas las materias, d) el seguimiento y planificación de la evolución del sistema para diseñar los ajustes y cambios necesarios, f) la capacitación de los recursos humanos del Poder Judicial y también de los profesionales del derecho que operan con este Poder del Estado en la utilización de los avances tecnológicos y, finalmente, la implementación del "proceso en línea" mediante la actuación remota de los operadores del sistema jurisdiccional que es la concreción más ambiciosa de la aplicación de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional [28].

27 La sedes incluídas en el sistema están enumeradas en la página web www.expedientes.poderjudicial.gub.uy e incluyen todas las sedes de la justicia no penal del Departamento de Montevideo y algunas del interior del país.

28 Cf: Ortells, M., "Incidencia de las nuevas tecnologías … .ob.cit. pág. 632.

CONGRUENCIA: ¿SU FLEXIBILIZACIÓN?

María Virginia Barreiro[1]

Sumario: I.- Introducción. II.- La congruencia. III.- La flexibilización de la congruencia. IV. La vigencia del principio de congruencia. V.- Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En la búsqueda de obtener una protección judicial efectiva han surgido diferentes opiniones en torno al alcance del principio de congruencia y a la posibilidad de que el decisor, frente a determinadas circunstancias y en determinadas hipótesis, pueda apartarse del mismo.

En el presente trabajo abordaremos la relevancia de este principio, su alcance y las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que se han manifestado en torno a su vigencia o posible flexibilización.

II. LA CONGRUENCIA

Siguiendo a Devis Echandía[2] entendemos que el principio de congruencia es uno de los principios más importantes del derecho procesal.

Este principio no obedece a razones formales sino que tiene relación con otros principios procesales, tales como, la igualdad de las partes en el juicio, el debido proceso y el principio dispositivo que rige nuestro proceso civil y que determina que son las partes quienes fijan el límite de la sentencia en función de la demanda y contestación.

Y precisamente, una de las garantías del debido proceso es el límite que debe tener el tribunal de no introducir alegaciones o cuestiones de hecho en forma sorpresiva, de forma que las partes no hayan podido ejercer su defensa[3].

1 Profesora de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

2 Devis Echandía, Hernando, Teoría General del Proceso, T. II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985, pág. 533 y 534.

3 Véscovi, E., de Hegedus, M., Klett, S., Cardinal, F., Simón, L. M., Pereira, S. en Código General del Proceso - Comentado, anotado y concordado, T. VI, Editorial Abaco, Buenos Aires, agosto de

En opinión de Devis Echandía[4] el principio de congruencia es una consecuencia lógica de la relación de jurisdicción como derecho y deber del Estado. Dice que la relación de jurisdicción comprende tanto la acción y la contradicción, como la pretensión y la excepción que en ejercicio de estos derechos se formulan al juez para determinar los fines mediatos y concretos del proceso, y de esta manera fija la materia sobre la que debe versar la sentencia.

En palabras de Guasp[5] la congruencia es "la conformidad que debe existir, entre al sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto. Es pues, una relación entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia misma, y, más concretamente, su fallo o parte dispositiva, y otro el objeto del proceso en sentido rigoroso…". Cuando deja de existir la relación entre los actos de proposición, el objeto del proceso y la sentencia, ésta se encuentra viciada de incongruencia.[6]

Ahora bien, ¿es la congruencia un principio absoluto? ¿Procede su flexibilización frente a determinadas condiciones o circunstancias? ¿Cuál es la posición de nuestra doctrina y jurisprudencia al respecto?

En las siguientes líneas intentaremos dar respuesta a estas interrogantes.

III. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA CONGRUENCIA

La doctrina argentina, fundamentalmente, ha estimado que en determinados supuestos debe admitirse la flexibilización del principio de congruencia.

Así, Mabel De los Santos[7] sostiene que en determinadas situaciones excepcionales corresponde acordar rango prevaleciente a un principio sobre otro.

¿Y por qué motivo propone esta flexibilización?

En opinión de la procesalista argentina las excepciones legisladas al principio de congruencia tienen por finalidad suministrar instrumentos al Juez para la correcta armonización de los principios y garantías vinculados al debido proceso.

2000, pág. 84.

4 Devis Echandía, ob. cit. Pág. 536

5 Guasp, J. Derecho Procesal Civil, TI, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pág. 517

6 Abal conceptualiza el principio de congruencia como "la regla de derecho positivo que impone la necesaria correspondencia de las sentencias con el objeto del proceso concreto para culminar el cual las mismas se dictan; correspondencia que consistirá en que no se deje de resolver sobre todo lo comprende ese objeto ni se resuelva sobre extremos nos comprendidos en él". Abal Oliú, Alejandro Estudios del Código General del Proceso, tomo II, pág 16, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

7 De los Santos, Mabel, Flexibilización de la Congruencia Civil, Muestreo Jurisprudencial , RUDP, 2/2008, pág. 195 y ss.

A su juicio, mediante la flexibilización de la congruencia, se procura asegurar la eficacia del proceso y la vigencia de la garantía de tutela efectiva en tiempo útil.

Agrega que en la enunciación de las condiciones del debido proceso y su vinculación con los principios procesales esenciales no corresponde incluir al principio de congruencia pues éste admite excepciones y en muchos casos debe flexibilizarse para asegurar lo que denomina "tutela efectiva en tiempo útil".

Afirma que: "No debemos olvidar que desde la perspectiva de la teoría de los valores, lo opuesto al orden no es el desorden, sino el ritualismo exacerbado (disvalor) al que no debe llegarse con la excusa de la seguridad; una cosa es la seguridad y la planificación ordenada y otra el ritualismo"[8].

Así, De los Santos cita como ejemplo de flexibilización la determinación de una suma indemnizatoria superior a la peticionada, cuando se ha sujetado el pedido a lo que en más o en menos resulte de la prueba. Cita también el caso de que se condene al pago de intereses que no fueron expresamente solicitados en la demanda, cuando se promovió una reparación integral de los perjuicios causados por el hecho ilícito.

En lo que refiere a nuestro ordenamiento jurídico advertimos que el Código General del Proceso contiene disposiciones que denotan una tendencia a flexibilizar el principio de congruencia.

Así, en sede de medidas cautelares el art. 313 faculta al Juez a apreciar la medida cautelar solicitada, pudiendo disponer una menos rigurosa, si resultara suficiente. Es decir, que no implicará incongruencia por extra petita si el Juez ordena la adopción de una medida diferente a la solicitada por la parte en su acto de proposición.

También se aprecia una aplicación menos rigurosa de la congruencia en el art. 257.2 del C.G.P.. En efecto, esta norma establece que para la segunda instancia, el Tribunal deberá pronunciarse sobre los intereses, daños y perjuicios y otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia.

En el caso, el texto legal, está habilitando al Juez a pronunciarse sobre aspectos que no estuvieron incluidos ni en los actos de proposición ni tampoco en el objeto del proceso.

Es decir, que el Tribunal puede resolver en términos diferentes a los solicitados por las partes en el proceso, ya sea para lograr la eficacia de una medida cautelar o para proteger a los litigantes, admitiendo que se condene al pago de los intereses posteriores a la sentencia o condenando al pago de los daños causados con posterioridad al dictado de la misma.

Sin duda en estos casos estaríamos ante una aplicación más laxa del principio de congruencia.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que en los casos citados, los poderes del Juez al fallar se encuentran limitados a los hechos denunciados por las partes.

8 De los Santos, ob. cit. Pág. 199

Si bien en dichos casos la ley admite que se falle en forma diferente a lo pretendido, ello tiene como límite la no modificación de la causa petendi.

A nivel doctrinario, en materia laboral, invocando el principio de irrenunciabilidad que ampara al trabajador, se ha postulado en cierto sentido la flexibilización de la congruencia, afirmando que el Juez puede fallar ultra petita e incluso extrapetita.

Con la sanción de la Ley No. 18.572 que regula un proceso laboral autónomo, se han incrementado las opiniones en dicho sentido.

Ello principalmente en función de que el art. 1º del texto legal[9], que regula los principios que informan el proceso laboral, no incluye precisamente el principio de congruencia, así como tampoco los de igualdad y debido proceso.

Varela Méndez[10] se ha mostrado partidario de aceptar el fallo ultra petita en el nuevo proceso laboral, a fin de evitar el cercenamiento de los derechos del trabajador, postulando "la laxitud de la congruencia en los procesos de trabajo".

Ha afirmado que: "En el procedimiento laboral podría admitirse la posibilidad de que los jueces fallen ultra petita. El origen de esta solución se encuentra en los casos en que por ignorancia, negligencia u olvido de los actores, se suple su omisión prescindiendo de sus respetivas peticiones, y pueda reconocérceles en la sentencia beneficios superiores a los solicitados, atendiendo al carácter especial de las disposiciones legales pertinentes, que revisten el carecer de interés público".

Concluye en que los jueces podrán condenar al empleador al pago de sumas mayores a las reclamadas, aunque, agrega, sin pronunciarse sobre puntos ajenos a la cuestión sino como complemento a lo pedido por el actor.

Por lo que, en aras de lograr la tutela de los derechos del trabajador, se estaría admitiendo que el empleador (actor) fuera condenado más allá de lo pedido – y por ende- más allá de lo resistido.

También se ha postulado la flexibilización del principio de congruencia en el marco de la aplicación de la Ley de Relaciones de Consumo, No. 17.250

El art. 31 del referido texto legal dispone que: "La inclusión de cláusulas abusivas, da derecho al consumidor a exigir la nulidad de las mismas y en tal caso el Juez integrará el contrato. Si, hecho esto, el Juez apreciara que con el contenido integrado del contrato éste careciera de causa, podrá declarar la nulidad del mismo."

En aplicación de esta norma se han emitido varios pronunciamientos de jurisprudencia en los que, pese a no deducirse pretensión anulatoria, igualmente el Juez, partiendo de la base que la norma es de orden público y que

9 Art. 1º de la ley 18.572: "Los procesos laborales se ajustarán a los principios de oralidad, celeridad, gratuidad, inmediación, concentración, publicidad, buena fe y efectividad de la tutela de los derechos sustanciales".

10 Varela Méndez, Edgar, Principios aplicables a los procesos laborales, Nuevas especialidades del Proceso sobre materia laboral, pág. 74, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010.

la inclusión de estas cláusulas provoca una nulidad absoluta, declara la nulidad.

Sin duda, en estos casos se advierte una evidente morigeración de la congruencia[11].

Así, el Juzgado Letrado de Primera Instancia de 12º Turno ha resuelto en varios pronunciamientos que no considera violación al principio de congruencia la declaración de nulidad aunque no exista invocación o petitorio expreso al respecto[12]. Se argumenta en estos fallos también que "El derecho procesal tiende a la efectiva protección de los derechos sustanciales, de acuerdo con el Art. 14 del C.G.P., y por lo tanto el mero prurito formal de que la parte no establezca en forma concreta un petitorio de nulidad emergente de la violación de una norma de orden público o de principios rectores del ordenamiento jurídico, no puede ser obstáculo para una solución de justicia intrínseca que debe animar el fallo judicial haciendo aplicables las leyes inderogables por voluntad de las partes"[13].

En base a esta interpretación jurisprudencial el juez puede relevar de oficio y declarar la nulidad del contrato aun cuando ninguna de las partes haya invocado tal nulidad ni solicitado su declaración y por tanto, tampoco haya sido incluida en el objeto del proceso.

IV. LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

En general, nuestra doctrina y jurisprudencia, se mantienen fieles a defender la plena vigencia del principio de congruencia.

La doctrina procesal ha considerado que si la sentencia contiene un pronunciamiento que excede el ámbito que determina la pretensión procesal, tal como la oposición a la misma lo delimita, se produce un supuesto de otorgar más de lo pedido y por tanto la sentencia es incongruente[14].

La sentencia puede estar viciada por incongruencia cuando resuelve cuestiones no aportadas por las partes al proceso, cuestiones ajenas a la litis, que no fueron solicitadas, lo que implica una infracción a la regla que establece la obligación de resolver en el marco de las pretensiones deducidas por las partes.

Ello en función de que el pronunciamiento sobre una cuestión no sometida a la decisión del tribunal provoca una situación de indefensión al no tener las

11 Sobre el punto véase el relevamiento jurisprudencial realizado por Santiago Pereira Campos en Principio de Congruencia y nulidad de las cláusulas abusivas, XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, pág. 318.

12 Véanse sentencias Nos. 55/05, 99/05 6 65/05 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 12 Turno publicadas en Cinco Años de Jurisprudencia sobre Relaciones de Consumo Ley No. 17250, Seleccionada, Sistematizada y comentada por Santiago Pereira Campos y Jaime Berdaguer Estrader, IMPO, Montevideo 2006, pág. 46

13 Pereira Campos y Berdaguer en Cinco años de Jurisprudencia…pág. 46.

14 Guasp, ob. cit. pág, 517.

partes oportunidad de pronunciarse acerca de todos los aspectos que abarca la sentencia.

Véscovi y colaboradores han expresado que la sentencia es incongruente cuando se modifica la causa de pedir, esto es, cuando la sentencia altera los hechos relevantes alegados por el actor y la calificación jurídica invocada, destacando que la incongruencia no se produce por un cambio del punto de vista jurídico, siempre que el juez observe el más absoluto respeto por los hechos que son los únicos elementos que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes[15].

En general, nuestros tribunales han entendido que debe existir una exacta relación entre lo que se pidió en la demanda y contestación y la sentencia y entre aquellas y la expresión de agravios, pues no se pueden modificar los términos del contradictorio.[16]

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia, a la hora de pronunciarse acerca de la congruencia, evalúa fundamentalmente, la observancia de los principios de igualdad y debido proceso, analizando si la sentencia violentó un principio esencial que apareje indefensión.

Así, entendió que resultaba casable por incongruente la sentencia que condenó al pago de una indemnización fundándose en el art. 1847 del Código Civil, cuando esta pretensión no había integrado el objeto del proceso por no ser pretendida en el libelo inicial, ya que se había reclamado únicamente la resolución del contrato y el pago de la multa[17].

En otro pronunciamiento consideró incongruente la sentencia que había acogido la demanda de despido indirecto por falta de pago del correcto salario vacacional, cuando el promotor había apoyado su reclamo en un fundamento fáctico diverso como la falta de pago de horas extras y limitación funcional. La Suprema Corte sostuvo que se violó el principio de congruencia recogido por el art. 198 del CGP, desde que la sentencia de segunda instancia varió la *causa petendi*, acogiendo una causal de despido no esgrimida por el reclamante[18].

Y estimó que resulta incongruente la sentencia que se expide sobre un rubro laboral no reclamado en la demanda, en el caso, la realización de trabajo en días de descanso, en virtud de que se prescinde de la relación que debe existir entre pretensión y decisión; concluyendo que de esta manera se modificó la *causa petendi* y se quitó a la demandada la posibilidad de esgrimir una defensa adecuada[19].

15 Véscovi, E., de Hegedus, M., Klett, S., Cardinal, F., Simón, L., Pereira, S., en Código... cit., Tomo VI, pág. 98 y ss.

16 Entre otras muchas pueden verse las siguientes sentencias: TAC 2, Brito del Pino, Sasson, Chediak, S. 36/98, RUDP 3/1999, c. 801, TAC 1º Parga, Gutiérrez, Cafasso, S. 93/98, RUDP 3/1999, c. 798 y 799

17 SCJ, S. 61/2006, RUDP 2/2007, c. 1171.

18 LJU, c. 13023.

19 LJU, suma 129031, t. 129, año 2004.

En lo que refiere al nuevo proceso laboral, Klett[20] se pronunció a favor del acatamiento del principio de congruencia.

Así expresó que en la medida en que la actividad probatoria del tribunal ha de versar sobre los hechos objeto de la controversia, no puede concluirse que la ley se apartó de la regulación adjetiva y general del CGP, que consagra el principio de congruencia.

En su opinión, la frase final del inc. 2 del art. 1 del texto legal, debe entenderse e interpretarse en el contexto de lo preceptuado por la misma norma que refiere indudablemente a que la iniciativa probatoria deberá versar sobre los hechos objeto de la controversia. Considera por tanto que el art. 350. 3 del CGP se encuentra vigente lo que dice "echa por tierra toda posibilidad de fallo ultrapetita".

En defensa de la aplicación del principio de congruencia también se pronunció Uriarte[21] quien, analizando el denominado proceso laboral de "menor cuantía", ha dicho que la sentencia definitiva que pone fin al mismo debe cumplir con lo dispuesto por el art. 198 del C.G.P.

Podríamos decir entonces que el principio de congruencia se encuentra vigente en el nuevo ordenamiento procesal y el hecho de que no haya sido incluido entre los principios que informan el proceso laboral no implica que no deba ser respetado.

Ello porque la congruencia es una consecuencia directa del debido proceso, siendo éste un principio de rango constitucional y por tanto resulta aplicable a toda clase de proceso. Además, del inc. 2º de la ley, que regula las potestades probatorias del Tribunal, surge que esta potestad está limitada a los "hechos objeto de controversia", lo que implica que no podrán introducirse por parte del Tribunal hechos al proceso.

Y como dice Simón[22] la solución legal tiene la virtud de precisar que permanecen vigentes el principio dispositivo y su corolario de congruencia en cuanto a la introducción de hechos al proceso laboral, porque las potestades inquisitivas han de ejercerse sobre los hechos controvertidos y quienes controvierten son las partes.

También se considera vigente el principio en análisis en el ámbito de los procesos que regula la Ley de Relaciones de Consumo.

En tal sentido se pronunció el Tribunal de Apelaciones de 5º Turno[23] en sentencia 22/02, por la que se rechaza un recurso de apelación que pretendía la declaración de nulidad amparada en esta ley por no haberse deducido la pretensión en la etapa procesal oportuna, por lo que no había sido objeto de la instancia anterior y expresamente señaló que "Siendo así, es claro que el

20 Klett, Selva, Proceso Ordinario en Nuevas especialidades del Proceso sobre materia Laboral, pág. 192. Igual posición postula Stipanicic pág. 92.

21 Uriarte, Gonzalo, El proceso de menor cuantía en Nuevas especialidades del proceso sobre materia laboral, pág. 209, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010.

22 Simón, Luis, Régimen de plazos y potestades de instrucción del tribunal y procedimiento probatorio en la ley 8572 en Nuevas…, pág. 122.

23 Sentencia No. 22/2005 citada en Cinco años de Jurisprudencia…,pág 149.

principio de congruencia que debe regir el contenido de esta decisión impide que ella se asiente en fundamentos tardíamente incorporados".

Pereira Campos y Berdaguer[24] manifiestan que la aplicación irrestricta de la solución propiciada por parte de la jurisprudencia -es decir, que se pueda declarar la nulidad del contrato aun cuando ninguna de las partes lo ha pedido-, puede llevar a casos extremos de que al solicitarse el cumplimiento del contrato, se termine resolviendo por nulidad absoluta y sin pedimento de parte, es decir, de oficio.

En opinión de Pereira Campos[25] la nulidad debiera surgir de los hechos alegados y de las pruebas ofrecidas por las partes.

V. CONCLUSIONES

Pretendiendo dar respuesta a las preguntas que al inicio de este trabajo nos planteamos, podríamos concluir que, si bien la congruencia no es un principio absoluto, se debería ser extremadamente cuidadoso a la hora de su flexibilización, realizándose una interpretación racional del mismo, respetando siempre el ejercicio del derecho de defensa.

Como expresa de Hegedus[26] no hay dudas en que debe postularse la efectiva tutela de los derechos que se hacen valer en juicio, y que el derecho procesal es un derecho instrumental al servicio de los derechos sustanciales; pero todo ello sin dejar de tener en cuenta que los derechos de ambas partes en juicio constituyen un equilibrio a veces difícil de precisar conceptualmente y que deberá analizarse en cada caso concreto, apelando a la necesaria aplicación del principio de razonabilidad.

En la búsqueda de satisfacer los derechos sustanciales no podemos quebrantar las garantías del debido proceso y sus corolarios de igualdad y contradicción.

A nuestro juicio no sería admisible modificar la pretensión, condenándose en forma más gravosa por un rubro reclamado en una demanda laboral o declarando la nulidad del contrato sin que la misma haya sido promovida, ya que de este modo se incorporarían al proceso circunstancias de hecho no planteadas oportunamente en los actos de proposición inicial, y por ende tampoco incluidas en el objeto del proceso, lo que vulneraría el principio de igualdad.

Y ello es así porque el demandado define su defensa de acuerdo .a las pretensiones deducidas en la demanda y no podemos pretender que ensaye argumentaciones que no fueron introducidas por su contrario, protegiendo al actor que fue omiso o negligente.

24 Ob. cit. Pág. 47.

25 Pereira Campos, Santiago, XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal…, pág 327.

26 De Hegedus, Margarita, Principio de Congruencia. Su aplicación en las distintas instancias de los procesos civiles y penales. RUDP, 1/2006, pág. 31.

EL PROCESO ORAL Y LA GARANTÍA DE LA DOBLE INSTANCIA

Santiago Labat – María Belén Robles[1]

El presente trabajo tiene por finalidad analizar la experiencia del Uruguay en la aplicación del Código General del Proceso pasados los 20 años de su vigencia, en lo que tiene específica relación con el recurso de apelación y la garantía de la doble instancia en el proceso ordinario en materia civil.

A) REGULACIÓN LEGAL

Como punto de partida corresponde destacar que el artículo 22 del Código General del Proceso[2] establece la garantía genérica de la doble instancia, garantía que en el Derecho uruguayo no se encuentra recogida en la Constitución a texto expreso, motivo por el cual muchos autores han considerado que la regla del debido proceso en Uruguay se integra con la posibilidad de la impugnación, pero no necesariamente mediante el medio recurso de apelación[3].

La regulación propia del recurso de apelación se encuentra en los artículos 248 a 261 del Código. Nuestro legislador optó por un sistema de apelación revisiva y limitada a error o agravio producido por la sentencia sin que opere la reproducción de la instancia y para cada una de las tres específicas estructuras

1 Docentes de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

2 Artículo 22.3 del CGP: ***"Todo proceso tendrá dos instancias, excepto aquellos que la ley establezca, expresamente, que tramitarán en única instancia".*** En nuestro Derecho se conocen dos importantes excepciones legales al principio, los procesos laborales de menor cuantía **(Ley 18.572, arts. 19 a 23)** y procesos ante la Jurisdicción de Paz Rural (**Art. 74 de la Ley Orgánica de los Tribunales, N° 15.750)**.-

3 Se trata de la tradicional posición de la Suprema Corte de Justicia, sin perjuicio de la cual, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos ratificada por la Ley de Amnistía 15.737 (art. 15) - Pacto de San José de Costa Rica - en su art 8vto. Núm. 2) Lit. h), prevé: *"derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior"*.-

procesales principales previstas – *proceso ordinario, extraordinario y monitorio de conocimiento* - se consideraron especialidades según sus diferencias.

También, el proceso de ejecución y otros procesos especiales regulados por el Código tienen soluciones específicas en cuanto a este recurso.

En esta oportunidad se realizará un análisis de la forma en que se organizó el recurso en la parte general – *con especial referencia a las providencias interlocutorias del juicio ordinario de conocimiento* - .

En cuanto refiere a las providencias apelables, el recurso procede tanto contra sentencias definitivas como contra sentencias interlocutorias, en sus dos variables, aquellas que hacen posible que el proceso continúe como aquellas que hacen imposible su prosecución, que en la nomenclatura legal y la jerga nacional, reciben el nombre sentencias *interlocutorias simples* e *interlocutorias con fuerza de definitivas*.[4]

El Código General del Proceso -siguiendo al Código Modelo para Iberoamérica[5]- instauró un proceso ordinario mixto con actividad preponderantemente oral – *salvo la etapa de proposición* – que en su mayoría se realiza en las audiencias preliminar y complementaria. Esto provoca que en lo referente al recurso de apelación corresponda la distinción entre el sistema previsto para las sentencias interlocutorias y el previsto para la sentencia definitiva[6].

Así, la apelación de las *sentencias definitivas* se realiza en acto único y por escrito dentro de los quince días hábiles posteriores a audiencia de lectura de sentencia y la apelación de *sentencias interlocutorias dictadas en audiencia*, se efectúa, en dos momentos y por dos actos diferenciados y separados en el tiempo: primero, el anuncio del recurso en la oportunidad del dictado de la resolución como requisito de admisibilidad [7]; y segundo, la exposición de los fundamentos del recurso – *la exposición de agravios* – que puede verificarse, bien, dentro de los seis días hábiles, bien, al deducir recurso de apelación contra la sentencia definitiva.

---

4 La regulación específica de la que se extraen los principios generales enunciados surge de los textos de los **Arts. 250, 251 y 252** del Código General del Proceso.

5 Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.- "El CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA", FCU. Tercera Edición, Montevideo, abril 1999.-

6 Cf. Véscovi, Enrique; Torello, Luis; y Gelsi Bidart, Adolfo, en "Antecedentes".- Exposición de Motivos del Código General del Proceso, pàg. 30, 5ª edición actualizada, FCU, 1997.

7 RUDP 2-3/94 C. 310: "Es requisito formal de admisibilidad para el recurso de apelación de sentencias interlocutorias dictadas en audiencia que se anuncie la apelación en dicha audiencia según lo dispone el art. 254 inciso 2 del CGP.
Entiende el tribunal que ello es coherente con la finalidad perseguida por el CGP: la celeridad con las debidas garantías, dadas en el caso porque la parte que está convocada a audiencia sabe que en ella puede dictarse sentencia interlocutoria, y la celeridad se obtiene ya que en la medida en que no se anuncie el recurso en dicha audiencia es posible seguir adelante el proceso sin dilatoria alguna.
Por otro lado, se quebraría el principio de igualdad procesal si se admitiera que por el hecho de faltar a la carga de comparecer el inasistente estuviere en mejor situación que el que si asistió y pudiere apelar dentro del sexto día pese a haber omitido el anuncio del recurso. (en el mismo sentido RUDP 2-3/1994.- C. 317 Pág. 251;2-3/1994, C. 328 al 332 Pág. 253 ;3/1995, C.314 Pág. 384; 3/1996, C. 274 Pág. 486, C. 275 Pág. 486; 3/99, pág. 467, c. 238, pág. 469, c. 247, c. 248; 4/2002, C. 422 Pág. 582, c.433, Pág. 583, C. 432 Pág. 640, C. 448, Pág. 643)

Uno y otro caso varían según cual sea el efecto que corresponda darle a la interposición del recurso[8].

Finalmente, el recurso de apelación de las *sentencias interlocutorias dictadas fuera de audiencia*, - al igual que como sucede con las sentencias definitivas- se realiza por acto único y por escrito, dentro de los seis días hábiles a partir del siguiente a su notificación.

Sobre la presencia del interés, vale destacar que para poder deducir recurso, es necesaria la existencia de un ***agravio presente y no eventualmente posible o si quiera implícito.*** Sobre el punto aún cuando existen diferencias en algunos tribunales, en su mayoría y sobre todo la Suprema Corte de Justicia, se han pronunciado en contra del mentado agravio ***"eventual"*** [910].

Asimismo, tanto para la apelación de la sentencia definitiva como para la apelación de las sentencias interlocutorias, el Código previó el instituto de la adhesión a la apelación por parte de quienes - *con el interés identificado por el motivo de sucumbencia* - optan por aprovechar la vía impugnativa que abre el traslado del recurso de apelación de su contrario o en todo caso, de cualquier otro litigante con interés opuesto al suyo[11].

Finalmente en lo que refiere a los efectos del recurso con respecto a la eficacia de la sentencia apelada, se presentan, además del natural del instituto, el simplemente devolutivo *"tantum devollutum quantum apellatum"*, dos posibles soluciones.: aquella que significa la suspensión de la eficacia de la sentencia y aquella que, por el contrario implica la aplicación de la sentencia y su simultánea o posterior revisión en alzada.

---

8 **Art. 254** del Código General del Proceso: Num. 2) "Si se tratare de providencia pronunciada en audiencia, deberá anunciarse la apelación en ella e interponerse y sustanciarse dentro del plazo indicados en el numeral anterior (seis días)"; Num. 3) "Si se tratare de providencia pronunciada en audiencia y procediere la apelación con efecto diferido, el recurso se interpondrá en la propia audiencia procediéndose en lo demás, según lo dispuesto en el artículo 251, numeral 3° (expresión de agravios al interponer el recurso de apelación contra la sentencia definitiva)".

9 Aún cuando existen posiciones encontradas, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia participa de la tesis expuesta, una reseña actualizada sobre el punto puede encontrarse en ***PERERA Jorge Carlos en Apelación y Segunda Instancia Proceso Civil y Penal*** 2da. Edición Actualizada, Diciembre de 2009 AMF, Pág. 58 y ***Sentencia No. 1334/2010 de la Suprema Corte de Justicia:*** *"Se cuestiona la decisión de la Sala en cuanto aplicó, en mayoría la teoría del agravio eventual. Será recibida la impugnación; se comparte el criterio sustentado en la discordia, por cuanto no correspondería, conforme a derecho, que la parte actora interpusiera recurso de apelación ni adhesión a la apelación respecto a un pronunciamiento que no le causaba ninguna agravio, dado que había condenado a la parte demandada por el total de la suma reclamada en la demanda. Exigirle a la parte gananciosa en un juicio, cuya sentencia es apelada por el perdidoso que adhiera a la apelación para el caso eventual que sea revocada en su perjuicio,* ***implica un exceso. . ."*** *(destacado de los suscritos).*

10 En contra de la posición adoptada por la Suprema Corte de Justicia en el fallo citado puede considerarse la posición recogida en "Algunos temas de interés en el área de los medios impugnativos", RUDP 2/05, págs. 372 a 376 y Scia. N° 214/2007 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno C. 956 en RUDP 1-2/2009.-

11 El concepto de co - parte con interés distinto se elaboró a nivel doctrinario y jurisprudencial para salvar la dificultad de la letra del art. 253 del CGP que refiere a "la contraparte". Se ha considerado que la co-parte no puede adherir de forma independiente a su codemandado. RUDP 3/97 C. 358; RUDP 3/99 C.317; RUDP 4/2000 C.554 y RUDP 4/03 C.104. En ese sentido resulta ilustrativa la Discordia del Ministro Marabotto, Jorge, en Scia N° 138/97 de la S.C.J.

Esto último determina a su vez, una subdivisión de esta variable en dos, el efecto no suspensivo propiamente dicho y el efecto diferido, esto es, condicionado a la apelación de la sentencia definitiva del proceso en el que la sentencia interlocutoria apelada se dictó.

En lo referente al punto, desde la aprobación del Código a la fecha, no ha habido dudas de aplicación – *ni de interpretación* - en lo siguiente:

1. que salvo alguna aislada excepción[12], la *sentencia definitiva* se apela con efecto suspensivo, así como también acontece con las *sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas*;
2. que las sentencias interlocutorias simples, únicas apelables con efecto diferido, siguen además las siguientes reglas:
   i) la apelación de las sentencias interlocutorias que no ponen fin al proceso tendrá o bien, efecto no suspensivo cuando se trata de interlocutorias simples y no existe a su respecto otro tipo de efecto previsto en la Ley;
   ii) o tendrá efecto diferido, cuando se trate de aquellas que resuelven sobre medios probatorios, deciden incidentes o sobre las excepciones opuestas, siempre que no se trate de las excepciones de prescripción, caducidad, transacción, cosa juzgada e incompetencia[13]

En nuestro sistema la asignación del efecto la hace el Juez al momento del franqueo de la alzada y ésta asignación está regulada en el Código, no obstante, como se verá a continuación por fuera de esas dos evidentes conclusiones impuestas por la lógica, poco hay de certeza sobre la aplicación de uno u otro de los efectos cuando se trata de la apelación de sentencias interlocutorias.

Fuera de los dos principios reseñados y de los que de éstos pueden extraerse, tanto como de lo dispuesto por las normas generales, la aplicación actual de los efectos que corresponde asignar a la apelación de las sentencias interlocutorias verificadas dentro del proceso ordinario, ha significado complicaciones prácticas de tal magnitud que hacen del proceso ordinario – *en algunas hipótesis* – una herramienta poco eficaz para la solución del conflicto, en una duración razonable[14].

Es aquí entonces donde conviene detenerse y revisar hasta qué punto la regulación legal del recurso de apelación realizada en el Código General del Proceso – *resultado de los estudios de la mejor doctrina de su tiempo en Iberoamérica* - ha permitido una real eficacia de la garantía de la doble instancia.

Así, como en el proceso ordinario la actividad realizada tanto en la etapa de proposición como en la audiencia preliminar tiene singular trascendencia

12 Sentencia definitiva en el proceso de AMPARO Ley 16.011 y estructuras asimiladas como ser las de las Leyes 17.940, 18.331 y 18.381 entre tantas otras de muy reciente vigencia.

13 Los artículos 147, 221 y 342.2 del Código General del Proceso establecen a texto expreso que la regla para el efecto de la apelación de ese tipo de providencias interlocutorias.

14 Un *"proceso de duración razonable"* principio rector contenido en el Art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica y en el art. 11 del Código General del Proceso siguió el Código Modelo de Procesos Civiles para Iberoamérica,.-

porque determina la litispendencia – *litiscontestatio* – y a través del despacho saneador, se despeja el panorama para liberar al Juez de cuestiones ajenas al tema central de la discusión de mérito; la claridad en cuanto a la aplicación de uno u otro efecto del recurso de apelación de las sentencias interlocutorias se hace imprescindible.

B) EXPERIENCIA EN EL URUGUAY

El hecho de que el Código haya previsto una solución general para los efectos del recurso de apelación según los diferentes tipos de sentencias y otra particular muchas de las veces que se regula cada una de esas específicas sentencias interlocutorias del proceso ordinario ha generado en la práctica múltiples dificultades de aplicación.

A continuación se detallarán, los principales puntos que han representado dificultades tanto de interpretación como de aplicación y los motivos por los cuales las soluciones no han sido claras.

a) La sentencia que admite la incorporación de hechos nuevos fundantes de la pretensión con posterioridad a la conclusión de la etapa de proposición y anteriores a la conclusión de la causa para el dictado de sentencia.

En muchos de estos casos, aún cuando la posibilidad de alegación de hechos nuevos se encuentra prevista en el artículo 341 Num1° del Código General del Proceso como primer actividad posible de la audiencia preliminar, se ha considerado que la incorporación del hecho nuevo constituye un incidente y consecuentemente a la apelación de la resolución que decide su incorporación o no se le ha otorgado efecto diferido. Igual es la solución adoptada frente a la posibilidad de incorporar hechos nuevos, pretensión incidental planteada fuera de audiencia.[15].

Sobre el punto, es posición de esta parte y de un sector de la jurisprudencia, que todo aquello que se encuentre previsto como posible actividad procesal integrante de la estructura del juicio ordinario no debe considerarse incidental desde el punto de vista estructural y por eso la regla con respecto a su apelación debería ser la de la apelación con efecto no suspensivo, como acontece en general con las sentencias interlocutorias simples. Es además, la solución a que la lógica obliga por cuanto no tiene sentido discutir acerca de la incorporación del hecho nuevo cuando ya finalizó un juicio y eventualmente retrotraer la actividad realizada que es dependiente de su incorporación[16].

15 Sentencia Nº 157/2007. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º turno. 01/08/2007.

16 Sobre el punto puede verse una notable evolución en nuestra doctrina desde los estudios de VIERA y TEITELBAUM en el año 1992 en las VIas. JORNADAS de DERECHO PROCESAL 11 y ss. y 23 y ss. respectivamente, así como en Vescovi "*El PROCESO CIVIL"* Tomo 6 y en la obra del Prof.

b) Las providencias dictadas en ocasión de la incomparecencia a la audiencia preliminar.

En Uruguay, el nuevo Código, a los efectos de jerarquizar la actividad realizada en la audiencia preliminar, dispuso que la inasistencia injustificada del actor a la misma fuera castigada con el tenérselo por desistido de la pretensión y en el caso del demandado, una solución similar, teniéndoselo por desistido de la oposición a la pretensión del actor[17]. Sanciones que, aún cuando han sido aplicadas durante estos veinte años con elogiable ponderación por parte de nuestros jueces, merecen la más dura de las críticas, en tanto constituyen un verdadero obstáculo a la búsqueda de la justicia como solución del conflicto y a la averiguación de la verdad como fin del proceso que es su herramienta.

El hecho de que en algunas hipótesis, la falta de justificación de la incomparecencia a la audiencia preliminar implique que se dicte inmediatamente una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva, no quiere decir que la sentencia que resuelva el incidente acerca de esa misma justificación sea apelable con efecto suspensivo.

En la medida que se trata de la resolución de un incidente – *abierto por ejemplo por el asunto relativo a la justificación de la incomparecencia a la audiencia o por el pedido de sanciones al incompareciente* – es de toda evidencia que su apelación debería ser diferida a la apelación que, tras resolver ese punto, decidió o no aplicar la sanción correspondiente y por ende, el efecto correspondiente a la hipótesis, sería el diferido o en todo caso el no suspensivo, si finalmente la solución habilita a que el proceso continúe – por no haberse aplicado sanción alguna, etc.

Claramente no se trata de sentencia definitiva ni de interlocutoria que ponga fin al proceso, no obstante ello y lo expuesto precedentemente, algunos autores han sostenido que el efecto suspensivo debería considerarse de principio para la hipótesis y la jurisprudencia es asimismo vacilante[18]

PERERA en Op. Cit. Pág. 113 y a nivel de la Jurisprudencia resulta paradigmático el Caso N° 935 en RUDP 1-2/2009 Pág. 500 y 501.-

17 El ART. 340 CGP regula el punto en cuestión, que en puridad se trata de la admisión de los hechos formulados en la demanda por el contrario, anulando así la controversia, salvo la prueba ya producida en autos.

18 Por ej. Greif, Jaime en VIas. Jornadas de Derecho Procesal en Pág. 177 y Casos 943 en RUDP 1-2/2009 Pág. 499. LJU Suma 138015. Tomo 138. Año 2008.

c) Apelación de la sentencia que resuelve sobre las excepciones previas y el llamado "Despacho saneador"[19].

c.1.- Resolución sobre excepciones.-

Existe en nuestro país una discusión a estas alturas clásica acerca del efecto de la apelación de la sentencia que resuelve las excepciones, en la que la brevedad del presente trabajo impide profundizar.

En lo que refiere a este análisis se dirá – *como lo sostiene la mayor parte de la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Apelaciones* – que por aplicación de la solución del artículo 342.2 párrafo primero, la sentencia que resuelve las excepciones es apelable siempre con efecto diferido, salvo las siguientes hipótesis:

a) el objeto de la sentencia, es decir, la excepción, sea una de las siguientes: *"Incompetencia del Tribunal"*, *"Prescripción"*, *"Caducidad"*, *"Cosa Juzgada" y "Transacción"*; hipótesis que por imperio del artículo 342.2 inciso 2º del CGP serán apelables con efecto suspensivo. Aún así, dentro de esta hipótesis, se presentan problemas a la hora de conceder el efecto dependiendo de si:
   i. la sentencia interlocutoria actúa alguna de las defensas –excepciones- mencionadas;
   ii. la sentencia interlocutoria desestimada, rechaza o no recoge la excepción o excepciones planteadas.

   En este sentido, la Jurisprudencia oscila entre la postura que sostiene que el efecto suspensivo no depende del contenido de la resolución y aquella que entiende que el efecto con el que se concede el recurso, si dependerá del contenido de la resolución, en el entendido de que aquellas sentencias interlocutorias que desestimen las excepciones planteadas (artículo 133 numerales 1°, 7° y 8°) admitirán la apelación con efecto diferido y no suspensivo[20].
b) cualquiera sea el objeto de la misma, obste a la prosecución del proceso, en el sentido que pone fin al proceso y hace imposible su continuación.

19 Está previsto en el artículo 341 NUM 5° del CGP y tiene un amplio contenido: "Dictado de sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso para resolver los problemas planteados por las excepciones procesales propuestas o las nulidades denunciadas o las que el tribunal hubiere advertido y decidir, a petición de parte o de oficio, todas las cuestiones que obstaren a la decisión de mérito incluyendo la improponibilidad de la demanda y la legitimación en la causa cuando esta sea definible al comienzo del litigio,. . .", en el apartado se analizan cada una de las sentencias interlocutorias posibles.

20 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno, sentencia 139/2008, del 18/06/2008 (efecto diferido a la apelación de la sentencia que rechazó la excepción de prescripción); Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, sentencia 30/2009 del 18/03/2009 (considera mal franqueado el recurso con efecto suspensivo de la apelación a la sentencia que desestima la excepción de caducidad); La Justicia Uruguaya, Caso 14430, Tomo 126, Año 2002; Caso 14227 al 14229, Tomo124, Año 2001; Caso 12027, Tomo 104, Año 1992; Caso 14373, Tomo 125, Año 2002;

c.2.- Resolución sobre las nulidades denunciadas o las que el Tribunal hubiere advertido.

Como con anterioridad se ha apuntado, respecto de estas nulidades el medio de sustanciación previsto sería precisamente la actividad propia de la audiencia preliminar, por lo cual tampoco esta sentencia puede ser considerada como resolutoria de un incidente – *salvo cuando, en oportunidad de la audiencia, la resolución resuelva uno ya planteado* –.

Por ello, correspondería la aplicación de los principios generales y consecuentemente, la sentencia que declara una nulidad y que por tanto clausura el proceso obstando a la prosecución del mismo, habría de ser apelada con efecto suspensivo; mientras que la que no lo haga será apelable con efecto no suspensivo o utilizando la denominación más bien clásica *"al sólo efecto devolutivo"*.

c.3.- Decidir a petición de parte o de oficio todas las cuestiones que obstaren a la decisión de mérito incluyendo la improponibilidad de la demanda y la legitimación en la causa cuando esta sea definible al comienzo del litigio.

El texto es un tanto reiterativo de otras disposiciones del mismo Código en cuanto refiere a cuestiones que pudieron haber sido manifestadas por las partes como contenido de las excepciones, no obstante, se entiende que persigue la finalidad de destacar el *poder – deber* del Juez de relevar de oficio la falta de presupuestos procesales (Cfe. Art. 24.1 y 133 in fine), así ocurre en la práctica, por ejemplo: en la materia contencioso-administrativa con el *"agotamiento de la vía administrativa"*;con las diversas interpretaciones del art. 312 de la Constitución; así como también en las hipótesis de prejudicialidad previstas en el artículo 305 CGP (ejemplo autorización prevista en el artículo 1295 del Código Civil) [21].

En estas hipótesis es claro que si lo resuelto por la sentencia *"obsta a la prosecución del proceso"* la misma será apelable con efecto suspensivo y si no, lo será con efecto no suspensivo. En lo demás, no existe otra variante para la resolución puesto que se trata de una facultad del oficio de la cual se hace uso o no. Si la parte pretendió hacer valer la ausencia de un presupuesto, una nulidad o una excepción de las previstas en el 133, lo debió hacer en su oportunidad y en todo caso si así lo hizo la apelabilidad de la sentencia que acoge o desestima se resuelve por los dos efectos anteriores y siempre según la forma en que sustanció la cuestión.

21 A.D.C.U. Tomos XXX Caso 45, XXXIII caso 41 y XXXVII Caso 60, entre otros.

d) La sentencia que fija en forma definitiva el objeto del proceso.

Por antonomasia, la sentencia que delimita el objeto del proceso es una interlocutoria simple y por ende es apelable siempre con efecto no suspensivo, dado que es el efecto de principio (Cfe. arts. 251.2 y 252.2). No obstante ello, nuestra jurisprudencia ha sostenido en repetidas oportunidades que la resolución que disponga la restricción o reducción del objeto del proceso debería ser apelable con efecto suspensivo, en la medida que la ausencia de certeza sobre la amplitud de la litis obstaría la prosecución del proceso. En ese mismo sentido actualmente se encuentra en análisis del Parlamento un proyecto de modificaciones al Código General del Proceso que contiene precisamente la solución de esa posición jurisprudencial[22] .

e) La sentencia interlocutoria que sustituye o levanta la medida cautelar.

Si bien el punto se encuentra regulado específicamente en el artículo 315.3 del Código General del Proceso, que se pronuncia por el efecto no suspensivo,

22 RUDP 4/2005 - C. 482 respecto de la citación del tercero, TAC 2° S. 155/2004 y el caso 489 en RUDP 4/2005 y su relación con solución de la reforma al CGP propuesta en oportunidad de los 15 años de vigencia, por la iniciativa de la Suprema Corte de Justicia.
Proyecto del Art. 342:
"Art. 342. Resoluciones dictadas en la audiencia-342.1 Las resoluciones dictadas en el curso de la audiencia admiten recurso de reposición, que deberá proponerse en la propia audiencia y decidirse en forma inmediata por el tribunal (artículo 246).**342.2 Salvo disposición expresa en contrario, las sentencias interlocutorias dictadas en audiencia admiten recurso de apelación con efecto diferido, conforme con lo dispuesto por el artículo 251.3.La sentencia interlocutoria que admita totalmente las excepciones de litispendencia, prescripción, caducidad, cosa juzgada y transacción y que, además, ponga fin completamente al proceso, admitirá recurso de apelación con efecto suspensivo, que deberá anunciarse en la propia audiencia e interponerse conforme con lo dispuesto en el artículo 254 numeral 2º.La sentencia interlocutoria que ampare la excepción de incompetencia será apelable con efecto suspensivo. Toda otra sentencia interlocutoria que ponga fin totalmente al proceso principal admitirá recurso de apelación con efecto suspensivo. La resolución que restrinja el objeto del proceso o de la prueba será apelable sin efecto suspensivo. En caso de litisconsorcio, la sentencia interlocutoria que, al amparar las excepciones de incompetencia, litispendencia, caducidad, prescripción, cosa juzgada y transacción, tenga como resultado la exclusión de uno o más de los litisconsortes, será apelable con efecto suspensivo. Si ese resultado se provocare por la resolución de cualquier otra cuestión, el efecto del recurso de apelación será suspensivo. Si por su contenido, la sentencia interlocutoria fuere apelable con efecto suspensivo y con otro efecto diferente, el recurso se interpondrá y tramitará con efecto suspensivo.342.3** Si la sentencia interlocutoria acoge la excepción de litispendencia, ordenará el archivo del expediente. Si acoge la excepción de defecto legal, la parte subsanará los defectos en la propia audiencia, de lo cual se dejará constancia en acta resumida y se continuará con el acto, otorgándose al demandado oportunidad para complementar su contestación, atendidas las aclaraciones o precisiones formuladas por el actor. Si acoge las excepciones de falta de capacidad o de personería, **se suspenderá la audiencia por el plazo que determine el tribunal** para subsanar el defecto, bajo apercibimiento de tener por no presentada la demanda. 342.4 Se dictará una sola sentencia, la cual decidirá todas las excepciones previas saneando el proceso, salvo que el tribunal se declare incompetente, en cuyo caso no resolverá otras cuestiones.**342.5** Resueltas todas esas cuestiones**, delimitados el objeto del proceso y el de la prueba y ordenado el diligenciamiento de los medios probatorios, se recibirán éstos,** total o parcialmente, y cuando sea necesario, **se dispondrá** una audiencia complementaria. 342.6 Si la prueba se hubiere diligenciado totalmente o se resolviere prescindir de la aún no diligenciada o el asunto fuere de puro derecho, se pasará a oír las alegaciones de las partes y a dictar sentencia, conforme con lo dispuesto por los ordinales 6 y 7 del artículo siguiente. 342.7 Las manifestaciones del tribunal en esta audiencia y en cuanto ordenadas al cumplimiento de las actividades previstas, en ningún caso significarán prejuzgamiento."

muchas veces las consecuencias prácticas de ejecutar lo resuelto sin que se decida la apelación de la decisión pueden significar perjuicios irreparables[23].

En consecuencia, la jurisprudencia ha efectuado una aplicación ponderada de la norma en cuestión y en los hechos, para evitar injusticias, ha determinado el efecto suspensivo para la apelación de este tipo de sentencias interlocutorias[24].

Del mismo modo la doctrina ha sostenido que ante el silencio del texto legal en lo que refiere específicamente a la decisión que dispone el levantamiento o cese de la medida cautelar el efecto que correspondería sería el suspensivo[25].

Asimismo como otra forma de lograr la aplicación del efecto suspensivo se ha recurrido al artificio de considerar a la resolución como una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva y así integrarla a la regla general para ese tipo de sentencias, lo que ciertamente contradice la ontología de la decisión, que en todo caso, por resolver sobre medidas cautelares – *esencialmente modificable, por aplicación del principio "rebus sic stantibus"* - no participaría de dicha calidad.

Los casos referencias, indudablemente no agotan la problemática asociada al tema de la aplicación práctica de los diferentes efectos del recurso de apelación de las sentencias interlocutorias, con este análisis, se procura trasmitir como, a más de veinte años de la vigencia del Código, el punto no ha podido ser completamente dominado por los operadores del sistema.

C) CONCLUSION

La regulación específica genera dificultades interpretativas que hacen que se debilite la regla general, que se entiende es clara.

Si a ello se suma la especulación que significa en muchas oportunidades la posibilidad de que una apelación demore el proceso – *que en la mayoría de los casos, se prevé sea rápido* – más la excesiva concentración de trabajo en los tribunales de instancia que impide en muchas oportunidades una acabada preparación de las resoluciones, se obtiene por resultado una aplicación distorsionada de las soluciones legales.

En efecto, no se logra tener una herramienta eficaz para los operadores del sistema y la garantía de la doble instancia se ve desvirtuada en la práctica. En

23 Art. 315.3 CGP: "La providencia que admita o deniegue será recurrible mediante reposición y apelación; también lo será toda otra providencia modificativa de la medida. La providencia que decrete una medida o dispone su sustitución por otra será apelable sin efecto suspensivo".

24 C. 936 en RUDP 1-2/2009: "Correspondía por tanto el efecto contrario al otorgado, esto es, el no suspensivo, sin perjuicio de que razones de lógica y buen sentido, atento a los particulares agravios esgrimidos aconsejaban proceder comos e hizo (otorgarle efecto suspensivo). . ."

25 Un relevamiento de las posiciones al respecto se realizó por el Dr. Gonzalo Uriarte Audi en el Curso Sobre Medidas Cautelares del IUDP - Ed. FCU, mayo de 1999, Pág. 51 y ss.

este sentido, es que se ha de trabajar en pos de la consolidación de una serie de principios generales claros, definidos y fácilmente diferenciables, aplicables al proceso ordinario que impidan que se verifiquen contradicciones en las resoluciones judiciales concretas.

LAS CONDENACIONES PROCESALES EN EL PROCESO CIVIL URUGUAYO

Patricia Tellería[1]

I) INTRODUCCIÓN

Atendiendo a que la finalidad del proceso judicial es procurar la realización de valores tales como la justicia, la certeza, la seguridad, la lealtad y la buena fe, el Derecho sanciona severamente a aquel que hizo uso de actos procesales con fines indebidos, creando obstáculos para la realización de éstos valores.

En la ley procesal uruguaya las condenaciones procesales forman parte del objeto de decisión y le está impuesta al magistrado por imperio de la ley (artículo 56 y 198 del Código General del Proceso o CGP en forma indistinta), por lo que no es necesario pretensión alguna al respecto.

Constituye una cuestión que deberá ser tratada y analizada en forma independiente a la cuestión principal y conjuntamente con ella (sentencia definitiva) o en sentencia interlocutoria según sea el caso.

Sin embargo, a diferencia de otras legislaciones, la norma uruguaya, salvo en muy restringidas ocasiones en que establece preceptivamente la aplicación de condenas procesales al perdidoso o terceros (a modo de ejemplo se señala la anulación de remate judicial por resistencia del mejor postor a escriturar) aplica el criterio de responsabilidad subjetiva, dejando a criterio del Juzgador, la evaluación de la conducta procesal de las partes y por lo tanto, la determinación de si corresponde o no imponer dichas condenas.

1 Docente de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

II) NORMATIVA APLICABLE A LAS CONDENACIONES PROCESALES EN EL DERECHO URUGUAYO

El inciso 1º del artículo 56 del Código General del Proceso dispone:

"La sentencia definitiva impondrá condenación en costas, en costas y costos o declarará no hacer especial condenación, según corresponda con arreglo a lo dispuesto por el artículo 688 del Código Civil.

Se consideran costas todos los tributos, incluidos el del pago de la vicésima, así como los honorarios de los peritos, depositarios, tasadores y demás auxiliares del Tribunal. Se consideran costos, los honorarios de los abogados y de los procuradores. "

El artículo 688 el Código Civil Uruguayo establece en su párrafo segundo:

"Puede el Juez no hacer condena especial en costas o imponerlas al vencido y aun condenarlo en costas y costos, según estime que aquél litigó con alguna razón o por culpable ligereza o por malicia que merezca la nota de temeridad.

Se entiende por costas las indemnizaciones que consisten en cantidades fijas e inalterables, como sucede respecto de los derechos de actuación, reintegro de papel sellado y otras; y los gastos del juicio que no se hallen en este caso, y de que deba ser indemnizada la parte vencedora, como los honorarios de los abogados y procuradores, se llaman costos".

III) CONTENIDO DEL CONCEPTO "COSTAS Y COSTOS"

Dentro del concepto de costas, la norma legal ha incluido la vicésima, honorarios de depositarios, tasadores, y peritos que han sido designados en el proceso, tributos, etc.

Nuestra jurisprudencia también ha aceptado la inclusión de otros gastos, tanto judiciales como extrajudiciales en que ha incurrido la parte, en la preparación del proceso o durante el desarrollo del mismo.

Como sostienen los autores del Código General del Proceso Anotado y Concordado[2], la norma legal nada expresa en cuanto a la oportunidad en que dichos gastos deben realizarse a efectos de ser considerados en el concepto de

2 Código General del Proceso comentado anotado y concordado, Enrique Véscovi, M. de Hegedus, S.A. Klett, B. Minvielle, L.M. Simón, S.Pereira, Tomo 2, pág 221

costas y por tanto resarcibles en hipótesis de condena. En tal sentido, cabrían dos posibilidades. Por un lado, considerar costas únicamente a los gastos realizados durante el transcurso del proceso y por otro, siguiendo para ello a Chiovenda[3], los realizados en ocasión del proceso, sin que interese si lo fueron antes o durante el mismo, siempre que guardasen una relación de causa a efecto respecto de él, concepto de utilidad del gasto.

Los citados autores se pronuncian por la inclusión dentro del concepto de costas, aquellos gastos que sin importar la oportunidad en que fueron realizados, hayan sido necesarios e indispensables, tanto para la promoción de la demanda como para su sustanciación.

En este sentido, jurisprudencia nacional ha autorizado a que la parte incluya dentro de dicho concepto, gastos como el que corresponde a tasas registrales para la obtención de certificados, fotocopiados, locomociones de los Señores Alguaciles del juzgado, honorarios de los escribanos intervinientes en el proceso de autenticación de medios de prueba documental e incluso honorarios notariales generados en virtud de protocolización de fotografías de carteles de remate, colocados por el rematador de una subasta judicial.[4]

En nuestra opinión, es posible además, incluir dentro del concepto de costas, la comisión que cobra el banco depositario del producido del bien subastado, por cuanto se trata de un gasto incurrido en ocasión del proceso y es indispensable para satisfacer efectivamente el crédito del acreedor.

Con respecto al concepto de costos, no hay duda respecto de la inclusión por parte de la normativa aplicable, de los honorarios de los abogados.

Existen sin embargo, diferentes posiciones jurisprudenciales respecto de si cuando la norma refiere a los honorarios del abogado como costos, se incluye solamente el referido honorario o corresponde también el reclamo de tributos que gravan dicha partida (nos referimos específicamente al Impuesto al Valor Agregado).

En tal sentido, actualmente en forma mayoritaria, los Tribunales se han pronunciado a favor de incluir dicho tributo dentro del concepto de costos. [5]

En cuanto a los honorarios de los procuradores, si bien la norma no distingue, entendemos que quedan comprendidos, aquellos que se devenguen en ocasión de su calidad de representantes de la parte y no respecto de quien

3 Chiovenda, G; La condanna nelle epesse guidiziali, Torino, 1901, p.371

4 Sent 1702/2010 JLC 14º Turno

5 TAC 1º, Sent. 220/2008, TAC 3º, Sent. 236/2007, TAC 5º, Sent. Nº 410/2008, TAC 6º, Sent. 269/2007, RUDP, 1-2/2009

detenta la calidad de procurador, ha prestado servicios en el desarrollo del proceso, pero no ha comparecido en el mismo en tal calidad.

En éste último caso, se trata de auxiliares de los letrados patrocinantes, cuyo costo a nuestro entender no puede incluirse dentro del concepto en estudio.

IV) REGIMENES APLICABLES POR EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

De acuerdo a las disposiciones legales reseñadas en el numeral segundo de éste trabajo, nuestra legislación aplica un sistema de responsabilidad subjetiva en general, donde atendiendo a la conducta de las partes (y no solamente aquella del demandado[6]) el magistrado determinará si impone o no las condenaciones antedichas.

El principio general es en consecuencia, que los gastos y honorarios que se devenguen en virtud del proceso, deben soportarse por cada una de las partes que incurren en los mismos, salvo que exista una inconducta procesal.

El fundamento se encuentra, en el principio de que los litigantes tienen que actuar de buena fe y con lealtad en el proceso (art. 5º Código General del Proceso).

En determinados supuestos, el Código aplica un sistema de responsabilidad objetiva imponiendo las costas o costas y costos a las partes y/o terceros intervinientes.

a) Régimen de responsabilidad subjetiva: será pasible de condenaciones procesales el justiciable "que litigó con culpable ligereza o con malicia que merezca la nota de temeridad".

Las normas legales aplicables[7], sancionan la inconducta procesal (tanto de las partes como del apoderado).

El fundamento se encuentra, en el principio de que los litigantes tienen que actuar de buena fe y con lealtad hacia su contraparte en el proceso (art. 5º Código General del Proceso).

6 RUDP, T. 4-2005, c. 1278, TAC 3º, S. 150/2004, RUDP, T.1-2/2009, c.99, TAC 5º Sent. 87/2007

7 Art 688 C.Civil, art. 56 Código General del Proceso, artículo 154.6 ley 15.750 (Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales).

En este sentido Gelsi Bidart señalaba [8] que la ley da dos criterios de graduación de la pena y determinación de la misma.

a) " Ligereza culpable" actuar con ligereza; sin profundidad, sin adecuación a lo que corresponde, por su propia culpa, culpa en la actuación o
b) "Malicia que merezca la nota de temeridad": malicia temeraria, conciencia de la propia sin razón, conocimiento, más aún, convencimiento de que se está actuando contra o sin derecho; dolo indudable, grado extremo de la culpa; conciencia y voluntad de actuar contra derecho, de usar el medio procesal sin tener el fundamento legal exigido por el ordenamiento jurídico".

Por su parte enseña Chiovenda, que existe temeridad en el accionamiento cuando se sale al juicio con conciencia de no tener razón y de la injusticia de la causa que se defiende [9]

Conforme Gelsi Bidart, la graduación se establece aplicando al caso a), el pago de todos los gastos legalmente arancelados, vale decir, fijados de antemano por la ley (primera parte del art. 688 inc 3º del Código Civil).

Para el b) también los costos, que son aquellos señalados por el artículo 688 (segunda parte del art. 688 del citado cuerpo normativo).

Estos dos criterios de graduación también han sido recogidos por nuestra jurisprudencia a la hora de determinar la aplicación de las condenaciones[10].

En cuanto a la condena en costos, hemos visto que nuestra jurisprudencia, salvo excepciones, es bastante reticente a su aplicación, reservando la misma para casos extremos en los cuales la prueba de la existencia del proceder con "malicia temeraria" es incuestionable.

El Código General del Proceso es un código que a través de su regulación, traza el camino para la averiguación de la verdad, es decir para la tutela efectiva de los derechos sustanciales, por lo que entendemos que sería constructivo, en línea con el espíritu de nuestras normas procesales, que nuestros Tribunales fueran más estrictos a la hora de exigir una conducta procesal basada en la buena fe y consecuentemente, apliquen con mayor rigor las sanciones que la ley pone a su disposición para quien se aparte de dicho proceder.

c) Régimen de Responsabilidad objetiva

8 Adolfo Gelsi Bidart, " Condena en Costas en el Régimen de Uruguay", LJU, T. 58, pág D-21
9 Chiovenda, " La Condena en Costas", pág 313
10 RUDP, T.2 -2007, c. 1173, TAC1º, S. 201/2006

Por su parte, el artículo 56.2 del referido cuerpo normativo, que fuera introducido por la ley 16.699 del 25 de abril de 1995, establece que el régimen de responsabilidad subjetiva que consagraba el artículo 56.1 en su redacción anterior, será aplicable a todas las actuaciones judiciales previstas en el Código, con excepción de los siguientes procedimientos: juicios ejecutivos, vía de apremio, entrega de la cosa, recurso de revisión e inconstitucionalidad de las leyes.

Asimismo agrega dicho artículo, que en los procedimientos exceptuados, se seguirá el régimen dispuesto en cada caso por el Código.

En virtud de la remisión que hace éste artículo a la regulación de cada proceso en particular, existen discrepancias en nuestra jurisprudencia, en alguno de éstos, respecto de la aplicación o no de dichas condenaciones.

En efecto, en el caso del proceso de entrega de la cosa, si bien el Código menciona expresamente, que dicho proceso se encuentra exceptuado del régimen general, no hay previsión respecto de las condenaciones en el artículo 364 que regula dicho proceso.

Encontramos jurisprudencia que entiende que es aplicable el régimen de responsabilidad objetivo[11] y otra que entiende que le es aplicable el subjetivo.[12]

Sin perjuicio de lo antedicho, existen otros casos de aplicación del régimen de responsabilidad objetiva en el derecho procesal, como es el caso de los incidentes (artículo 57 del Código General del Proceso), del desistimiento del proceso o de la pretensión de la parte (art. 231 y 231.2 del CGP), y el del mejor postor en caso de anulación del remate por resistencia a escriturar (artículo 390 CGP), entre otros.

Finalmente nos referiremos a continuación, a las condenas procesales en los procesos de ejecución promovidos contra el Estado Uruguayo

El proceso de ejecución contra el Estado, como persona pública mayor y contra los gobiernos departamentales, se encuentra regulado en los artículos 400 y 401 del Código General del Proceso.

Su tramitación, es diferente de aquella prevista para la vía de apremio en el artículo 379 y siguientes.

11 RUDP 1-2/2009, c. 115, TAC 1º, Sent. 241/2008, c. 116 TAC 5º, Sent 81/2008
12 RUDP 1-2/2009, c. 117 TAC 6º, Sent. 243/2007, RUDP 4-/2005, c. 1285, TAC 4º, Sent. 70/2004

La cuestión entonces a dilucidar es, si consideramos que le es aplicable al Estado, el régimen de responsabilidad objetiva establecido en el artículo 56.2 y 392 del Código General del Proceso o de lo contrario le será aplicable el régimen de responsabilidad subjetivo en la medida que los artículos 400 y 401 no establecen expresa condena en costas o costas y costos al Estado ejecutado.

Nos adherimos desde ya a la posición que sustenta que le aplicable al Estado la imposición de costas y costos preceptivas en los procesos de ejecución, siempre y cuando este tenga por objeto el pago de una cantidad de dinero líquida y exible.

Según posición sustentada por el Dr. Enrique Tarigo [13] la vía de apremio no le resulta aplicable al Estado, en caso de ser condenado al pago de una suma de dinero. Las previsiones de los artículos 400 y 401 determinan que dichos artículos deben considerarse la vía sustitutiva de la inaplicable vía de apremio, para lograr de las personas públicas estatales, el cumplimiento forzado de las sentencias que le han condenado.

Esta parecería ser la opinión de la doctrina y jurisprudencia en forma mayoritaria[14], que entiende (afiliándose a una interpretación estricta del régimen sancionatorio previsto en el artículo 392.1 del CGP), que en la medida que la previsión de condenaciones procesales preceptivas, se encuentra regulada en sede de vía de apremio, no son aplicables las mismas al proceso de ejecución especial que la norma establece, cuando el ejecutado es el Estado.

Existen otras opiniones, a las que adherimos, que atienden a la naturaleza del proceso al que se ve sometido el Estado, en virtud de que no ha cumplido voluntariamente con la condena de abonar una suma de dinero líquida y exigible.

En este sentido, existe doctrina y jurisprudencia nacional, que sostiene, que el régimen establecido en el artículo 392 del Código General del Proceso, es un régimen general, aplicable a los procesos de ejecución (tanto para la vía de apremio como para las ejecuciones contra el Estado), siempre que los mismos se promuevan, para obtener el cumplimiento de una sentencia que condene a pagar suma líquida y exigible.[15]

13 Enrique Tarigo, Lecciones de Derecho Procesal Civil, T. III, pág 99

14 IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal en homenaje a Luis Alberto Viera , Alicia Castro – Ejecución contra el Estado -, pág 64, RUDP, T 1-2/2009, c. 111, TAC 6º, Sent. 234/2007, RUDP, T 4/2005, c. 1284, TAC 3º, Sent. 301/2004

15 Dra Beatriz Tommasino, Ejecución de Sentencias contra el Estado" en "Estudios sobre el proceso de ejecución en homenaje a Enrique E. Tarigo", pág 270, LJU, Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 14º Turno, Sent. 3735/2010; el Dr. Edgardo Ettlin en " Procesos de Ejecución de Sentencias de condena a pagar sumas de dinero contra el Estado"..

Si bien se reconoce la opinabilidad del tema en estudio, como mencionamos, nos pronunciamos a favor de ésta última posición, entendiendo que si en determinados procesos de conocimiento, no se ha excluido al Estado de la responsabilidad objetiva que la norma adjudica (artículos 56.1 y 57 del CGP) y nadie duda que pueda ser pasible de imposición de condenaciones procesales, menos aún en un proceso que tiene por fin la aplicación de un mandato incumplido, como es el proceso de ejecución.

Frente a la duda, de si el artículo 392 del Código General del Proceso es o no aplicable a ambos procedimientos o solamente a la vía de apremio, debiéramos recurrir al artículo 14 de dicho cuerpo normativo, que informa que para interpretar la norma procesal, el tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales y en caso de duda, deberá atenerse a los principios generales del derecho y especiales del proceso.

La igualdad constituye un principio de rango constitucional y legal (por imperio del artículo 4º del CGP en materia de derecho procesal).

En nuestra opinión excluir al Estado, del régimen sancionatorio previsto por el artículo 392 del Código General del Proceso, estaría violentando el mencionado principio, por cuanto en éste caso estaríamos aplicando la norma, atendiendo a quien es el sujeto pasivo de la sanción y no la naturaleza jurídica del proceso del que se trata.

Si bien el Estado goza de determinadas prerrogativas (como ser la inembargabilidad de sus bienes o la exoneración al pago de tributos judiciales), no se encuentra fundamento para entender, que también tiene beneficios a la hora de las condenaciones procesales en un proceso de ejecución, cuando no las tiene en los procesos de conocimiento referidos ut supra.

V) CONCLUSIONES

De las normas analizadas se puede concluir que:

a) En el Uruguay es de aplicación como régimen general un régimen de responsabilidad subjetiva dejando a criterio del legislador si los participantes del proceso han litigado con ligereza culpable o malicia que merezca la nota de temeridad para la imposición de las condenas procesales.

b) En forma específica el Código ha regulado los procesos en que se pretende la aplicación de una responsabilidad objetiva, existiendo

respecto de algunos de ellos interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales diferentes (a modo de ejemplo se señala en éste trabajo, el proceso de entrega de las cosa y el de ejecución de sentencias de condena de suma de dinero contra el Estado).

c) La doctrina y jurisprudencia en forma mayoritaria, se ha pronunciado a favor de que sean incluidos dentro del concepto de costas tanto los gastos incurridos en forma extrajudicial como judicial que tiendan a favorecer el resultado del proceso.

d) En cuanto al concepto de costos, nos pronunciamos por la inclusión de los honorarios de los letrados patrocinantes intervinientes y procuradores, siempre que éstos últimos actúen en el proceso representando a la parte y no en carácter de auxiliares de los letrados.

EVALUACION CRÍTICA DE LOS PROCESOS DE ESTRUCTURA MONITORIA EN EL CODIGO GENERAL DEL PROCESO

Jorge Veiras[1]

I. INTRODUCCION

Las leyes, como instrumento necesario e imprescindible para la vida en comunidad, deben ser perfeccionadas constantemente y adaptadas a las necesidades del tiempo y de la sociedad en las que deben ser aplicadas, de manera de satisfacer el propósito para el cual fueron creadas.

Es por ello que cumplidos ya 20 años de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, ello impone a los prácticos del Derecho, un análisis en perspectiva de su funcionamiento, en la búsqueda de nuevas soluciones que contribuyan a obtener mejores resultados de los instituciones en el consagradas, a suprimir aquellas que no han funcionado o lo han hecho inconvenientemente y/o a consagrar las nuevas tendencias del Derecho Procesal que han demostrado funcionar adecuadamente en otros Derechos Positivos, adecuándolas a los fundamentos, principios y particularidades de nuestro propio sistema procesal.

Coincide esta revisión con una de mayor alcance: la del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, -que sirviera de fuente directa y a cuya imagen y semejanza se ha redactado el C.G.P. uruguayo-, lo cual fue objeto de tratamiento en las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal desarrolladas en Santiago de Chile en agosto de 2010, en las cuales se ha comenzado a promover su adecuación y puesta al día a fin de actualizarlo y adaptarlo a las necesidades actuales, recurriendo a las modernas doctrinas del Derecho Procesal y recogiendo las experiencias del Derecho Positivo de los distintos países que componen el área iberoamericana.

En ese marco, el presente trabajo centra su eje en el examen de la aplicación práctica del C.G.P. uruguayo en cuanto al funcionamiento de los procesos de

1 Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Montevideo. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal. Coordinador General del Anuario de Jurisprudencia de Derecho Procesal de la Revista Uruguaya de Derecho Procesal.

estructura monitoria; poniendo de manifiesto los aspectos más relevantes del mismo.

Es de resaltar asimismo, que el Capitulo que regula los procesos monitorios en el C.G.P., es uno de los pocos que desde su entrada en vigencia allá por 1989, no ha sufrido modificaciones ni derogaciones en su articulado.

II. EL PROCESO DE ESTRUCTURA MONITORIA EN EL CODIGO GENERAL DEL PROCESO.

A. Generalidades

La estructura monitoria ha demostrado ser un instrumento altamente eficaz como proceso de conocimiento, en la medida en que –debido al alto grado de fehaciencia de la pretensión que habilita dicha especial vía procesal- en un alto porcentaje de juicios el demandado no deduce defensas en el término legal, lo que en breve lapso posibilita que la sentencia inicial quede firme, quedando expedita la ejecución de la misma[2].

La oposición de excepciones, -aún cuando las mismas siendo admisibles, carezcan de fundamento-, obliga igualmente a su sustanciación, provocando la mal llamada "ordinarización" del proceso, insumiendo muchas veces tiempos exorbitantes para su dilucidación; provocando que, - aún existiendo un régimen de apelabilidad restringida como el vigente en nuestro país (art. 360 C.G.P.)- el proceso de estructura monitoria en muchos casos tenga una duración que supere la de un proceso ordinario,.

En materia de procesos de ejecución, la Ley 18125 (que regula una especie de proceso de ejecución especial para créditos hipotecarios -con destino vivienda- concedidos por instituciones de intermediación financiera) ha adoptado una solución innovadora y diferente, optando por sustanciar la oposición de excepciones por la vía de los incidentes fuera de audiencia, regulada en los artículos 321 y 322 CGP; solución que –a priori- parece mas adecuada a los fines de una pronta y recta administración de justicia en procesos caracterizados por su objeto especial, en la mayoría de los cuales la pretensión está calificada por la simplicidad y la urgencia, además de la fehaciencia.

La búsqueda de soluciones para la problemática planteada, a través de la generalización de soluciones propias y especiales, en la medida que demuestren ser eficaces, o la adaptación a nuestra legislación de soluciones evaluadas

2 No obstante ese alto grado de "eficiencia procesal" en cuanto a la breve duración del trámite monitorio (cuando no se oponen excepciones), muchas veces no se ve acompañado en la práctica por la pronta y efectiva satisfacción de la pretensión, es decir, el real cumplimiento de la obligación reclamada. Esta última, muchas veces se ve demorada en la práctica por la necesidad de tramitar un largo y sinuoso proceso de ejecución en vía de apremio, sin dudas uno de los puntos débiles del CGP que merece ser revisado.

como altamente positivas en el Derecho Comparado[3], es un desafío a afrontar en el futuro próximo con el propósito de mejorar aún más nuestras actuales estructuras procesales.

B. Procedencia.

En materia de estructuras procesales el C.G.P. ha seguido las disposiciones del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, al establecer 3 estructuras básicas para los procesos de conocimiento: el proceso ordinario, el extraordinario y el proceso de estructura monitoria.

El proceso monitorio fue previsto originalmente para una serie concreta de objetos procesales, caracterizados por el alto grado de fehaciencia inicial de la pretensión[4].

Ya desde el antiguo Código de Procedimiento Civil (C.P.C.) eran varias las pretensiones que se sustanciaban por la vía monitoria (juicio ejecutivo[5], entrega de la cosa, entrega efectiva de la herencia) a las que posteriormente se agregaron otras (v.g. ley 8733 en materia de escrituración forzada de promesas de enajenación de inmuebles a plazos; desalojos, etc.).

El C.G.P. uruguayo siguió en la materia dichas coordenadas, así como los lineamientos del Código Modelo y estatuyó el proceso de estructura monitoria para las mismas pretensiones previstas en éste último.

Es así que su ámbito de aplicación, en estricto apego al principio de legalidad (art. 348 y 351 CGP) está reservado a: a) procesos ejecutivos (art.353); b) proceso de entrega de la cosa (art. 364); c) entrega efectiva de la herencia (art. 365); d) proceso de escrituración forzada de promesas de enajenación inscriptas (de inmuebles o casas de comercio u otorgamiento de Reglamento de Copropiedad) (art. 367); e) proceso en que se demanda la resolución de contratos de promesas de enajenación de inmuebles o casas de comercio, inscriptas (art. 368) o la resolución de contratos en virtud del pacto comisorio (art. 366); f) procesos de desalojo (art.546.2).

No obstante, el C.G.P. amplió el espectro, incorporando otras pretensiones (no previstas en el Código Modelo) a las que se adjudicó el tracto procesal de estructura monitoria: a) procesos en que se demanda el divorcio o la separa-

3 Un enriquecedor panorama de las distintas soluciones adoptadas en el Derecho comparado iberoamericano, en especial para los procesos de ejecución, resulta de las Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Santiago de Chile, agosto 2010, Edit.Jurídica de Chile, Thomson Reuters, T.I, pág. 516 y sgts.

4 El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (art. 311 CPCM) dispone la aplicación del proceso de estructura monitoria a los casos especialmente previstos por la ley y además para los procesos: a) ejecutivo; b) desahucio o desalojo; c) entrega de la cosa; d) entrega efectiva de la herencia; e) resolución por falta de pago o escrituración judicial de promesas inscriptas (compraventa de inmuebles, de establecimiento o empresa comercial o de unidad de propiedad horizontal).

5 En el Uruguay durante la vigencia del antiguo CPC, se discutió mucho tiempo sobre la naturaleza del proceso ejecutivo (de estructura monitoria) siendo ARLAS el primero que sostuvo que se trataba de un proceso sumario de conocimiento (*Naturaleza del juicio ejecutivo,* Rev.C.E.D. Nº 88 año 1960).

ción de cuerpos por ciertas causales (art. 369); b) la cesación de condominio de origen contractual en caso de imposibilidad de cómoda división y sin menoscabo de la cosa común (art. 370).

Asimismo se ha dotado de estructura monitoria, a la primera parte (fase de conocimiento) de los procesos de ejecución en vía de apremio[6] (art. 379.4 CGP)[7].

La estructura monitoria, tal cual ha sido consagrada en el C.G.P., aparece justificada para la sustanciación de ciertas pretensiones calificadas por su objeto, -aquellas dotadas de un alto grado de certeza inicial y de mínimas posibilidades de resistencia por el demandado- que hacen que no se requiera –ab initio- de la necesidad de formalizar el contradictorio ni el diligenciamiento de medios de prueba (distintos al documental) previo a su resolución.

No obstante, -en algunos casos-, el proceso monitorio como opción del tracto procesal, aparece como una vía poco adecuada para ciertos objetos. Un ejemplo en cuanto a la asignación desacertada de la estructura procesal, ha sido el desalojo por la causal de inquilino escandaloso (art. 33 D.Ley 14219); ya que los hechos en que debe fundarse la pretensión requieren normalmente del diligenciamiento de prueba testimonial (la que en todo caso deberá sustanciarse por vía de diligencia preparatoria). Se trata pues de un caso donde –sin el previo cumplimiento de dicho requisito- la pretensión no está dotada del grado de certeza o fehaciencia inicial exigible para la promoción de un proceso monitorio.

Sin embargo, la vía monitoria ha sido adoptada con carácter general para todos los procesos de desalojo (art. 546.2 CGP), lo que justifica la misma, a juicio del legislador, considerando adicionalmente la excepcionalidad de la hipótesis planteada.

Por otras circunstancias totalmente diferentes, el proceso de resolución del contrato por aplicación de la cláusula de pacto comisorio (art. 367 CGP) ha planteado una problemática a nivel procesal que ha llevado al casi desuso de ese instituto (cuyo propósito es "acelerar" el proceso de resolución de un contrato) en el ámbito contractual.[8] Ello impone, una nueva y necesaria regulación de sus aspectos procesales de modo de acompasar los mismos con las disposiciones del Código Civil, y volverlo un instrumento útil para los fines para los cuales ha sido creado.

6 El Código Modelo regula escuetamente los procesos de ejecución (arts. 317 y sgts.), pero admite el excepcionamiento fundado únicamente en la extinción total o parcial de la obligación, para cuyo caso prevé que se sustanciará por el procedimiento de los artículos 313 y 314 (esto es, por el proceso ejecutivo, de estructura monitoria).

7 En el proceso de ejecución judicial simplificada de crédito hipotecario para vivienda (Ley 18125 de 27/04/2007) se adoptó una solución diferente, ya que las excepciones admitidas se sustancian por el trámite de los incidentes fuera de audiencia del art. 321 CGP (art. 45).

8 Las discrepancias en cuanto al trámite a seguir pueden verse con provecho en RUDP 2/1996, pág. 241 y sgts.

C. Algunas características de nuestro sistema.

a. Procesos monitorios documentales y puros.

Para la promoción de proceso monitorio, nuestra ley procesal exige documento auténtico o autenticado notarial o judicialmente en proceso preliminar (art. 351.1 CGP), con la excepción del juicio de entrega de la cosa, cuando la fuente de la obligación emerge de un contrato que puede ser probado por testigos[9], en cuyo caso se exigirá acreditar previamente, en proceso preliminar que seguirá la vía incidental, la existencia del contrato y el cumplimiento del mismo por el actor (art. 352.2 CGP).

Se trata pues, de procesos monitorios documentales, ya que requieren de la necesidad de un "documento" del cual surja acreditada en forma fehaciente la circunstancia de hecho prevista por el legislador (título) que habilita la promoción del trámite monitorio, aún cuando dicha prueba emerja de un proceso preliminar (como en el juicio de entrega de la cosa en el caso expresamente previsto- ex -art. 352.2 cit.; o en caso de desalojos por arrendamientos celebrados en forma verbal).

Sin embargo, se prevén situaciones de procesos monitorios puros, como el del desalojo de ocupante precario (art. 36 Dec.Ley 14219), en donde la mera alegación de la calidad de precario que reviste el demandado, -formulada por el actor en su demanda- apareja el dictado de una sentencia definitiva de desahucio en contra de aquel.

b. Presupuestos

i. Documento auténtico

El art. 352 exige con carácter general la existencia de documento auténtico o autenticado notarial o judicialmente en la etapa preliminar respectiva, para poder promover el proceso monitorio (con excepción del caso del art. 352.2 mencionado).

Aún así, persisten en nuestro sistema ciertos casos en los que se admite la presentación de documentos no auténticos: como acontece con los contratos de arrendamiento (que suelen otorgarse en documento privado sin certificación de firmas y no inscriptos) habilitantes de la promoción de un juicio de desalojo y/o de un proceso ejecutivo de cobro de arriendos (ambos de estructura monitoria); o las resoluciones adoptadas por la Asamblea de Copropietarios en el régimen de propiedad horizontal que sirven de título para el cobro de gastos comunes. Los requisitos y presupuestos exigidos para estos títulos extra-Código surgen de las leyes especiales que los regulan y les concede tal

9 No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito (art. 1594 C.Civil). Deberá consignarse por escrito público o privado, toda obligación que tenga por objeto una cosa o cantidad cuyo valor exceda de 100 Unidades Reajustables. No se incluirán en esta suma los frutos, intereses u otros accesorios de la cosa o cantidad debida (art. 1595 inc. 1 y 2 C.Civil).

calidad (en especial se les reconoce la calidad de títulos ejecutivos-vía art. 353 num.6 C.G.P.).

Si bien dichos documentos (en tales condiciones) no cumplen con las exigencias del art. 352 cit., -por lo tanto no habilitarían a deducir una demanda por vía monitoria-, en el caso de los contratos de arrendamiento no auténticos, por ejemplo, su eficacia en juicio surge dada por el artículo 170 C.G.P. que prevé el régimen aplicable a los documentos privados emanados de las partes, los que se tendrán por auténticos, salvo que se desconozca su firma o la autoría en las oportunidades allí establecidas.

ii. Diligencias preparatorias.

En cuanto a la existencia de presupuestos para el ejercicio de los procesos monitorios, mas allá de la norma general del art. 352 que refiere a la necesidad de documentos auténticos, no hay previsión en el Código que establezca presupuestos con carácter general para todos los procesos monitorios.

La intimación no procederá en los casos en que leyes especiales así lo dispongan (ej. art. 91 C.Tributario).

No obstante, al exigirse la necesidad de la previa intimación (de pago)-ex –art. 354.5 CGP (siempre que no haya diligencia judicial de reconocimiento o protesto personal) para promover el proceso ejecutivo, se han planteado ciertas dudas sobre si dicha diligencia también es requerida para la promoción de las demás pretensiones que tienen previsto el proceso monitorio (en virtud de la remisión que a dicha norma efectúa el 363 C.G.P.).

Al respecto –en general- se ha postulado la innecesariedad del cumplimiento de dicha diligencia en los procesos monitorios (no ejecutivos), dado el carácter especial de dicha disposición, cuya finalidad es intimar el pago, evitando las ejecuciones intempestivas que conllevan la aplicación preceptiva de las condenas procesales.

En cuanto a los medios previstos para la práctica de la intimación, se admite la realizada por vía judicial o telegrama colacionado o por envío postal en las condiciones previstas por la ley 18172 (art. 340). Dentro de las intimaciones judiciales quedan incluídas las practicadas por el Alguacil del Juzgado o por la Oficina de Alguacilatos; planteándose dudas acerca de la validez de la intimación practicada por acta notarial, en el entendido de que este medio no ha sido específicamente previsto por la ley.

En materia de títulos valores cambiarios, persiste en materia de diligencias preparatorias el régimen anterior al CGP, en la medida que el art. 353 num.4º CGP le confiere rango de títulos ejecutivos a los cheques bancarios, letras de cambio, vales, pagarés y conformes, "según lo dispuesto en las leyes respectivas"; dejando vigente por lo pronto el régimen consagrado en las leyes sustantivas (D.Ley 14412 y 14701), en las que se establecen los requisitos que debe cumplir cada uno de los documentos mencionados para adquirir el rango de título ejecutivo.

C. ESTRUCTURA

i. Demanda y sentencia inicial.

Ante la presentación de la demanda –acompañada del título (art.352 CGP)- y sorteado el control de admisibilidad y fundabilidad que realiza el tribunal, se dicta una sentencia inicial sobre el mérito (sentencia definitiva) inaudita altera pars, acogiendo la pretensión, -cuya eficacia sobre el fondo queda condicionada a la no oposición de excepciones o a que las opuestas, una vez admitidas y sustanciadas, fueren desestimadas.

Del control liminar también puede surgir que no se han cumplido por el accionante con ciertos requisitos de admisibilidad (requisitos de forma) en cuyo caso el Tribunal le concederá plazo para su subsanación bajo apercibimiento de tenerse por no presentada la demanda (art. 119.1 CGP). No obstante, si el Tribunal considera "manifiestamente improponible" la demanda (art. 119.2 CGP) o "no considerase bastante el documento" (art. 354.2 CGP), no hará lugar a la ejecución, sin noticia del deudor, resolución que admite recurso de apelación (art. 360.2 CGP).

Es de resaltar que en ciertos casos, la resolución sobre el fondo del asunto va acompañada de medidas que tienden a garantizar la efectividad del derecho del actor (embargo[10] en el caso de juicios ejecutivos; designación del demandado como depositario desde la intimación, en el juicio de entrega de la cosa, etc.).

ii. Plenarios abreviados y procesos sumaria cognitio.

El proceso monitorio asume la forma de un contradictorio de impugnación en el cual el mecanismo de la oposición de excepciones o defensas por el demandado, cumple en esta estructura una doble función simultánea: la de oposición a la pretensión del actor, y la de medio impugnativo contra la sentencia inicial.

Nuestro legislador ha adoptado como regla en los procesos monitorios, la forma del plenario abreviado, esto es, una estructura acotada en cuanto al trámite (en relación a la del proceso ordinario) pero en la que el demandado

10 Una particularidad del sistema uruguayo, es que permite el embargo genérico de los bienes del deudor, aún cuando no se conozcan bienes concretos dentro de su patrimonio. El alcance de este embargo esta delimitado por el art. 380.2 CGP: "El embargo genérico de derechos comprenderá los bienes presentes y futuros del embargado de naturaleza inmueble, naves, aeronaves, automotores y la universalidad conocida como establecimiento comercial. En éste último caso, no comprende los bienes concretos que integran esta universalidad, que deberán ser objeto de embargos específicos". La existencia de este instituto compensa –en cierta medida- la inexistencia en nuestro país de Registros públicos patronímicos en los cuales los acreedores puedan obtener información sobre los bienes que conforman el patrimonio de su deudor, ya que el sistema registral de la propiedad esta establecido sobre una base real, es decir, la inscripción de actos registrables así como la búsqueda de información registral se hace en base a los datos identificatorios de los bienes y no por personas.

(al igual que en aquél) no tiene limitadas sus excepciones, pudiendo esgrimir cualquier tipo de defensas.

Las situaciones excepcionales, están determinadas en la ley, al establecer hipótesis concretas de procesos monitorios sumaria cognitio, en las cuales además de una abreviación estructural, existe una limitación del elenco de defensas admisibles, como acontece para ciertos casos de procesos ejecutivos (cambiario- art. 45 D.Ley 14412 y art. 108 D.Ley 14701; tributario, art. 91 C.Tributario); juicio de entrega de la cosa adquirida en remate judicial (art. 396 CGP); y -en cierto sentido- en algunas hipótesis de desalojo (como el del precario). Solución también adoptada en los procesos de ejecución en vía de apremio (art. 379.2 CGP; Ley 17228 art.17; Ley 18125 art. 44).

Si no se oponen excepciones, la sentencia inicial quedará ejecutoriada y se pasará a la vía de apremio.

Si se oponen excepciones inadmisibles, se rechazarán sin sustanciación.

iii. Defensas admisibles

En caso de oponerse excepciones admisibles (dentro del término legal de 10 días hábiles y perentorios), el demandado deberá deducirlas todas en un mismo escrito y acompañar toda la probanza documental de que disponga y señalará todos los concretos medios de prueba de que intente valerse; y se sustanciarán con un traslado al actor con plazo de 6 días hábiles, cumplido lo cual se convocará a Audiencia, la que se realizará conforme con lo previsto para la audiencia preliminar, y en su caso, para la audiencia complementaria de prueba.

En punto a las excepciones admisibles en los procesos monitorios sumaria cognitio, la regulación actual de las excepciones o defensas admisibles plantea ciertas dudas en cuanto a la admisibilidad de alguna de ellas, disidencias que han sido puestas de manifiesto por doctrina y jurisprudencia en estos 20 años de aplicación del Código.

La enorme trascendencia práctica de la admisibilidad de las excepciones, deviene del art. 355.2 CGP que prevé que en los casos en que leyes especiales establezcan taxativamente las excepciones admisibles, serán rechazadas sin sustanciación las inadmisibles.

Las leyes sustantivas cambiaria y tributaria prevén el elenco de excepciones o defensas admitidas en cada uno de los juicios de la materia que regula (Dec.Ley 14412 art. 45; Dec.Ley 14701 art.108; Código Tributario, art. 91).

En los procesos ejecutivos cambiarios, las dificultades mas evidentes –entre otras- se manifiestan en: a) la amplitud del concepto de inhabilidad de título, -aún cuando el art. 108 inc.2º del Dec.Ley 14701 para el juicio ejecutivo cambiario lo limite a la "falta de alguno de los requisitos esenciales exigidos por el art. 3º-; b) la admisibilidad de defensas fundadas en medios de extinción de las obligaciones distintos del pago o la compensación de crédito líquido y exigible; c) la admisibilidad de excepciones procesales, básicamente aquellas

que constituyen presupuestos procesales (entre ellas, las del art. 133 in fine CGP); d) la oposición de excepciones fundadas en las relaciones personales entre el actor y el demandado en el proceso ejecutivo cambiario. El panorama es similar para el juicio ejecutivo fiscal.

En los procesos de entrega de la cosa adquirida en remate judicial, en el cual existe una doble limitación de excepciones, -en tanto al administrado no se le admite ninguna excepción y a los terceros solo las previstas en el art. 396 inc.2º-, las dudas se han puesto de manifiesto en cuanto a las situaciones arrendaticias vigentes al amparo de plazos legales[11], en atención a la previsión del art. 396 in fine, situación que ameritaría una norma interpretativa, a la luz de la experiencia recogida en estos años de aplicación del Código, en el que dicho inciso ha sido frecuentemente utilizado para plantear excepciones con meros fines dilatorios.

iv. Contestación de las excepciones

Opuestas excepciones admisibles en el término legal, como se dijo, corresponde conferir traslado de las mismas al actor para que las conteste, conforme con lo dispuesto por el artículo 118 ejusdem.

En caso de que el actor no haya contestado las excepciones opuestas por el demandado en un proceso monitorio, se ha entendido que no corresponde la aplicación de las sanciones previstas en el C.G.P. para el caso de no contestación de la demanda o de la reconvención, dado la excepcionalidad del régimen sancionatorio estatuído por el Código (art. 130.2).

v. Audiencias

El art. 357.3 establece que la audiencia a celebrarse en el proceso monitorio "se realizará conforme con lo previsto para la audiencia preliminar y, en su caso, la audiencia complementaria de prueba (artículos 340, 341 y 343)".

Esta redacción ha llevado a sostener por muchos que el proceso adopta la forma del proceso ordinario. Ello no es así. En los procesos monitorios y en cuanto al contenido de la audiencia preliminar, es notorio que no existen excepciones previas para resolver, por lo que no corresponde el dictado de sentencia interlocutoria resolviendo las mismas ("despacho saneador"), dictándose una única sentencia (definitiva) sobre todas las excepciones opuestas, salvo el caso de que deba pronunciarse sobre la excepción de incompetencia en que se aplicará lo dispuesto por el artículo 358 C.G.P.

El art. 357.3 cit. plantea la interrogante de si resultan de aplicación a los procesos monitorios, las sanciones previstas en el Código para el caso de in-

11 Los plazos *legales* en materia arrendaticia (estatuídos en protección del arrendatario) rigen para todos aquellos contratos de arrendamiento urbanos comprendidos en el sistema de protección legal del Dec. Ley 14219 (y no para las situaciones excluídas del régimen estatutario -*v.g.* art. 2 y 102 inc.3 D.Ley 14219).

asistencia del actor o del demandado a la audiencia preliminar, interpretándose por la jurisprudencia ampliamente mayoritaria que son aplicables en virtud de la remisión normativa (en especial al artículo 340) hecha por la disposición citada.

vi. Régimen impugnativo

La sentencia que hace lugar a la pretensión podrá ser impugnada por el demandado mediante la oposición de excepciones (art. 355 y sgts.).

Por otra parte, el Código ha consagrado un régimen de apelabilidad restringida para los procesos monitorios, al establecer el elenco taxativo de resoluciones que admiten recurso de apelación (art. 360), limitándola a: a) la sentencia que ponga fin al proceso ejecutivo; b) la excepción que acoja la excepción de incompetencia; c) la providencia que no hace lugar a la ejecución; d) la sentencia que levante una medida cautelar; e) la que no hace lugar al diligenciamiento de un medio de prueba; f) la que recaiga en las tercerías.

Contra las demás resoluciones sólo cabrá el recurso de reposición; todo sin perjuicio del recurso de aclaración y ampliación y del recurso de casación en los casos en que nuestro ley admite éste último.

Asimismo se prevé la posibilidad de iniciar un juicio ordinario posterior, que podrá ser revisivo únicamente de lo resuelto en juicios ejecutivos (art. 361) pero no procederá en ningún caso para revisar lo resuelto en otros procesos monitorios distintos del ejecutivo (v.g. entrega de la cosa, desalojo, etc.); adoptándose por el Código la posición clásica en cuanto a autorizar el juicio ordinario revisivo únicamente en aquellos casos en que la ley expresamente lo permite.

Sin embargo, se plantean dudas en torno al alcance de ese juicio revisivo y al objeto del mismo, aspectos cuyo estudio excede el propósito del presente trabajo.8

D. CONDENAS PROCESALES.

En materia de condenas procesales el C.G.P. no ha adoptado una solución uniforme para todos los procesos de estructura monitoria.

El art. 354.1 para los juicios ejecutivos, consagra un régimen de responsabilidad objetiva, al disponer que el Juez en su sentencia "decretará inmediatamente el embargo y mandará llevar adelante la ejecución hasta hacerse efectiva la cantidad reclamada, los intereses, costas y costos". Esto es, el demandado –deudor ejecutado- responde, en principio, por todos los gastos, sin otra exigencia derivada de su conducta en juicio.

La solución mencionada no es extensible a las demás pretensiones que se sustancian por vía monitoria, donde el régimen de los gastos causídicos si-

guen la regla de principio establecida por el Código: esto es, el de responsabilidad subjetiva (ex -arts. 56 CGP y 688 C.Civil).

CONCLUSIONES

Para finalizar esta breve reseña de las características esenciales de los procesos monitorios en el Uruguay, y a la luz de las experiencias surgidas en 20 años de aplicación del C.G.P., a modo de conclusiones, debe destacarse:

a) que el proceso monitorio -en general- ha cumplido satisfactoriamente su finalidad: el ser una vía procesal para la tramitación de ciertas pretensiones caracterizadas por el alto grado de fehaciencia inicial (fundadas básicamente en prueba documental que se acompaña a la demanda) y en las cuales las probabilidades de defensa o excepcionamiento por el demandado son mínimas.
b) La estructura procedimental es rápida y expeditiva en las hipótesis en que no se oponen defensas por el demandado. En general, en estos casos, el proceso puede insumir unos 2 a 3 meses. Sin embargo, la oposición de excepciones hace que el proceso en la práctica se vuelva excesivamente prolongado, llegando a durar 2 años o mas en el régimen de doble instancia, lo que muchas veces atenta contra las finalidades perseguidas por regímenes especiales del derecho objetivo como aquellos que buscan la protección del crédito, v.g., créditos documentados en títulos valores cambiarios, etc.; en cuyo caso a este lapso debe adicionarse el inherente al proceso de ejecución en vía de apremio, que por su regulación y por aspectos de gestión, es uno de los puntos débiles del sistema procesal uruguayo vigente.
c) Las mejoras en el sistema también tienen lugar en sede de las disposiciones que regulan las excepciones admisibles en los procesos de conocimiento sumario, en especial en cuanto al alcance del concepto de inhabilidad de título, la admisión como defensa de otros medios extintivos de las obligaciones distintos del pago, etc.
d) Por último, en cuanto a las pretensiones que admiten ser tramitadas por la vía monitoria, la misma puede ser extendida a otras que por sus particularidades así lo admiten; al tiempo que está pendiente en otros casos la armonización del régimen procesal con el derecho objetivo, como acontece con el pacto comisorio.

Desafíos, todos ellos, para las cátedras de nuestras Universidades –al menos en cuanto a proponer alternativas y soluciones- y en definitiva para nuestros legisladores, que deberán afrontar a fin de perfeccionar nuestro C.G.P. de manera de aggiornarlo permanentemente y enriquecerlo aún mas con las experiencias propias y ajenas que admitan su incorporación atendiendo siempre a las particularidades de nuestro sistema.

Nuevo proceso para reclamaciones judiciales de consumidores (Ley No. 18.507):

Regulación legal y aplicación práctica [1]

Santiago Pereira Campos[2]
Clarisa Rodríguez[3]

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 26/06/09 fue aprobada la Ley No. 18.507, publicada en el Diario Oficial con fecha 07/07/09 que crea un proceso especial -breve y sencillo- que busca formular reclamaciones de bajo importe en materia de relaciones de consumo y concomitantemente, obtener con celeridad y eficacia resoluciones a los conflictos que se planteen.

El objetivo perseguido por la citada Ley No. 18.507 es que quien resulte vulnerado en un derecho amparado por la Ley de Relaciones de Consumo

1 El presente trabajo constituye una actualización doctrinaria y jurisprudencial del que realizaran los autores titulado "**Nuevo proceso para reclamaciones judiciales de consumidores – Ley Nº 18.507"**, publicado en la Revista La Justicia Uruguaya, t. 140, ps. D – 99 y ss. Anteriormente, los mismos autores realizaron estudios preliminares: **"Nuevo proceso para reclamaciones judiciales de consumidores. Proyecto de Ley",** publicado en la Revista Uruguaya de Derecho Procesal 2008/1, p. 33 y ss.. y **"Nuevo proceso para reclamaciones judiciales de consumidores – Ley Nº 18.507. Sus diferencias en relación al Proyecto de Ley"**, publicado en la Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 2/2008.

2 Abogado. Socio de RUEDA ABADI PEREIRA. Profesor Titular de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor Titular de Litigación por Audiencias en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor Titular del Postgrado de Derecho Procesal Aplicado de la Universidad de Montevideo. Profesor de Derecho Procesal del Centro de Estudios Judiciales (CEJU) del Poder Judicial Uruguayo. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. spereira@rap.com.uy.

3 Integrante del Departamento Jurídico de la firma RUEDA ABADI PEREIRA, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, egresada de la Facultad de Derecho de la UDELAR. Aspirante a Profesora Adscripta de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la UDELAR. Maestrando en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario.

No. 17.250 de fecha 11/08/00 (LRC), tenga posibilidades reales de acceder a los órganos jurisdiccionales, aún cuando el importe del reclamo sea menudo.

A continuación, se señalarán algunos aspectos de este nuevo proceso, sus ventajas y sus debilidades.

2. UN PROCESO ESPECIAL PARA RECLAMACIONES DE MENOR CUANTÍA

El art. 11 del Código General del Proceso (CGP) dispone que es un derecho de todas las personas acceder a los órganos jurisdiccionales para hacer valer cualquier pretensión. Sin embargo, en la práctica, dicho derecho se torna ineficaz cuando el importe reclamado es menudo, en cuyo caso la relación costo beneficio del consumidor de soportar el perjuicio o iniciar el proceso ordinario lo hace inclinarse por la primera de las opciones.

En efecto, los costos que hay que afrontar para iniciar un proceso judicial (honorarios profesionales, tributos y demás gastos), así como el tiempo que conlleva un proceso ordinario -que es la estructura actualmente aplicable a la mayor parte de los reclamos formulados en materia de relaciones de consumo- son factores que desalientan notoriamente a formular reclamos por la vía judicial.

De hecho, si bien no existen cifras oficiales actuales disponibles sobre la duración de los procesos tramitados en primera instancia ante los Juzgados de Paz, la misma no es promedialmente inferior a un año[4].

Por tanto, ni la larga duración y escasa complejidad de los procesos, ni el reducido valor del importe reclamado -que muchas veces es igual o inferior a los costos del proceso-, justificaban en muchos casos que un consumidor promoviera una demanda en sede jurisdiccional. Ello, por un lado se traduce en una situación de indefensión para el consumidor que no obtuvo una solución extrajudicial, y por otro, redunda en un inmerecido beneficio del proveedor, sin perjuicio del daño evidente a la imagen de la Justicia.

La Ley No. 18.507, inspirada en las referidas circunstancias que se suscitan en la práctica, crea un proceso especial con el objetivo de superar dichos obstáculos y así dar efectivo cumplimiento al derecho humano de acceso a la Justicia.

4 De acuerdo a una investigación realizada por el Departamento de Estadísticas Judiciales de la División Planeamiento y Presupuesto del Poder Judicial acerca de la duración de los procesos iniciados en 1998 en los Juzgados de Paz Departamental de la Capital, surge que la duración promedio de los procesos ordinarios desde que se presenta la demanda hasta que se dicta una resolución que pone fin al proceso, es de 14 meses y en los Juzgados Seccionales del interior es de 12,7 meses (Información disponible al 1º/07/09 en la página web oficial del Poder Judicial: www.poderjudicial.gub.uy).

Obsérvese que el art. 6 de la LRC consagra el acceso a organismos *judiciales* y administrativos[5] con procedimientos ágiles y eficaces como uno de los derechos básicos del consumidor. Sin embargo, la LRC no crea los instrumentos necesarios para hacer efectiva la referida disposición. De nada sirve la consagración de derechos, en la medida en que no se regulen los instrumentos necesarios que permitan hacerlos efectivos.

En tal sentido, resulta elogiable que la citada ley haya creado un proceso especial orientado a las pequeñas causas, siguiendo la tendencia del Derecho Comparado. Así, por ejemplo, en Brasil los Juzgados de Pequeñas Causas fueron creados en 1984 y constituyen un canal de acceso a la justicia para un sector importante de la población.

3. ¿QUÉ PRETENSIONES PUEDEN PLANTEARSE EN EL PROCESO ESPECIAL?

Las pretensiones que tramitarán por el proceso especial creado serán las que refieran a relaciones de consumo, a la luz de lo previsto en la LRC.

En cuanto al concepto de relación de consumo, el art. 4 de la LRC la define como "*el vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final.*". Asimismo, en el inciso siguiente se establece: "*La provisión de productos y la prestación de servicios que se efectúan a título gratuito, cuando ellas se realizan en función de una eventual relación de consumo, se equiparan a las relaciones de consumo.*".[6]

Según la citada ley (art. 3) "*Proveedor es toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, que desarrolle de manera profesional actividades de producción, creación, construcción, transformación, montaje, importación, distribución y comercialización de productos o servicios en una relación de consumo.*".[7]

5 Actualmente en sede administrativa encontramos el Área de Defensa del Consumidor que depende del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) a través de la Dirección General del Comercio (DGC), la cual tiene entre sus cometidos citar a los proveedores a una audiencia administrativa con el objetivo de tentar el acuerdo entre las partes, auspiciar mecanismos de conciliación y mediación para la solución de los conflictos que se planten entre los particulares, etc.

6 En lo que respecta al concepto de "relación de consumo", *la sentencia 134/2005 de fecha 30/08/05 del TAC de 5º Turno,* entre otras, la define como aquella "…relativa a supuestos de provisión profesional de servicios y productos aptos para la comercialización en forma habitual.". Con ello, dicha sentencia aplica lo que dispone el art. 4 de la ley 17.250, que la define como "…el vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o lo utiliza como destinatario final.".

7 Así, en lo atinente al concepto de "proveedor", señala *la sentencia 243/2004 de fecha 27/10/04 del TAC de 2º Turno,* comentando la noción de relación de consumo, que es la "...que se establece con un proveedor, definido en el art.3 como el que desarrolla de manera profesional actividad de comercialización de productos y servicios, entre otros, en una relación de consumo.". En dicha sentencia, el TAC 2º descarta que una operación inmobiliaria que se realiza entre particulares sea

En relación al concepto de consumidor, el art. 2 de la ley lo define como aquel "*…que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final de una relación de consumo o en función de ella*", agregando a continuación el inciso siguiente que "*No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza, o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización.".* [8]

Sin perjuicio del concepto básico de "consumidor" antes mencionado, cabe destacar que algunas sentencias han recogido el concepto de "consumo empresarial", lo cual supone una amplificación de dicha figura. Así, la *sentencia N° 60/ 2004 de fecha 2/09/04 del JLC de 14º Turno* refiere a un contrato de préstamo otorgado por un Banco a una empresa con destino a la forestación. La sentencia considera al mutuario como "consumidor de servicios financieros", estableciendo que, "sin perjuicio de ser un contrato de préstamo entre empresas" dicha operación "se trata del supuesto de consumo empresarial". Por lo cual, dicho contrato "se encuentra directamente regido por la Ley de Relaciones de Consumo." A mayor abundamiento, la sentencia trae además a colación la concepción que postula la extensión analógica de algunas de las normas de dicha ley (en la especie, se trataba de evaluar la existencia de una eventual cláusula abusiva) en cuanto consagra los principios de "transparencia, igualdad y buena fe, de origen supralegal" citando en su apoyo las opiniones del Prof. Juan Blengio y del Dr. Van Rompaey.

El concepto de "consumo empresarial" se apoya en la definición de consumidor que da el art. 2 de la LRC, el cual establece, como núcleo de dicho concepto, la calidad de constituirse en "destinatario final" de una relación de consumo. De no ser así, podrían producirse situaciones absurdas como por ej., la de un profesional que ejerciera la profesión individualmente y comprara una computadora para destinarla al ejercicio de su profesión; en tal caso dicho profesional no sería consumidor (y no estaría tutelado por la Ley 17.250); por el contrario, si el mismo profesional la adquiriera para su familia, estaría totalmente protegido por la referida ley.

En nuestra opinión, sin perjuicio de la admisibilidad, en principio, del concepto de "consumo empresarial", estimamos que su aplicación exige especiales cautelas y un permanente contacto con la realidad (por parte de quienes

una relación de consumo, pues el particular que "...vende o alquila "no es un proveedor" en los términos del art. 3, pues no hace de estos actos "su profesión habitual".
En el mismo sentido, por *sentencia N° 191/2005 de fecha 10/08/05 del TAC de 1º Turno,* en un préstamo hipotecario entre particulares en cuya ejecución la parte deudora alegó la existencia de usura de acuerdo con la ley 17.569, el TAC 1º rechazó dicha excepción considerando que el art.1 de dicha ley "…regula la usura "en las relaciones de consumo" (art. 1º) que están definidas por la ley 17.250 de 11/8/00 (art. 4) no habiéndose demostrado que las actoras puedan ser consideradas "proveedoras" porque desarrollen "de manera profesional" la actividad de prestar dinero.".

8 En dicho sentido, entre otras, la *sentencia N° 74/04 de fecha 90/09/04 del JLC de 12º Turno* refiriéndose a un caso de ejecución hipotecaria en la que el deudor se excepcionó alegando que los intereses eran usurarios- dispone que "De conformidad con el art. 2 de la ley 17.250, es consumidor el destinatario final de la suma de dinero mutuada y es proveedor quien realiza el servicio de prestar dinero en forma habitual".

evalúen, en el futuro, dichas hipótesis) pues, de lo contrario, por la vía del puro razonamiento lógico, se podría llegar a considerar que constituyen relaciones de consumo gran parte de los típicos contratos entre empresas, con la consecuencia de que una de las dos empresas contratantes (supuestamente "débil") quedaría tutelada por todas las normas de orden público de la LRC en tanto que la otra empresa (la supuestamente "fuerte") quedaría al margen de la tutela legal.

Ahora bien, ante la existencia de un proceso especial previsto para las pretensiones que refieran a relaciones de consumo, la admisibilidad o no del concepto de "consumo empresarial" se transforma en una cuestión fundamental a la hora de determinar si las pretensiones que surgen en dicho marco, pueden ampararse en el citado proceso especial o si, por el contrario, deben tramitar por el proceso ordinario.

Se plantean también dudas respecto de las siguientes situaciones:

a) Si podría plantearse una pretensión declarativa y no de cobro de pesos o devolución de un producto. Nos inclinamos por la posición favorable en tanto se respeten los criterios de cuantía. Esto se plantea en la Sentencia No. 40 de fecha 29/10/10 dictada por el Juzgado de Paz Departamental de 20º Turno, de la cual surge que se dispuso al reclamante que indicara el monto del asunto, quien manifestó que no existía monto a reclamar, pues pretendía la rescisión de un contrato.
b) Si podría plantear la pretensión el proveedor contra el consumidor. Este tema excede el alcance de este trabajo y requiere un análisis profundo.

En la práctica, y según un reciente relevamiento realizado ante los Juzgados de Paz Departamentales de la Capital[9], los casos típicos en que los consumidores acuden a este proceso son aquellos tales como:

a) el consumidor encargó un producto y el proveedor entregó un producto que no coincidía con las características del producto encargado ó entregó el producto fuera del plazo acordado;
b) el consumidor solicitó la reparación de un producto y el proveedor no cumplió con su obligación de repararlo;
c) el consumidor adquirió un producto que no funciona o que estando en garantía se deteriora al punto que queda inutilizable y el proveedor no le sustituye el producto por otro.

Como señalábamos anteriormente, la cuantía de estos reclamos impiden pensar que el consumidor -ante la inexistencia de un proceso como el de referencia- pudiera efectivizar su derecho a exigirle al proveedor el cumplimiento de lo acordado. Es por ello que, si bien hasta la fecha el número de procesos iniciados en el marco de esta ley es reducido, estimamos que probablemente ello se deba o bien al desconocimiento de la existencia de este reciente pro-

9 Ver el trabajo de la Dra. Clarisa Rodríguez presentado en estas Jornadas donde se reseñan los resultados del relevamiento.

ceso o bien al desconocimiento de la efectividad que el mismo presenta en la práctica.

4. JUEZ COMPETENTE Y CUANTÍA

La ley asigna competencia a los Juzgados de Paz que correspondan según la Ley de Organización de los Tribunales (Ley No. 15.750), para entender en los asuntos de menor cuantía en materia de relaciones de consumo.

La Ley No. 18.507 entiende por "asuntos de menor cuantía" aquellos que no superen las 100 UR[10].

Ante la alternativa de crear Juzgados especializados en la materia o de ampliar la competencia de los Juzgados de Paz, consideramos que la elección de la referida ley es muy adecuada considerando las disponibilidades presupuestales, la carga de trabajo de la justicia de Paz y la posibilidad de realizar una primer experiencia en pequeñas causas de consumidores que permita luego ver la posibilidad de mayor especialización atendiendo al número de causas y tipo de asuntos planteados. Incluso estudios recientes demuestran que, a pesar de haberse cumplido más de diez años de vigencia de la LRC que introdujo trascendentes modificaciones en el régimen jurídico contractual entre proveedores y consumidores, continúa siendo en gran medida desconocida por éstos aún ante varias campañas de difusión realizadas. Consecuentemente es de esperar que probablemente, en un principio, no exista un número tan elevado de reclamaciones que justifique la creación de juzgados especializados.

5. ASISTENCIA LETRADA

La Ley No. 18.503, apartándose de la regla dispuesta en el CGP, no requiere asistencia letrada obligatoria. En tal sentido, dicha solución puede presentar una serie de ventajas y desventajas.

En efecto, en cuanto a las ventajas, corresponde señalar:

a) Los conflictos que se tramitarán por este proceso especial, son conflictos que en principio no presentan gran complejidad y al ser sumarios, orales y menos formales los actos procesales y todo el proceso en sí, parecería que las personas estarían en condiciones de asistirse por sí mismas.

b) A ello hay que agregarle que el hecho de que la asistencia letrada no sea obligatoria implica que los costos para litigar sean menores, lo cual redunda en un directo beneficio del reclamante.

Por otra parte, la facultad de asistir al proceso sin abogado, también presenta desventajas.

10 Equivale a $ 50.491 al 24 de marzo de 2011.

De hecho, si analizamos el listado de proveedores sancionados por el Área de Defensa del Consumidor (ADECO)[11], resulta fácil constatar que muchos de ellos son grandes proveedores, que por su notorio poder económico, cuesta pensar que comparezcan en un proceso judicial sin abogado, es decir, sin asesoramiento jurídico profesional.

De este modo, con ánimo de obtener procesos más breves y eficaces, podría correrse el riesgo de incurrir en una desigualdad entre las partes que puede resultar manifiestamente perjudicial para el consumidor.

Por otro lado, no puede perderse de vista que la citada ley prevé la interposición de recursos y la utilización de herramientas jurídico procesales que –en la mayor parte de los casos- únicamente los operadores del derecho conocen.

A ello cabe agregar que algunos asuntos que se tramiten por este proceso especial, también pueden resultar muy complejos (por ejemplo: reclamos formulados por el consumidor de servicios financieros).

Por otra parte, si la razón que motiva la referida solución es económica, podría optarse por la designación de un defensor de oficio, instrumentando un mecanismo ágil que impida que su designación obstaculice el cumplimiento de los plazos previstos en la norma proyectada y evite multiplicar formalismos que en los hechos terminen desestimulando el ejercicio de los respectivos derechos.

Similar solución a la prevista en la ley nacional de referencia ha sido adoptada en Derecho Comparado. En efecto, en Brasil, en algunas provincias y en estados de Canadá y Estados Unidos, tampoco es obligatoria la asistencia de abogado.[12] En Brasil, sin embargo, en algunos casos ello deviene obligatorio[13] cuando el importe de la reclamación supera determinado monto y cuando se ejerce recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

A efectos de poder concluir si la asistencia letrada no obligatoria es una buena solución o no, consideramos que oportunamente se deberá analizar y comparar la incidencia de la intervención del abogado -en los casos en que la parte voluntariamente ha concurrido asistida de un profesional- en los resultados finales de los procesos judiciales, las dificultades de tipo probatorio que han presentado las partes en los casos en que concurrieron sin asistencia letra-

11 Información disponible al 1º/07/09 en la página web oficial de ADECO: www.consumidor.gub.uy

12 Un estudio realizado en Brasil, mostró que en el ámbito estadual el 60,2% de los demandantes y el 45,8% de los demandados comparecen sin abogado. Sin embargo, el estudio refleja importantes diferencias de un estado a otro, a saber: en Río de Janeiro el 51,9% de los demandantes y el 60,8% de los demandados comparecen con abogado , mientras que en Fortaleza, ello se registró únicamente en el 15,3% de los demandantes y en el 12,4% de los demandados (Estudio del Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ e Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, "Juizados especiais civeis – estudo", 2006 citado por VILLADIEGO, Carolina en "Estudio Comparativo Justicia Civil de Pequeñas causas en las Américas", publicado en "Justicia Civil: Perspectivas para una Reforma en América Latina", Chile, (2008), pág. 104).

13 Obsérvese que, según la norma proyectada en nuestro país, cuando el importe reclamado en la demanda supere el valor equivalente a 100 UR, se deberá recurrir por la vía del proceso ordinario, siendo obligatoria, en consecuencia, la asistencia letrada.

da, las dificultades en el ejercicio de defensa, incidencia del desconocimiento del proceso judicial de las partes en el funcionamiento del sistema, etc.

A título de ejemplo, cabe citar la sentencia No. 22 de fecha 17/06/10 dictada por el Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 32 Turno, de donde surge que comparecieron las partes sin asistencia letrada, y dispone: "*Amparando parcialmente la demanda y determinando que la culpabilidad en la ocurrencia del siniestro de autos correspondió, pura y exclusivamente, a la parte demandada; desestimando, asimismo, la pretensión reparatoria de la actora en cuanto incumplió, absolutamente, con el onus probandi a su cargo de acreditar el monto y entidad de la depreciación en la cual sustenta la pretendida reparación, sin especial condenación.*".

Del mismo modo, la sentencia No. 40 de fecha 29/09/10 dictada por el citado Juzgado, de donde surge que la parte actora compareció sin asistencia letrada y la parte demandada compareció debidamente asistido, se establece: "*...habida cuenta de la especial naturaleza del presente proceso procede establecer que en cuanto a la interposición de la demanda y en materia probatoria se aplica según lo establecido por el art. 2 de la Ley 18.507 lo dispuesto en los arts. 117, 137 y 139 del CGP en cuanto las partes cuando sus pretensiones son controvertidas las deberán acreditar de acuerdo a derecho y como corresponde para ver amparadas las mismas. En este estado surge de la demanda de autos que la misma incumple totalmente con lo edictado por el art. 117 del CGP, habida cuenta de que no reúne los requisitos establecidos a sus efectos por dicha norma legal. (…) En consecuencia, no habiendo la actora cumplido con lo establecido con el art. 117 del CGP en cuanto a los requisitos de la demanda, al no establecer en la misma que el rodado de autos fue reparado hace más de seis meses, ni aportar datos de tipo alguno del taller que habría hecho la reparación, ni del costo de la misma, deberá desestimarse dicha pretensión.*".

En nuestra opinión, la no obligatoriedad de la asistencia letrada se justificaba plenamente en el proyecto de ley original en tanto permitía que la sentencia del proceso especial fuera revisada en un juicio ordinario posterior. Pero una vez eliminada en el Parlamento dicha previsión, estamos ante un proceso en instancia única sin posibilidad de revisión de la sentencia por un tribunal superior vía apelación o por el mismo tribunal en un proceso de mayores garantías, lo que quiebra el equilibrio originalmente previsto en el proyecto y hace al menos discutible la falta de asistencia letrada obligatoria.

6. PROCEDIMIENTO

Tal como señalamos precedentemente, el proceso previsto en la Ley No. 18.507 es sumarísimo, y presenta ciertas similitudes con el actual proceso de amparo regulado en la Ley No. 16.011 de fecha 19/12/88 y con el nuevo proceso laboral de menor cuantía (Ley 18.572).

En el siguiente cuadro se esquematiza el procedimiento.



A continuación se señalarán los aspectos característicos del nuevo proceso para reclamaciones judiciales de consumidores previstos en la ley de referencia.

a. Conciliación previa

La Ley No. 18.507 no exceptúa a este nuevo proceso del requisito de la conciliación previa. En virtud de ello, y pese a que probablemente este fue un aspecto no advertido por el legislador, en principio debería darse cumplimiento a tal requisito, pues así lo dispone el art. 293 del CGP, que a nuestro juicio, resulta aplicable a la luz de lo dispuesto en el art. 6 de la ley objeto de análisis.

La inadvertencia de este requisito por parte del legislador, repercute directamente en la agilidad que pretendió otorgarse a estos procesos. Tan es así, que en la práctica, el tiempo que tiene que esperar el consumidor para poder cumplir con el requisito de la conciliación previa muchas veces es mayor que todo el proceso judicial posterior, lo cual carece de sentido.

Sin perjuicio de ello, en la medida que la conciliación previa no fue expresamente exceptuada para estos procesos, en principio, a nuestro criterio, no

queda más remedio que cumplir con dicho requisito (no así con la conciliación administrativa ante ADECO, pues ésta no es preceptiva[14]).

En tal sentido, cabe citar la sentencia No. 48 de fecha 13/11/09 dictada por el Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 26 Turno la cual dispone: "6) Por decreto 2663 dictado en la audiencia se tiene por diligenciada la prueba y se reserva hasta que se cumpla con el requisito de la inútil tentativa de conciliación. 7) Cumplido dicho requisito el día …se convoca a las partes a una audiencia de lectura de sentencia...".

Ahora bien, otro aspecto a determinar es si a la audiencia de conciliación previa se debe comparecer con asistencia letrada obligatoria o no. Cabe precisar que este tema sólo se plantearía cuando el total de lo reclamado en la demanda fuera mayor de 20UR (art. 37 del CGP modificado por Ley No. 16.995, art. 2) y menor a 100UR, pues los asuntos menores a 20 UR se encuentran exceptuados de patrocinio letrado obligatorio y los asuntos mayores a 100 UR no tramitan por esta vía procesal.

En tal sentido, adoptando una interpretación lógica sistemática podría sostenerse que, si el proceso principal no requiere de patrocinio letrado preceptivo, tampoco debería requerirlo el proceso preliminar. Sin embargo, existiendo norma expresa que dispone taxativamente los casos en que no se requiere asistencia letrada obligatoria -art. 37 del CGP modificado por Ley No. 16.995, art. 2- la cual sería aplicable a la luz del art. 6 de la Ley No. 18.507- el tema resultaba, a nuestro juicio, bastante opinable.

La Suprema Corte de Justicia, mediante la Acordada No. 7654 interpreta que no se requiere firma ni asistencia letrada para tentar la conciliación previa en los asuntos que se promuevan al amparo de la Ley No. 18.507.

b. Solicitud de audiencia

El proceso comienza con la solicitud de audiencia ante el Juzgado de Paz competente. Se prevé que dicha solicitud se presente en un formulario -reglamentado por la Suprema Corte de Justicia (SCJ) y difundido por Circular No. 139/2009 (Ver el modelo de formulario al fin de este trabajo)- donde debe constar toda la información exigida por el art. 117 del CGP y, especialmente el monto máximo a reclamar. Este último es un requisito indispensable, pues de ello dependerá la competencia del Juez por razón de cuantía para entender o no en el asunto y si corresponde que tramite por este procedimiento especial o no.

Sin perjuicio de ello, en todo aquello no regulado específicamente por la Ley No. 18.507, regirá el CGP. De hecho, el art. 6 expresa: *"En lo no previsto en la presente ley, será de aplicación lo establecido por el Código General del Proceso y demás normas modificativas y concordantes".*

El formulario al que hace referencia la citada ley es nada más ni nada menos que una demanda, y como tal, le serán aplicables los principios procesales y toda la normativa que rige el referido acto procesal. En virtud de ello, si bien

14 Ley No. 17.250, art. 6 literal G y art. 42 literal f) en su texto dado por la Ley No. 18.046, art. 137.

entendemos que la utilización de formularios puede ser un buen mecanismo que contribuya a agilizar el inicio del proceso, es conveniente que quien reclame sea asistido por un abogado. De lo contrario, con el objetivo de acelerar y facilitar el proceso de reclamo, podría terminar perjudicándose a la parte actora, simplemente por cuestiones de desconocimiento técnico, en un proceso que no admite revisión del fallo mediante apelación ni juicio ordinario posterior.

Se plantea la duda de si con el formulario (demanda) debe ofrecerse toda la prueba como ocurre en el CGP. En efecto, la duda se genera porque el art. 2.1 de la ley se remite a los "datos requeridos por el art. 117 del CGP" y no se remite al art. 118 del CGP que regula el ofrecimiento de prueba. Si bien el art. 117 num. 4) prevé el ofrecimiento probatorio, ello no sería un "dato". Pero el argumento que creemos inclina la balanza en el sentido de que en la audiencia el actor puede ofrecer prueba no indicada en la demanda es el art. 2.2. de la ley 18.507 que, al regular la audiencia, dispone *"La audiencia será pública y el Juez comenzará oyendo a las partes por su orden, las que* ***formularán sus respectivas proposiciones y ofrecerán prueba***". Obsérvese que la ley no distingue entre actor y demandado, previendo que ambos pueden ofrecer prueba en la audiencia. Ello podría justificarse por el formato abreviado del formulario y la posible actuación sin asistencia letrada.

La Ley No. 18.507 no prevé que se de traslado de la demanda a la parte demandada previamente a la audiencia, citándose directamente a las partes a audiencia, la que debe ser fijada dentro de las siguientes 48 horas, para dentro de un plazo máximo de 30 días. De todas formas, debe interpretarse razonablemente que al momento de notificarse al proveedor de la audiencia, ya se le de conocimiento de la demanda, de modo de poder preparar su defensa que esgrimirá en la audiencia.

Recientemente un proveedor de servicios telefónicos, a raíz de un reclamo presentado por un usuario, que alegaba dificultades en la prestación del servicio, solicitó que se declarara inconstitucional el art. 2 de la Ley No. 18.507, pues entendía que el mismo era violatorio de los principios de igualdad e impedía al demandado formular una adecuada defensa, pues, mientras al actor le permitía preparar su demanda en el tiempo que considerara necesario, articulando sus defensas y evaluando la prueba, el demandado de hecho en el caso concreto tuvo tan sólo 48 horas para preparar su defensa y obtener los medios probatorios (la ley no prevé plazo mínimo entre el emplazamiento y la fecha de la audiencia).

Para analizar la cuestión de constitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia parte de dos premisas: i) en primer lugar, se presume que toda ley es constitucional, mientras no se pruebe lo contrario, y por tanto quien alega la inconstitucionalidad de la norma tiene la carga de probar la manifiesta incompatibilidad de la norma constitucional y la legal; ii) en segundo lugar, la Corte no juzga si la norma legal dispone una solución acertada o no, sino que se limita a señalar si la ley es o no constitucionalmente válida.

En tal sentido, la Suprema Corte de Justicia -por unanimidad- por Sentencia No. 433 de fecha 23/02/11 entendió que la citada ley no es inconstitucional, pues la misma prevé la oportunidad para escuchar a la parte demandada, para ofrecer sus medios de prueba y para formular sus defensas.

Agrega además que si bien es cierto que debe fijarse la audiencia de precepto dentro de las 48 hs de recibida la solicitud, dicha audiencia se fija en un plazo máximo de 30 días, por tanto -considerando que la parte demandada articula su defensa en la referida audiencia-, ésta cuenta con un plazo para preparar su defensa muy similar al de una demanda instaurada en un proceso ordinario.

Si en el caso puntual, la demandada fue notificada de la audiencia dos días antes de su celebración, señala la Corte que no es un hecho imputable a la ley, sino a la esfera administrativa, la cual es ajena a la regularidad constitucional del proceso instaurado.

Más allá del tema de constitucionalidad, entendemos que debiera regularse un plazo mínimo entre el emplazamiento y la realización de la audiencia (donde –entre otros contendidos- se contesta la demanda-) de modo de asegurar la posibilidad de una adecuada defensa.

El hecho de que se establezca un plazo para que la Sede fije la audiencia y otro para su realización, son medidas que tienden a evitar que un proceso judicial sumarísimo tienda a prolongarse por motivos de agenda. Ello exige un esfuerzo extra para el Juez y la oficina, que deben estar atentos a la presentación de este tipo de solicitudes[15]. De todos modos, debe señalarse que no se prevén sanciones específicas para el incumplimiento de estos plazos por parte de la oficina judicial, sin perjuicio de resultar aplicables las normas sobre responsabilidad funcional del CGP y la LOT.

Al reclamante se le atribuye la carga de comparecer a notificarse de la audiencia fijada, so pena de tenerlo por notificado, previéndose la notificación personal únicamente para el demandado. En tal sentido, la referida ley se aparta notoriamente de la solución prevista en el art. 87 numeral 5 del CGP que dispone que el auto que convoca a audiencia debe ser notificado en el domicilio de los interesados con la única excepción de que la fecha hubiera sido fijada en audiencia, en la que las partes estaban presentes o debieron estarlo. En la medida en que la referida ley establece el plazo en que la Sede debe fijar la correspondiente audiencia, consideramos que haber trasladado la carga de notificación a la parte actora es una medida adecuada que apunta a ahorrar

15 Según un relevamiento que realizáramos a mediados del año 2007 (PEREIRA CAMPOS, Santiago; "El Proceso Civil Ordinario por Audiencias", Cap. VI, pág. 77 y sgtes., Ed. FCU (2008), en los procesos ordinarios civiles que se tramitan ante los Juzgados Letrados de Montevideo, el tiempo promedio transcurrido entre la demanda y la notificación es de 37 días corridos, y el tiempo promedio para la fijación de las audiencias es de 44 días corridos. Tales plazos estarían mejorando sensiblemente con el sistema de notificaciones electrónicas implementado. Pero, de todos modos, queda de manifiesto cuánto más breves serán estos procesos de cumplirse eficazmente la Ley No. 18.507.

tiempo y esfuerzo de la oficina, lo cual redunda en beneficio de los usuarios del servicio de justicia en general.

Entendemos que sería conveniente extender la aplicación del sistema de notificaciones electrónicas a este proceso[16].

c. Contenido de la audiencia

El CGP prevé que todo proceso es de conocimiento público, salvo que expresamente la ley disponga lo contrario o el tribunal así lo decida por razones de seguridad, de moral o en protección de alguna de las partes (art. 7 CGP). En la misma línea, el art. 2.2 de la Ley No. 18.507 dispone que las audiencias en el proceso de referencia serán públicas.

La inasistencia no justificada del actor a la audiencia de referencia, se tiene como desistimiento de su pretensión, rigiéndose en este sentido por el art. 340 del CGP. Ello implica que el consumidor incompareciente sin causa justificada pierde su derecho a plantear su reclamo en juicio. Ante una sanción tan relevante, cobra importancia la cuestión de la falta de asistencia letrada obligatoria a que ya nos referimos.

Esta previsión legal, tiene especial relevancia en tanto permite distinguir el carácter de **orden público de una ley** (en el caso la LRC) –límite a la autonomía de la voluntad en las convenciones entre los sujetos- de una **cuestión de orden público** (art. 134 inc. 2º y art. 340.3 del CGP aplicable para la mayoría de doctrina y jurisprudencia al art. 340.2 del CGP) –que impide disponer expresa o tácitamente en juicio del derecho-. En efecto, la ley en análisis, posterior en el tiempo a la LRC, admite que las pretensiones formuladas en el marco de la LRC son disponibles en juicio ya que dispone la aplicación de la sanción del desistimiento de la pretensión. Asimismo, frecuentemente se celebran transacciones sobre asuntos de consumo ante nuestros tribunales y la propia ley en análisis prevé la conciliación intraprocesal (además de seguir vigente la conciliación pevia). Se puede entonces concluir que si bien la LRC es de orden público, nada impide que en juicio se pueda transigir o disponer de los derechos que ésta confiere. Vale esta aclaración porque llevada la cuestión del "orden público" a su extremo, impediría que las pretensiones originadas en relaciones de consumo puedan disponerse en juicio, lo que no compartimos.

Si el inasistente al la audiencia fuera el demandado, no se procede al diligenciamiento de los medios probatorios, dictándose sentencia de inmediato, la que si bien tendrá por ciertos los hechos afirmados por el actor, en caso de condena, no podrá exceder el monto señalado en la solicitud de audiencia[17].

16 La Acordada No. 7654 excluye de lo dispuesto por Acordada No. 7637 (constitución de domicilio electrónico) a las pretensiones que se promuevan al amparo de la Ley No. 18.507.

17 A título de ejemplo, cabe citar las sentencias No. 28 de fecha 18/10/10 y No. 30 de fecha 19/1010 dictadas por el Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 13º Turno; sentencias No. 12 de fecha 11/05/10 y 14 de fecha 21/05/10, ambas dictadas por el Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 7º Turno; sentencia No. 20 de fecha 17/08 dictada por el Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 37º Turno; sentencia No. 24 de fecha 20/08/10 dictada por el Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 31º Turno; sentencia No. 40 de fecha 29/10/10 dictada por el Juzgado de Paz

Iniciada la audiencia, la norma dispone que el juez oirá a las partes, quienes formularán sus proposiciones y ofrecerán los medios de prueba[18]. Aquí se plantea la cuestión ya mencionada sobre si el actor puede ofrecer prueba en esta oportunidad.

El demandado deberá necesariamente contestar la demanda en forma oral en la propia audiencia, ofreciendo allí sus pruebas. No se prevé expresamente la oposición de excepciones por parte del demandado pero es claro que pueden plantearse en tanto el art. 2.5 de la ley dispone que en la sentencia definitiva el juez se pronunciará sobre todas las defensas interpuestas "incluyendo las excepciones previas" (en realidad dejan de ser "previas"). No se prevé tampoco el traslado de las excepciones al actor, pero parece claro que ello debe hacerse en la propia audiencia, donde el actor evacuará el traslado.

A posteriori, procede la tentativa de conciliación dirigida por el Juez en su calidad de director del proceso y de arribarse a un acuerdo, se prevé la confección del acta resumida de audiencia, y el dictado de la correspondiente providencia que homologue el acuerdo, la que tendrá los mismos efectos que la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada[19].

De no arribarse a una conciliación, la Ley No.18.507 prevé que se recibirán las pruebas ofrecidas por las partes.

De ofrecerse prueba testimonial, la norma admite un tope máximo de tres testigos por cada parte, de modo de no entorpecer la celeridad del proceso. En caso de no poderse diligenciar todos los medios probatorios en la audiencia, se faculta al juez a prorrogarla por una única vez y por un plazo máximo de 15 días, en caso de que la Sede lo estime conducente. Cabe destacar que la re-

Departamental de la Capital de 20º Turno; sentencia dictada con fecha 22/04/10 por el Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 22º Turno (I.U.E. No. 2-9386/2010); sentencias No. 43 de fecha 13/10/10 y 27 de fecha 31/05/10 dictadas por el Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 6º Turno; sentencia 45 de fecha 23/09/10 dictada por el Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 19º Turno, sentencia No. 43 de fecha 4/11/09 dictada por el Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 17º Turno.

18 De considerarse que el presente proceso se encuentra comprendido dentro de los procesos de carácter social, cabe la duda se si se aplica el art. 350.3 del CGP, según el cual se podrá modificar la pretensión en la audiencia, cuando surja de manifiesto que, carencias de información o de asesoramiento han determinado omisiones en relación a derechos que asisten a la parte. Cuando ello ocurra, la contraparte tendrá la correspondiente oportunidad para efectuar su contestación. Esto genera dos cuestiones: a) si los procesos de consumidores pertenecen a una materia "de carácter social" en la terminología del art. 350.3 del CGP (nos inclinamos en principio por pensar que las acciones individuales de relaciones de consumo no ingresan en esta categoría) y b) si en caso de cosiderarse materia de carácter social, es aplicable a este proceso sumario y especial la previsión del art. 350.3 del CGP. De hecho, en los casos en que se presentan demandas sin asistencia letrada, los jueces suelen interrogar a las partes sobre cuál es el alcance de su pretensión y encausar así el proceso. Esto responde más a la carencia de asistencia letrada que a la materia en cuestión.

19 En tal sentido, cabe traer a colación la providencia dictada en la audiencia de fecha 16/08/10 en el expediente No. 2-28386/2010, que homologa el acuerdo logrado por las partes, a raíz de la conciliación tentada por la Sede. En este caso el consumidor había iniciado el proceso en virtud de una reclamación vinculada a la adquisición de un celular, acordándose finalmente la resolución del contrato, a saber: el proveedor se obligó a devolverle el importe abonado por el consumidor y éste último a devolverle el teléfono, con el correspondiente cargador, cable, auricular, memoria y caja de cartón.

ferida norma otorga al Juez los más amplios poderes inquisitivos, acentuando los poderes-deberes que le atribuye el CGP.

Por último, y con ánimo de favorecer la celeridad y eficacia del proceso, cabe señalar que en la Ley No. 18.507 únicamente se admite la interposición del recurso de reposición durante el curso del proceso, quedando proscripta la apelación. No se prevén los recursos de aclaración y de ampliación para las resoluciones dictadas en el curso del proceso (sólo se prevén para la sentencia definitiva).

Además, se faculta al juez a rechazar cualquier incidente que se plantee durante el proceso, siendo su decisión irrecurrible.

Finalizada la audiencia, la ley prevé que el Juez dicte sentencia, pudiendo prorrogarse su dictado por un plazo máximo de 3 días. En dicha sentencia la Sede resolverá todas las defensas que hubieren sido interpuestas.

d. Medios impugnativos que admite la sentencia definitiva

La sentencia de regla se dicta en audiencia, pero se prevé la posibilidad de dictarla dentro de los 3 días posteriores. Por ende, pareciera que la sentencia definitiva puede ser dictada en audiencia o fuera de ella (de hecho varios fallos se han dictado en la práctica fuera de audiencia).

El art. 2.6 de la Ley No. 18.507 limita los recursos que admiten impugnar la sentencia definitiva. En efecto, la citada norma prevé que la sentencia definitiva únicamente admite los recursos de aclaración y ampliación, debiendo ser interpuestos y resueltos en la propia audiencia, la cual no admitirá prorroga alguna. Por tanto, finalizada la audiencia en que se dicta la sentencia definitiva en el proceso sumario, la referida sentencia adquirirá la calidad de cosa juzgada formal y material al mismo tiempo.

Acá se plantea la cuestión de que no se prevé que se si la sentencia definitiva se dicta fuera de audiencia, debiera concederse un plazo a las partes para interponer los recursos de aclaración y/o ampliación. En nuestra opinión, cabe aplicar la solución del art. 244 del CGP, que prevé un plazo de 3 días.

La sentencia no puede ser revisada ni por un tribunal superior mediante el recurso de apelación, ni en un proceso de mayores garantías (proceso ordinario posterior).

En la citada sentencia No. 433 dictada por la SCJ el proveedor de servicios telefónicos señaló que otro motivo que a su juicio afectaba su derecho de defensa y que, por ende, hacía que el art. 2 de la ley No. 18.507 fuera inconstitucional, era que en dicho proceso la sentencia definitiva fuera inapelable, admitiéndose solamente recurso de aclaración y ampliación contra la misma.

Respecto a este punto, la Suprema Corte de Justicia precisó que la doble instancia carece de consagración constitucional y que en consecuencia, dado que el artículo 18 de la Carta establece que la ley fijará el orden y las formalidades de los juicios, el legislador se encuentra habilitado para estructurar procedimientos en los que no exista doble examen, siempre que los mismos confieran oportunidad de audiencia y defensa.

Por último, la Suprema Corte de Justicia indicó que la ley de referencia no vulnera el principio de igualdad, pues no confiere un trato diferencial entre las partes en el proceso. En otras palabras, la sentencia definitiva admite únicamente los recursos de aclaración y ampliación, pero ello opera en igualdad de condiciones para ambas partes. En tal sentido, la Suprema Corte de Justicia sostiene que el principio de igualdad no obstaculiza para que se legisle para clases o grupos de personas siempre que todos los comprendidos en el grupo o en la clase sean igualmente alcanzados por la norma y que la determinación de la clase sea razonable (no arbitraria).

En relación a la imposibilidad de que la sentencia definitiva sea revisada por un tribunal superior o en un proceso de mayores garantías, cabe traer a colación una norma que estaba prevista en el Proyecto de Ley[20] y que finalmente fue eliminada. En nuestra opinión, la misma consagraba una buena solución. En efecto, el art. 6[21] del Proyecto preveía que la sentencia dictada en este proceso de especial brevedad podía ser modificada en un proceso ordinario posterior revisivo del proceso sumario[22], siendo competente para ello el mismo tribunal que había entendido en el proceso sumario.[23]

20 En tal sentido, nos remitimos al artículo "Nuevo Proceso para reclamaciones judiciales de consumidores", que se encuentra publicado en la RUDP 2008/1, Ed. FCU, págs. 33 y sgtes., donde analizamos el citado Proyecto de Ley.

21 Expresaba el art. 6º del Proyecto (eliminado en la ley aprobada): *"**Juicio Ordinario Posterior.** Lo decidido en el proceso sumario podrá ser modificado en proceso ordinario posterior.*
Este proceso sólo podrá promoverse cuando haya quedado ejecutoriada la sentencia pronunciada en el proceso sumario.
Para conocer en el proceso ordinario posterior será competente el mismo tribunal que hubiere entendido en el proceso sumario.
El derecho a obtener la revisión de lo resuelto en el proceso sumario caducará a los tres meses de ejecutoriada la sentencia pronunciada en éste".

22 Barrios de Angelis entiende que todo juicio no ordinario admite ser revisado por un juicio ordinario posterior, pues todas las personas deben contar con la garantía de la máxima estructura del debido proceso. Por tanto, siguiendo la posición de este autor, todas las sentencias de juicios no ordinarios pasarían en autoridad de cosa juzgada formal. En consecuencia, según este autor, cuando una norma establece expresamente la posibilidad de acudir a un juicio ordinario posterior simplemente confirma un principio general. Sin embargo, la mayoría de la doctrina y toda la jurisprudencia sostiene que únicamente se puede iniciar un juicio ordinario revisivo posterior, cuando la ley expresamente lo establece, pues cuando la ley admite el juicio ordinario posterior, lo hace como una excepción.

23 A la luz del citado art. 6 del referido Proyecto de Ley, la sentencia dictada en el proceso sumario no adquiría la calidad de cosa juzgada formal y material al mismo tiempo, como ocurre con la mayoría de las sentencias. De hecho, finalizada la audiencia en que fuera dictada la sentencia definitiva en el proceso sumario, de acuerdo a la norma proyectada, la sentencia pasaba en autoridad de cosa juzgada formal, pues finalizada la audiencia no procedía ningún recurso ordinario contra la misma. Sin embargo, la sentencia adquiría la calidad de cosa juzgada material, en dos hipótesis, a saber: si se vencía el plazo de 3 meses, en cuyo caso, la cosa juzgada formal por el mero transcurso del tiempo se transformaba en sustancial; o si dentro del plazo que la norma proyectada preveía -3 meses- cualquiera de las partes iniciaba el juicio ordinario posterior, en cuyo caso se obtenía la cosa juzgada material una vez que transcurridas todas las etapas procesales, se dictaba la correspondiente sentencia definitiva y ésta quedaba ejecutoriada.
En definitiva, de acuerdo a la citada disposición prevista en el Proyecto de Ley, recién verificadas algunas de las referidas hipótesis la sentencia definitiva adquiría la calidad de inmutable.

Parecería que, tal como se había previsto en la norma proyectada, un proceso con una estructura tan abreviada como la que crea la Ley No. 18.507, necesariamente requería de un proceso ordinario posterior con las máximas garantías, a la luz de la solución prevista en el CGP para algunos procesos de estructura monitoria.

Obsérvese que su inclusión tenía su razón de ser. En efecto, y tal como señala Couture haciendo referencia al juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo "*El concepto en que se apoya la idea de un juicio ordinario posterior al ejecutivo es el de que la sumariedad de éste priva de las garantías necesarias para la defensa. La revisión tiene por objeto, pues, reparar las consecuencias de un debate apresurado*.".[24]

Más aún, considerando que este nuevo proceso que se crea -a diferencia de lo que ocurre en el proceso ejecutivo- las partes pueden comparecer sin abogado y que, a su vez, la sentencia definitiva que se dicta únicamente admite recursos de aclaración y ampliación, parecería que era imprescindible contar con un proceso ordinario posterior revisivo del sumario, que reforzara las debidas garantías que merecen las partes en juicio, tal como lo había previsto el Proyecto de Ley de referencia.

Por otra parte, cabe destacar que, si se tiene presente que la norma proyectada preveía que el derecho a obtener la revisión de lo resuelto en el proceso caducaba a los 3 meses de ejecutoriada la sentencia pronunciada en aquel, menos se comprende cuáles fueron los motivos que impulsaron a su eliminación, más aún cuando la experiencia nacional indica que de por sí, el juicio ordinario posterior revisivo del proceso sumario suele ser muy poco utilizado.[25]

Obsérvese que, por un lado, la norma proyectada -al igual que la actual Ley No. 18.507- le permitía al consumidor obtener una sentencia con celeridad y ejecutarla, pero por otro, al proveedor le ofrecía recurrir a un proceso de mayores garantías (juicio ordinario posterior), posibilidad que fue eliminada de la Ley No. 18.507. En tal sentido, la inclusión de tal posibilidad prevista en la norma proyectada tenía la virtud de obtener una situación procesal de equilibrio, pues, a la celeridad del proceso especial que ahora puede iniciar el consumidor para hacer efectivos sus derechos, se la contrarrestaba con un medio impugnativo (juicio ordinario posterior con todas las garantías) revisivo de ese proceso sumario y célere. En definitiva, entendemos que Ley No. 18.507 al eliminar la posibilidad de iniciar un juicio ordinario posterior al sumario, quebró indebidamente el referido equilibrio.

Finalmente, cabe señalar que se plantea la duda se si procede el recurso de revisión previsto en los arts. 281 y ss. del CGP contra la sentencia definitiva del proceso sumario de consumidores previsto en la ley comentada, dado que se limitan los medios impugnativos expresamente a los recursos de aclaración y ampliación. Postular la improcedencia del recurso de revisión puede ser

24 Citado por TARIGO, E., en "Lecciones de Derecho Procesal Civil", Tomo IV, Ed. FCU (2000), pág. 285.

25 Por ejemplo, el juicio ordinario posterior, previsto en el art. 361 del CGP, en sede de proceso ejecutivo, es un proceso excepcionalmente utilizado.

especialmente riesgoso en casos de fraude o colusión y, lo que puede resultar más frecuente, en casos de sentencias contradictorias.

e. Medidas provisionales

El art. 2.7 de la ley dispone que resultará aplicable lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley No. 16.011 (Ley No. de amparo), que dispone*: "Si de la demanda o en cualquier otro momento del proceso resultare, a juicio del Juez, la necesidad de su inmediata actuación, éste dispondrá, con carácter provisional, las medidas que correspondieren en amparo del derecho o libertad presuntamente violados".*

Este instrumento de tutela anticipada que confiere amplios poderes-deberes al tribunal puede resulta peligroso en un proceso que no admite revisión alguna. Por ello resultaba adecuado en la versión original del Proyecto que permitía la revisión de la sentencia en un juicio ordinario posterior pero parece desequilibrado en el marco de la ley aprobada. Obsérvese que en el proceso de amparo que regula esta solución, la sentencia es apelable.

f. Multa civil

El Proyecto de la Ley en su artículo 7[26] otorgaba facultades al tribunal para aplicar una multa civil -cuyo importe sería fijado por la Sede considerando las circunstancias del caso y en especial, los beneficios obtenidos por el demandado con su conducta- a quien actuara con "grave indiferencia" respecto de los derechos ajenos o de incidencia colectiva.

En tal sentido, si bien la norma proyectada no expresaba qué debía entenderse por "grave indiferencia", parecería que estaba haciendo referencia a aquellos casos en que, por ejemplo, la parte demandada no comparecía a la audiencia.

Dicha norma no fue incorporada en la Ley No. 18.507, lo cual consideramos apropiado. En efecto, los casos de "indiferencia grave" ya tienen atribuidos importantes efectos procesales por el CGP, pudiendo resultar un exceso agregar a dichos efectos una multa civil.

g. Tributos

A efectos de que el importe de los tributos a abonar por la parte actora no constituya un obstáculo para iniciar los procesos de referencia (pero a su vez propender a evitar reclamos absolutamente infundados), la Ley No. 18.507 prevé que las partes únicamente deben reponer un timbre equivalente al 1% del importe reclamado, quedando siempre abierta la posibilidad de solicitar una auxiliatoria de pobreza en caso de que ello no fuera posible.

26 Disponía el art. 7º del Proyecto**: *"Multa Civil.*** *El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los derechos de incidencia colectiva-*
Su monto se fijará tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que obtuvo el demandado con su conducta".

h. Costas y costos

La ley prevé que la sentencia definitiva impondrá preceptivamente las costas y costos del proceso de cargo del vencido[27]. Sin embargo el tribunal podrá apartarse de este principio, en forma fundada, cuando la parte, a su juicio, haya actuado con alguna razón.

Se regula así un sistema de condena en costas y costos cuasi preceptivo, similar al previsto en el CGP para la segunda instancia de los incidentes. Ello, podrá operar en algunos casos como disuasivo de los reclamos infundados.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que según un reciente relevamiento que realizamos sobre los procesos iniciados en el marco de la Ley No. 18.507 ante los Juzgados de Paz Departamentales de la Capital, la condena en costos y costas al perdidoso es excepcional.

i. Caducidad

La ley prevé en el art. 5 que la acción para reclamar por el proceso sumario descrito precedentemente caduca al año de verificado el acto, hecho u omisión en que se base el reclamo, sin perjuicio de los plazos consagrados en la LRC. Dadas las características del proceso consideramos que la existencia de un plazo de caducidad como el propuesto, es adecuado.

Asimismo, se aclara expresamente en el art. 5 que la referida caducidad no impide promover el correspondiente proceso ordinario, o extraordinario en su caso.

Se plantea aquí la cuestión de si el proceso especial previsto en la ley de referencia es un proceso adicional que no sustituye la vía procesal ordinaria prevista en el CGP para promover el correspondiente reclamo. En otras palabras, si la parte en asuntos inferiores a 100 UR puede optar por tramitar la vía ordinaria prescindiendo del proceso especial. Ello parece claro cuando hubiere vencido el plazo de caducidad. Pero es discutible cuando aún se esté en plazo (allí puede incidir el art. 24 num. 3 del CGP).

7. APLICACIÓN PRÁCTICA DEL PROCESO REGULADO POR LA LEY NO. 18.507 (PANORAMA JURISPRUDENCIAL)

Muy recientemente y conforme a un relevamiento jurisprudencial realizado ante los Juzgados de Paz Departamentales de la Capital, pudimos extraer una serie de datos, cuyo análisis nos permite analizar y evaluar de forma aproximada, si el proceso regulado por la Ley No. 18.507 a la fecha es eficaz.

A efectos de poder realizar el presente relevamiento, la metodología empleada fue la siguiente:

A) Hicimos llegar a los Jueces Departamentales de Paz de la Capital una nota solicitándoles si podían informarnos si en su juzgado se habían iniciado

27 Sentencia No. 24 de fecha 20/08/10 dictada por el Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 31º Turno.

procesos en el marco de la Ley No. 18.507 y si podían proporcionarnos copia de las correspondientes sentencias[28][29].

Partimos de la hipótesis de que las sentencias proporcionadas por los referidos Juzgados correspondían a todos los casos iniciados ante los mismos, al amparo de la Ley No. 18.507. Del mismo modo, tomamos como punto de partida que en los Juzgados donde nos informaron que no tenían sentencias dictadas en el marco de la referida ley, era porque a la fecha, no se habían iniciado allí, causas que tramitaran por el proceso de referencia.

B) A su vez, complementamos la información proporcionada por los jueces, con la información que luce en www.expedientes.poderjudicial.gub.uy , donde pudimos acceder a información vinculada con el trámite que había tenido cada expediente.

7.1 Demanda del servicio de justicia en relación al proceso de referencia

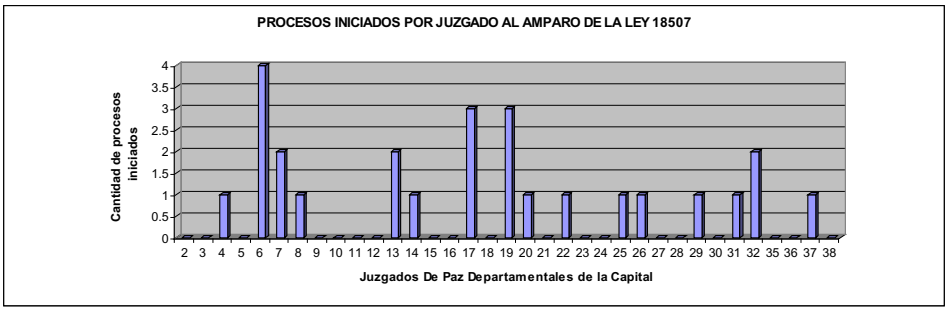
- De un total de 37 Juzgados de Paz Departamentales de la Capital, se consultó la jurisprudencia dictada al amparo de la Ley No. 18.507 en 35 de ellos30, de donde se desprendió la siguiente información:

    - Se iniciaron un total de 26 expedientes, donde se dedujeron pretensiones tramitadas en el marco de la Ley No. 18.507
        - 48,6% de los citados juzgados nos informaron que se habían iniciado ante los mismos, procesos en el marco de la Ley No. 18.507.
        - 51,4% de los juzgados de referencia, a la fecha de realizada la consulta, no contaban con procesos de pequeñas causas iniciados ante su sede, originados en una relación de consumo.

28 En tal sentido, agradezco muy especialmente al Dr. Santiago Pereira Campos, quien se ofreció a redactar y suscribir dichas notas dirigidas a todos los Jueces de Paz Departamentales de la Capital.

29 Tuvimos la intención de hacer llegar la citada nota a todos los Jueces de Paz Departamentales de la Capital. Lamentablemente y por un error de nuestra parte, omitimos destinar la misma a dos de dichos Juzgados.

30 Agradecemos muy especialmente a todos los Jueces de Paz Departamentales de la Capital consultados por su disposición y por su valiosa colaboración.



- En el 41,7% de los casos la reclamación refiere a un producto31
- En el 58,3% de los casos la reclamación refiere a un servicio32

- Los casos típicos en que los consumidores acuden a este proceso consisten principalmente en:
    - el consumidor encargó un producto y el proveedor entregó un producto que no coincidía con las características del producto encargado ó entregó el producto fuera del plazo acordado
    - el consumidor solicitó la reparación de un producto y el proveedor no cumplió con su obligación de repararlo;
    - el consumidor adquirió un producto que no funciona o que estando en garantía se deteriora al punto que queda

31 A modo ilustrativo, se señalan algunos hechos alegados por la parte actora que motivaron la presentación de la demanda:
a) Incumplimiento de compromiso de compraventa de un vehículo: el consumidor señala que no lo pudo empadronar como automotor del año 2010 porque fue fabricado en el 2008 y reclama daño patrimonial y moral.
b) Incumplimiento de contrato: la parte actora alega que había encargado un ropero de 6 puertas y el proveedor le entregó uno de 5 puertas. Reclama que le cambien un ropero por otro y que se lo instalen en su casa sin costo.
c) El consumidor alega que adquirió un colchón y estando en garantía, se había deteriorado a tal punto que había quedado inutilizado. Reclama que le entreguen otro de una marca diferente y de lo contrario que se resuelva el contrato.
d) Incumplimiento de contrato: la parte actora alega que había encargado un portón, abonó todas las cuotas y no se lo entregaron y en consecuencia, adquirió otro en un lugar diferente. Reclama el importe abonado más daños y perjuicos.

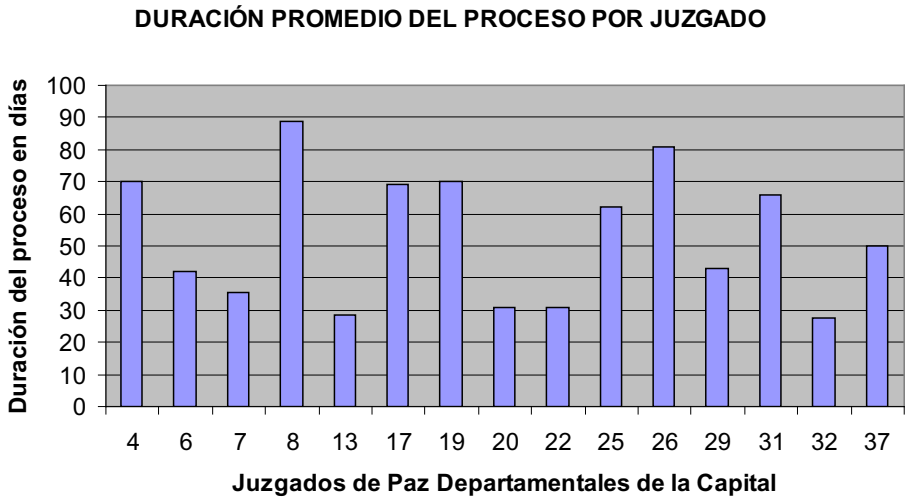
32 A modo ilustrativo, se señalan algunos hechos alegados por la parte actora que motivaron la presentación de la demanda:
a) La parte actora alega que realizó un curso de computación y no le dieron el diploma. Reclama la devolución del costo del curso.
b) La parte actora alega que llevó unsaco a la tintorería y se lo devolvieron roto en la parte delantera. Reclama la devolución del costo del saco (el cual supuestamente había sido adquirido en el extranjero).
c) La parte actora alega que la modista no le entregó el vestido de novia a tiempo ni los accesorios, que no la maquilló y que la mitad de las flores del ramo estaban marchitas. A raíz de ello, tuvo que postergar la boda para el día siguiente. Reclama daños y perjuicios materiales y morales.
d) La parte actora alega que contrató los servicios de una empresa para girar dinero a Reino Unido y que el mismo nunca llegó al destinatario. Reclama su devolución.

inutilizable y el proveedor no le sustituye el producto por otro.

- En el 37,5 % de los casos, surge que la parte actora había solicitado previamente una audiencia administrativa ante el Área de Defensa del Consumidor (A.DE.CO.).

7.2 Duración de los procesos tramitados en el marco de la Ley No. 18.507

- Desde la presentación de la demanda hasta la finalización del proceso, la duración promedio estimada es de 46 días corridos.
  - Cabe precisar que en el 40% de los casos referidos, el proceso podría haber insumido menor tiempo, pero su duración se extendió por diversos motivos, todos imputables a la parte actora, a saber:
    - > 30% se presentó el formulario de demanda sin firmar;
    - > 20% no se acreditó el voto de la parte que promovió la demanda;
    - > 10% la demanda fue inconsistente y se solicitó previamente que la parte aclarara la misma;
    - > 20% se omitió indicar el monto del asunto;
    - > 10% se omitieron completar datos personales requeridos en el formulario;
    - > 30% se omitió cumplir con el requisito de la conciliación previa;
    - > 10% se omitió agregar las copias exigidas en el art. 70 del CGP.



7.3 Sujetos que integran la parte actora y demandada

- Parte actora
  - En el 100 % de los casos estuvo integrada por personas físicas

- Parte demandada
  - En el 32 % de los casos estuvo integrada por personas físicas
  - En el 68 % de los casos estuvo integrada por personas jurídicas

7.4 Asistencia letrada

Respecto a este punto, no podemos afirmar con certeza el porcentaje de los casos en que una o ambas partes concurrieron o no asistidas por un abogado. En efecto, si bien en algunas sentencias se señala dicho extremo de forma expresa, en otras no se especifica.

7.5 Audiencias

- Demora promedio entre la presentación de la demanda y la fijación de la fecha de audiencia: 8 días corridos33
- Plazo promedio dentro del cual se fija fecha de audiencia: 27 días corridos.

- Comparecencia de las partes a las audiencias
  - La parte actora comparecencia el 100% de los casos
  - La parte demandada comparece el 44% de los casos

- Audiencias fijadas por la Sede
  - En el 64 % de los casos hubo una única audiencia en todo el proceso
  - En el 36 % de los casos la audiencia fue prorrogada

33 En tal sentido, corresponde aclarar que en todos los casos en que hubo un lapso mayor a tres días entre la fecha de presentación de la demanda y la fecha en que se fijó la fecha de audiencia, ocurrieron alguna de las siguientes circunstancias:
a) presentado el formulario por la parte actora, éste carecía de firma y la Sede dispuso que firmado el escrito se proveería y/o no se había indicado el monto del asunto y/o faltaban detallar datos personales requeridos en el formulario;
b) presentada la demanda por la actora, ésta era inconsistente y la Sede dispuso que previamente debía aclarar la misma;
c) presentada la demanda, no se había acreditado el voto conforme lo exige la normativa vigente;
d) presentada la demanda no se habían agregado las copias exigidas por el art. 70 del CGP;
e) presentada la demanda, la Sede suspendió el proceso hasta tanto se acreditara que se había cumplido con el requisito de la conciliación previa.

7.6 Sentencia definitiva

- Motivos de finalización del proceso
  - En el 92 % de los casos el proceso finalizó por sentencia definitiva
    - En el 26 % de los casos la Sede dictó sentencia definitiva sin prorrogar el plazo para dictar la misma.
    - En el 74% de los casos restantes, la Sede prorrogó el plazo para dictar sentencia definitiva.

  - En el 8 % de los casos el proceso finalizó por un modo extraordinario

- Grado de satisfacción de las pretensiones deducidas
  - El 36 % de las sentencias definitivas ampararon la demanda en todos sus términos
  - El 46 % de las de las sentencias definitivas ampararon parcialmente la demanda
  - El 18 % de las sentencias definitivas desestimaron la demanda

- Costas y Costos
  - En el 13,6 % de los casos se condenó en costas y costos a cargo del vencido
  - En el 18 % de los casos se condenó en costas a cargo del vencido
  - En el 68,4% de los casos la Sede se apartó de este principio en forma fundada o no se pronunció acerca de las costas y costos

- Recursos
  - En el 4 % de los casos la sentencia definitiva fue impugnada.

- En el 86,5% de los casos, después de dictada la sentencia definitiva el expediente se archivó directamente.
- En el 9% de los casos se ordenó intimar judicialmente el cumplimiento de la sentencia y a posteriori se archivó el expediente.
- En el 4,5% de los casos se mandó formar pieza para iniciar la ejecución en la vía de apremio, y a posteriori se archivó el expediente.

7.7 Conclusiones

De la información proporcionada precedentemente podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- La mitad de los Juzgados de Paz Departamentales de la Capital aún no han intervenido en procesos iniciados al amparo de la Ley No. 18.507.

- Los defectos en la prestación de los servicios han originado más reclamaciones que los defectos referidos a los productos.

- La duración del proceso en promedio es de 1 mes y medio, es decir, presenta una duración razonable.

- En varios casos, surge como antecedente la celebración de audiencias administrativas ante el Área de Defensa del Consumidor. Muy probablemente, en tales casos, la parte actora haya tomado conocimiento allí mismo sobre la existencia de la vía procesal en análisis.

- Los consumidores que promovieron demandas en el marco del proceso regulado por la Ley No. 18.507 son todos personas físicas, mientras que la parte demandada en la mayoría de los casos es persona jurídica.

- En cuanto a si las partes en la mayoría de los casos comparecen asistidas por abogado o no, es un dato que sería interesante obtener, a efectos de poder concluir si no exigir el patrocinio letrado obligatorio es una ventaja o una desventaja para las partes en el proceso.

    - En algunos casos, en los decretos de los Jueces se advierte un lenguaje menos técnico, más explicativo e ilustrativo, lo cual es muy apropiado considerando que no se exige asistencia letrada obligatoria.

    - Se cumplen los plazos exigidos entre la fecha de presentación de la demanda y la fecha de la fijación de la audiencia y entre ésta última y la fecha de la audiencia que se fija.

    - En la mayoría de los casos, en el proceso hay una única audiencia.

- La parte actora en todos los casos comparece a la audiencia. Sin embargo, hay un alto porcentaje de incomparecencia de la parte demandada, resultando aplicable en tales situaciones el art. 340.3 del CGP. Considerando las graves consecuencias que ello implica para la parte demandada, ésta es una de las situaciones en las que nos cuestionamos si la no exigencia del patrocinio letrado obligatorio es o no conveniente.

- En la gran mayoría de los casos los procesos finalizaron por sentencia definitiva siendo muy alto el porcentaje de los casos en que se acogió total o parcialmente la demanda.

- La condena en costas y costos a cargo del vencido es excepcional.

- Prácticamente no se interponen recursos de aclaración y/o ampliación contra las sentencias definitivas.

- En muy pocos casos, luego de dictada la sentencia definitiva se inició un proceso de ejecución a efectos de obtener el cumplimiento de la misma. De ello se puede deducir que, o bien la sentencia definitiva se cumplió voluntariamente, o bien por alguna razón todavía no se ha presentado la demanda de ejecución.

Sin perjuicio de ello, advertimos que la estructura del proceso de ejecución es un proceso largo, complejo, que requiere asistencia letrada y que es más costoso, lo que puede desestimular a algún consumidor cuya demanda haya sido acogida, a pretender el cumplimiento forzado de la misma.

En definitiva, a nuestro juicio estamos ante un proceso cuya estructura, permite a los consumidores reclamar judicialmente sus derechos sustanciales y obtener en un plazo razonable una sentencia definitiva, respetando en todo su curso el principio del debido proceso legal[34].

Para poder concluir si el proceso regulado por la Ley No. 18.507 es efectivo o no, sería importante tener conocimiento sobre si los consumidores que obtuvieron una sentencia favorable obtuvieron un cumplimiento voluntario de la parte demandada o si, por el contrario, pese a contar con una sentencia favorable no pudieron exigir el cumplimiento forzado de la misma, por el tiempo y por el costo que insume llevar adelante un proceso de ejecución.

34 En este sentido, corresponde citar la sentencia de la SCJ No. 433 de fecha 23/02/011.

Si bien a la fecha son escasos los procesos iniciados en el marco de la Ley No. 18.507, estimamos que probablemente ello se deba a la falta de conocimiento sobre la agilidad, la sencillez, el bajo costo y la efectividad práctica del mismo.

HACIA UNA REFORMA LEGISLATIVA EN URUGUAY PARA LA DEFENSA DE LOS INTERESES DIFUSOS, COLECTIVOS E INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS

Alfredo Taullard[1]

PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

El comercio intensivo, la industrialización, producción, distribución y consumo de bienes y servicios en masa son característicos de las sociedades de todo el mundo.[2] Una de las consecuencias de este fenómeno, es que cuando los perjuicios son cometidos, afectan a un número significativo de personas.[3]

El foco de los sistemas legales ha sido tradicionalmente centrarse en lo individual, por lo cual es imprescindible realizar cambios tanto a nivel del derecho sustancial como el procesal para adaptarlos a esta nueva era de realidad supra individual.[4]

La necesidad de una transformación en el sentido apuntado es de enorme significancia. El desequilibrio resultante del tamaño y poder financiero de las empresas, los costos asociados a la presentación de una reclamación, la ignorancia por parte de los afectados de los derechos a que le asisten así como la complejidad que suele caracterizar los asuntos involucrados, pueden bien resultar en un obstáculo a que se haga justicia y por tanto traducirse en una severa afectación de la protección de derechos humanos básicos.[5]

1 Docente de Litigación por Audiencias en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

2 Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, "Proyecto de Código Modelo Iberoamericano de Procesos Colectivos" disponible en < http://www.iidp.org/index.cgi?wid_seccion=6&wid_item=13> (11/10).

3 Australian Law Reform Commission, Group proceedings in the Federal Court, Report No 46 (Canberra 1988) p.1.

4 Henrick Lindblom, Group Actions and the Role of Courts: A European Perspective (1997) p.10.

5 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 'Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano', (Costa Rica, 2008) p.145. El Instituto llama a un cambio urgente de la aproximación tradicional a la litigación, a efectos de asegurar un real acceso a la justicia.

Adicionalmente, si las conductas censurables no son sancionadas, aquellos que actúan erróneamente así como los que observan dichas conductas, no son estimulados a actuar conforme a derecho.[6] Como resultado, en el campo del derecho sustancial, la vasta mayoría de los países ha actuado para reconocer los derechos de consumidores, inversionistas y medioambientales, habilitando causas de acción por perjuicios colectivos.[7]

En el plano procesal, la necesidad de asegurar que los individuos tengan un acceso real a la justicia ha significado que a nivel mundial los países progresivamente han ido adoptando procesos para acciones colectivas o en defensa de intereses difusos o individuales homogéneos. [8]

En 1989, con la entrada en vigencia del Código General del Proceso Civil (CGP) basado en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (CPC-MI), el Uruguay los incorporó a su sistema legal procesal.[9] Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en muchos otros países, luego de dos décadas, estos procesos son llamativamente poco comunes en Uruguay.

En el presente, analizaremos algunos de los aspectos que a nuestro criterio han obstado a dicho desarrollo y luego las razones por las cuales entendemos que de forma general, y particular en el caso del Uruguay, corresponde proceder a una reforma legislativa en lo que hace a estos procesos para posibilitar su adecuado funcionamiento.

LA REGULACION EN EL URUGUAY

El sistema Uruguayo prevé diversas herramientas para el manejo de procedimientos pluripersonales, con el objetivo de garantizar una justa y económica solución a los litigios.[10]

6 Ver Lindblom, *ut supra* No3, 6.
7 Angel Landoni, Código General del Proceso de la Republica Oriental del Uruguay, (2004) p109.
8 Michele Taruffo, '*Some Remarks on Group Litigation in a Comparative Perspective*' 11 Duke J. Comp & Int'l L. 405, 406 and Rachel Mulheron, The Class Action in Common Law Systems (2004) 5.
9 *CGP artículos 42 y 220.*
10 *CGP artículo 9.*

Procesos no representativos

El CGP prevé la acumulación de pretensiones[11] así como la acumulación de autos, estableciendo requisitos muy amplios para ambas situaciones permitiéndolos en una amplia variedad de escenarios. [12]

Procesos representativos

El CGP recoge también en este punto las disposiciones contenidas en el CPCMI. Así, el artículo 42 cuyo *nomen iuris* es "representación en caso de intereses difusos", tiene como objeto facilitar accionamientos que sean comunes a un grupo indeterminado de personas, incluyendo pero no limitado a: reclamos por cuestiones del derecho de consumidor, medioambientales y cuestiones vinculadas a la protección del acervo cultural o histórico.[13]

En dichas situaciones, cualquier individuo que demuestre un interés, el Ministerio Publico o una asociación representativa, estará legitimada para plantear una acción en nombre de todos aquellos afectados.[14] La primera de

11 CGP artículo 120:
Acumulación de pretensiones.
120.1 El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, siempre que concurran los siguientes requisitos
1) Que se trate de pretensiones de igual o análoga materia o, si fueren diversas, que sean conexas entre sí.
2) Que no sean contrarias entre sí, salvo el caso en que se proponga una como subsidiaria de la otra.
3) Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.
120.2 También podrá acumularse en una demanda, pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados, siempre que provengan de la misma causa o versen sobre el mismo objeto o se hallen entre sí en relación de dependencia o deriven de los mismos hechos.

12 *CGP* artículo 323:
Procederá la acumulación de autos cuando éstos estén pendientes ante el mismo o diferentes tribunales, si concurrieren los siguientes requisitos:
1) Que el tribunal ante el que se realice la acumulación sea competente, por razón de la materia para conocer en todos los procesos;
2) Que los procesos se encuentren en primera instancia y no estén en estado de dictarse sentencia;
3) Que los trámites de todos ellos sigan el mismo procedimiento. Podrán acumularse, sin embargo, procesos sujetos a trámites distintos, cuando ello resultare indispensable en razón de darse la circunstancia prevista en la parte final de este artículo;
4) Que los procesos versen sobre idénticas pretensiones entre las mismas partes o sobre pretensiones diferentes, pero provenientes de la misma causa, sena iguales o diferentes las partes o sobre pretensiones diferentes, siempre que las partes sean idénticas y recaigan sobre las mismas cosas.
Procederá la acumulación, en general, cuando la sentencia que se ha de pronunciar en un proceso produzca efecto de cosa juzgada con relación a los restantes.

13 La norma correlativa del CPCMI sería el artículo 53.

14 *CGP artículo* 42:
Representación en caso de intereses difusos.- En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido.

ellas es la que debe privilegiarse, en tanto permite que cualquier individuo comparezca en defensa del interés difuso o colectivo.

Aún cuando el artículo referido menciona únicamente los intereses difusos, se ha entendido de forma prácticamente pacífica, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, que incluye también los intereses colectivos.[15]

El otro artículo contenido en el CGP referente a estos procesos, dice relación con la cosa juzgada, estableciéndose que el resultado vincula a todos aquellos afectados excepto si el mismo fuera rechazado por falta de prueba. En dicho caso, el resultado vinculara exclusivamente al promotor, pero no a otros legitimados.[16]

Fuera de lo arriba expuesto, estos accionamientos se regulan por las reglas generales del CGP. Como resultado, no existiendo una estructura específica para estos casos, un accionamiento de ésta índole podrá tramitarse bien por la vía del proceso ordinario, extraordinario o amparo,[17] dependiendo de si se configuran en el caso concreto los requisitos habilitantes de cada una de estas vías.

Asimismo, existe en el sistema jurídico uruguayo una serie de leyes de orden sustantivo que tienen impacto en el contenido de las reclamaciones en esta materia.[18]

B. SITUACIÓN ACTUAL DE LOS PROCESOS REPRESENTATIVOS EN EL URUGUAY

Al regular estos procesos, quienes tuvieron a su cargo la elaboración del CPCMI y luego el anteproyecto del CGP que se basara en aquél, pretendieron crear un efectivo sistema de procesos representativos. Y lo hicieron:

> "atendiendo a los requerimientos de una actual y aguda problemática, necesitada de una pronta y adecuada solución"[19]

15 Santiago Pereira Campos y Angel Landoni, "Tutela de los Intereses colectivos y difusos en el Uruguay", Revista Uruguaya de Derecho Procesal 3/2003 p.72 y ss. El trabajo en cuestión junto con otros de Santiago Pereira Campos estudian profundamente la normativa en cuestión y constituyen una referencia clave al momento de analizar la misma.

16 *CGP artículo 220:*
Efectos de la cosa juzgada en procesos promovidos en representación de intereses difusos.- La sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de intereses difusos (artículo 42) tendrá eficacia general, salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso, otro legitimado podrá volver a plantear la cuestión en otro proceso.

17 La cuestión de los intereses difusos y la vía de amparo no ha estado libre de debates sobre el punto. Edgardo Eittlin "Sobre legitimación para la representación de los intereses difusos en la acción de amparo uruguaya" ("La Justicia Uruguaya", D., Tomo CXIV p. 15-17. Gelsi Bidart, Adolfo "Porque puede dilucidarse por via de amparo la tutela de intereses difusos" en LJU Doc 4

18 Ley 16466 (impacto ambiental); ley 17250 (defensa del consumidor); ley 17283 (protección de medio ambiente); ley 18159 (tutela de la libertad sindical); ley 18159 (defensa de la competencia).

19 Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *ut supra* No 4. [pág. 49]

En el presente, y a mas de 20 años de introducidas las reformas con los objetivos que se vienen de mencionar, esa expresión de deseo no se ha logrado concretar en la práctica. Parece existir un buen consenso que los procesos representativos en el Uruguay han tenido poca acogida.[20]

Incluso, debe tenerse presente que la gran parte de los procesos iniciados, fueron promovidos por el Ministerio Publico en casos vinculados a temas medioambientales y no por particulares o asociaciones representativas que parecen ser los naturalmente legitimados. Asimismo, posiblemente a raíz de la falta de recursos y carencia de especialización, muchos reclamos no han prosperado.

Antes de ingresar en el examen de las razones por las cuales consideramos que estos procesos no están funcionando como deberían, entendemos corresponde examinar las razones por las cuales entendemos los mismos son necesarios o, a la luz de la transcripción efectuada de las palabras de los redactores del CGP, no han dejado de ser necesarios.

C. LA NECESIDAD DE QUE EXISTAN PROCESOS REPRESENTATIVOS

Como explicaremos en las secciones siguientes, los procesos representativos son una herramienta sin paralelo para asegurar un mejor acceso a la justicia a individuos que, al día de hoy, están privados de su derecho a obtener satisfacción de violaciones de derechos humanos básicos.[21]

Muy posiblemente, los dos beneficios más notorios de contar con una herramienta de ésta clase podrían ser los siguientes:

Mejorar el acceso a la justicia.

Como consecuencia de la monopolización que ejercen los estados sobre la resolución de las disputas, es necesario que garanticen a cada individuo la posibilidad de acceder al sistema establecido a plantear sus reclamos.

20 Esto ha sido señalado por: Eduardo Vescovi y Colaboradores, Código General del Proceso Civil del Uruguay Comentado, Vol. VI (Buenos Aires, 1999) p.359; Santiago Pereira Campos y Angel Landoni, *ut supra* 15,; Luis Simón y Santiago Labat '*Procesos Colectivos en Uruguay*' en el XXI Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal (Lima, 2008).

21 *Ver* UNDP y Commission on Legal Empowerment of the Poor, *Making the Law Work For Everyone*, New York 2008 págs 62-63. El informe indica que para dar acceso a la justicia a los sectores sociales más pobres, son necesarias reformas, incluyendo la ampliación del campo de acción de los procesos colectivos:

> *Mientras las acciones colectivas tienen sus fallas, las mismas al permitir el accionamiento colectivo, representan ventajas en términos de costeo para las victimas y por tanto mejoran el acceso a la justicia para en casos en los cuales un gran número de ellas sufren un misma o similar (generalmente pequeña) daño*. (traducción propia)

Los tratados referentes a la temática de derechos humanos, asignan especial relevancia al efectivo acceso a la justicia para todos los individuos.[22] La razón evidente es que sin un real (no formal) acceso a la justicia, la existencia de los derechos allí reconocidos seria solamente una ilusión.

Por lo que se viene de exponer, varios países adoptaron las llamadas acciones de colectivas con el propósito de proveer acceso a la justicia, especialmente a aquellas partes con reclamos menores, que de otra manera no estarían en una posición de, o interesados en, cubrir los costos y esfuerzos que implica un proceso en la concepción individualista tradicional. [23]

Así, en algunos países se ha sostenido concretamente que los procesos representativos: i) promoverían el uso eficiente del tiempo de los juzgados y los recursos de las partes al eliminar la necesidad de juzgar separadamente asuntos similares: ii) proveerían una solución a personas que no llevarían adelante la acción por falta de fondos o bien porque el costo del proceso es desproporcionado con el valor de sus reclamos y; iii) protegerían a los demandados de múltiples juicios y el riesgo derivado de fallos contradictorios.[24]

El sistema jurídico uruguayo brinda buenas herramientas en lo que hace a las cuestiones que se vienen de mencionar. Sin embargo, las mismas tienen importantes limitaciones para las cuestiones que suelen ser contenido de las pretensiones en materia de procesos representativos.

(i) La acumulación de pretensiones y autos.

Otros mecanismos de manejo de casos que involucran pluralidad de partes o intereses afectados, como lo son la acumulación de pretensiones o autos no suelen ser completamente eficaces para permitir un acceso a la justicia a todos los potenciales reclamantes. En primer lugar, porque para lograr la acumulación inicial, los casos deben de ser claramente identificables, lo que no es siempre posible en las situaciones por ejemplo de daños masivos.[25] Adicionalmente, no soluciona el problema de aquellas personas que están imposibilitadas de hacer valer sus derechos debido a la falta de recursos, miedo o ignorancia.

22 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ut supra No4, p. 145.

23 Sobre Europa: Peter Mattil y Vanessa Desoutter, 'Class Actions in Europe: comparative law and EC law considerations', Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, Octubre 2008. En Argentina: La Corte Suprema de Justicia de la Nación (Republica Argentina) en fallo reciente ha recomendado de especial manera al Congreso la aprobación de un texto legal que recoja y regule adecuadamente estos procesos (Caso "Halabi" de fecha 24/02/2009)

24 Vince Morabito, 'Group Litigation in Australia - "Desperately Seeking" Effective Class Action Regimes' Reporte Nacional por Australia en The Globalisation of Class Actions Conference, Oxford University, 2007, 4 disponible en <http://globalclassactions.stanford.edu/PDF/Australia_National_Report.pdf> el 11/10; Autralian Law Reform Commission, ut supra No 2, [132 – 138]; High Court de Australia en decision Bright v Femcare Ltd (2002) 195 ALR 574 Finkelstein J, apartado 152.

25 Ver Morabito, *ut supra*, No23, 7 -8.

En el caso de la acumulación de autos, este instrumento aplica únicamente a aquellos que ya han tomado la decisión de iniciar un proceso judicial, por lo que su utilidad para los casos que estamos analizando es todavía aún más limitada.

(ii) Asistencia gratuita

Por su parte, los esquemas dirigidos a ayudar a personas que se encuentran en una situación económica difícil, como ser la asistencia legal gratuita, son útiles pero no suficientes para lograr el acceso a la justicia.[26]

Aunque muy importante, la asistencia legal gratuita es eso, no provee mecanismos procesales para la acumulación de reclamos y que permita una solución judicial eficiente. Adicionalmente, los casos que involucran perjuicios masivos suelen incluir aspectos técnicos de relativa complejidad que requieren además una importante cantidad de recursos y ayuda financiera, para los que sistemas de asistencia legal gratuita no están preparados.

Sin duda, lo anterior cobra mayor relevancia en países que, como el Uruguay, están en vías de desarrollo y por tanto tienen un número importante de sus ciudadanos que por desconocimiento de sus derechos y/o encontrarse en una situación financiera muy precaria, ven severamente restringido su acceso a la justicia. [27] En el Uruguay, el sistema de asistencia legal gratuita, que cumple una vital función, se encuentra ya bajo una considerable presión.[28]

En este sentido, los procesos representativos son necesarios en el Uruguay, así en otras partes del mundo, como manera de mejorar el acceso a la justicia para un sector de la población que de otra manera podría verse privado de obtener una reparación de los daños sufridos o incluso el cese de los mismos.

Por otra parte, estas herramientas no hacen nada respecto de la situación planteada con aquellos casos en que teniendo elementos comunes, no son llevados adelante por que el costo del proceso seria desproporcionado con el valor de lo reclamado a titulo individual.

El rol regulatorio de los procesos representativos

Los sistemas legales tiene dos roles claves, la resolución de las disputas y la prevención de las mismas.[29]

Para cumplir el primero de los dos roles referidos es necesario que se garantice un real acceso a la justicia. Por su parte, el segundo de los roles requiere que se induzca el cambio de conducta de aquellos que han generado

26 Australian Law Reform Commission, *ut supra* No 2, 22-23.

27 Gargarella, 'NotToo Far Removed from the People- Access to Justice for the Poor: The Case of Latin America, Center for International Studies, (Washington, 2008);

28 *'30% de los Uruguayos Recurre a Justicia Gratuita'* Diario El País <http://www.elpais.com.uy/Anuarios/03/12/31/anua_naci_78144.asp> el 11/10. El artículo explica que los montos requeridos para litigar son altos en comparación con el ingreso de las personas.

29 Lindblom, *ut supra* 3.

un daño, demostrando que la conducta conforme a derecho es importante socialmente y actuando como forma de desestímulo de las que no se ajustan a ese actuar.

Para proceder en este ultimo sentido, el sistema legal necesita facilitar a los individuos las herramientas necesarias para hacer valer sus derechos sustantivos.

Y estos procesos representativos colaboran en esa línea. Este efecto ha sido constatado en otros sistemas que incorporaron y regularon estos procedimientos. [30] Así, por ejemplo, se ha valorado que la cantidad de acuerdos transaccionales arribados en este tipo de accionamientos suele ser bastante superior a la media y estos acuerdos han sido atribuidos a la promoción del proceso representativo.[31] En definitiva, que eran temas que de no ser por la existencia del juicio, no se hubieran acordado.

Entendemos que las herramientas existentes en Uruguay no son suficientes para generar el efecto en cuestión. A vía de ejemplo, se podría decir que las normas de protección del consumidor tradicionalmente imponen multas a aquellos que incurren en conductas contrarias a derecho Sin embargo, por si solas son incapaces de eliminar la conducta lesiva al menos en la generalidad de los casos.[32] Véase que en una situación de daño masivo, las ganancias obtenidas pueden ser mayores a las multas que eventualmente se pudieran llegar a aplicar, no teniendo entonces la multa, un efecto desestimulante de las conductas contrarias a derecho.

Por otra parte, en el Uruguay, al igual que en otros muchos países, el estado juega un rol preponderante en la economía, teniendo incluso a su cargo empresas y ejerciendo un monopolio en la actividad concreta. A respecto, los procesos representativos podrían bien colaborar en la regulación de la conducta de empresas privadas pero también como defensa de los ciudadanos frente a excesos del Estado. [33]

Estos procesos, al reunir un gran número de personas, generan un equilibrio desde un punto de vista político y económico en casos en donde no lo suele haber, otorgándoles a las partes mayor poder negocial y actuando como desestímulo a futuras conductas contrarias a derecho.

Por las razones antedichas, existe en el presente una tendencia general hacia una regulación mas adecuada de estos procesos permitiendo su correcto funcionamiento, de la que ningún país, incluido el Uruguay, debería sustraerse. [34]

30 Australian Law Reform Commission, *ut supra* No2, p.68: 'el permitir un mayor acceso a la justicia conduciría a un mayor cumplimiento de la ley' (traducción del autor).

31 Cf Morabito, *ut supra* No23, p. 43.

32 Ley 17250 articulo 42.

33 'Ley de consumidor: en dos juicios recientes la justicia condeno a entes a resarcir el daño a clientes', Diario El Pais <http://www.elpais.com.uy/06/07/08/> el 11/10. Un individuo demandó a la empresa estatal prestadora del servicio de agua corriente por un error en la facturación consiguiendo luego de un proceso ordinario un fallo favorable; casos como el presente son excepcionales y en general quedan sin ser reclamados por el costo y esfuerzo que implica llevar adelante un proceso.

34 Taruffo, *ut supra* No 7, p. 406. .

El temor (fundado) a reproducir una class action de los Estados Unidos.

La literatura en la materia suele referir a este tema como un obstáculo de relevancia a la hora de considerar la adopción de estos procesos. En particular, se señala que existe temor de: i) la comercialización de los litigios y; ii) la inundación de los juzgados por un estilo de litigación quizá más propio de los Estados Unidos, país que muchos reformadores consideran al momento de analizar cambios legislativos sobre la temática en sus respectivos países.[35]

Estas inquietudes se han hecho patentes en muchas jurisdicciones. [36] Sin embargo, estudios recientes llevados a cabo en jurisdicciones en la cuales se adoptaron estos procesos con amplitud hace años, indican que las inquietudes en cuestión no están respaldados por datos empíricos. [37]

Se ha señalado asimismo, que ello obedece probablemente a que en los Estados Unidos, varios factores se acumulan para generar un clima excesivamente litigioso, como ser: la existencia de juicios por jurados que adjudican indemnizaciones por montos importantes; la existencia de daños punitivos y la aceptación de esquemas de costos que no desestimulan la promoción de litigios frívolos (cada parte paga los costos que genera).[38]

Al igual que en muchos otros países, en el Uruguay dichas condiciones no están presentes, o en algún caso, como el sistema de costos en donde la regla es la misma, hay un importante matiz con aquél dado por la posibilidad de imponer la condena en costos si la conducta desplegada así lo ameritare.

Incluso, se podría decir que existen otros elementos distintivos que obran en apoyo, como ser el poder deber de rechazar liminarmente cualquier reclamo que surja como manifiestamente improponible.[39]

Por último, la cuantía de las indemnizaciones por daños en el Uruguay es una cuestión que no suele ser un factor de preocupación, ya que las mismas

35 Cf. Taruffo, *ut supra* No 8, p.413.

36 Ibid p. 413:

> *en muchos sistemas del derecho civil, existe una extendido y fuerte resistencia a la aceptación de cualesquier modo amplio de procesos grupales o colectivos. Afirmaciones tales como 'no necesitamos un proceso colectivo' o 'estas son cosas extrañas americanas-mejor no importarlas" son relativamente frecuentes en el discurso jurídico Europeo. (traducción del autor)*

En similar sentido: Cámara Internacional de Comercio, *Policy Statement Regarding Class Action Litigation, Doc 460/585, 1 de diciembre de 2005. p 3,*:

> *La Cámara Internacional de Comercio considera que implementar sistemas de procesos colectivos tiene consecuencias adversas para las empresas y consumidores que sobrepasan los beneficios percibidos a la sociedad. La expansión de los procesos colectivos pone en riesgo un incremento en litigios especulativos generando al comercio internacional un coste innecesario en tiempo, recursos y exposición a un" chantaje legal". Dicha litigaccion resulta en mayores costos para las compañías y finalmente en mayores precios a los consumidores. Los reguladores disponen de un numero de herramientas a través de las cuales se puede obtener el beneficio deseado sin los efectos premencionados como lo son por ejemplo la acumulación de pretensiones y el uso de casos piloto.(traducción del autor)*

37 Australian Law Reform Commission, ut supra No 2, 7.89; Bernard Murphy y Camille Cameron '*Access to Justice and the Evolution of Class Actions in Australia*' [2006] MULR 14; Cerexhe, '*Phantom Floodgates of Public Interest Litigation*', 10 Australian Product Liability Reporter Vol 10, N4, May 1999, p.42.

38 *Ver* Damian Grave and Ken Adams, Class Actions In Australia (Sydney, 2005) 6.

39 CGP, s24

son muy ponderadas.[40] De hecho, este elemento podría bien ser considerado en apoyo de los procesos representativos ya que cuando las indemnizaciones no son muy importantes los reclamantes podrían verse desestimulados de recurrir a la justicia a título individual para evitar en costos.

D. LA LEGISLACION VIGENTE EN URUGUAY, DIFICULTA LA PRESENTACION Y EL NORMAL DESARROLLO DE PROCESOS EN LA MATERIA.

Como se ha expresado, a pesar de haber sido introducidos a efectos de enfrentar una realidad que ya hace más de dos décadas se percibía como urgente, los procesos representativos son muy poco frecuentes en el Uruguay.

Sin duda que pueden mediar en ello varias razones, sin embargo, como ya se ha señalado por prestigiosa doctrina, existe indudablemente un problema con la regulación en la materia, la cual es muy limitada. Aún cuando la doctrina y jurisprudencia nacionales han dedicado un buen esfuerzo por sobrellevar las mismas, lo concreto es que existen importantes cuestiones que deben ser reguladas más adecuadamente para eliminar incertidumbres. [41]

Sin perjuicio de los aspectos de debate ya señalados al referirnos a la normativa uruguaya, quienes estudiaron en profundidad la misma han señalado, entre otras, las siguientes limitaciones de la misma: i) no se indica cuál debe ser el destino de la indemnización, y como debe determinarse, el monto global en una acción de reparación pecuniaria por daños colectivos o difusos; ii) no se regula la cuestión de la litispendencia: iii) no se regula la extensión de la cosa juzgada cuando otros interesados pretendan invocar los efectos de la sentencia en uno de estos procesos; iv) no se regula los efectos de la cosa juzgada cuando media un acogimiento parcial del reclamo.

Adicionalmente, existen algunas cuestiones respecto de los legitimados: i) en el caso del Ministerio Publico,[42] este rol ha sido criticado por tratarse de un órgano que en el Uruguay depende del Poder Ejecutivo y por lo tanto estaría sometido a los poderes estatales, por su falta de especialización y recursos para encarar esta tarea; ii) y en cuanto a las asociaciones de interés social, se ha generado buen debate la cuestión de si para actuar en estos casos deben contar o no con personería jurídica. Asimismo, la legislación delega en el tribunal la determinación de cuáles de estas organizaciones son de interés social y si las mismas aseguran una representación adecuada en el caso lo cual podría regularse para eliminar incertidumbres al respecto. [43]

40 Ver Luis Larrañaga y Raúl Gamarra '*Ante la devaluación del daño moral: un aporte en la búsqueda de correctivos para lograr superar los bajos montos de indemnización del daño moral*' Anuario de Derecho Comercial T XXIX, p.721- 729.

41 Santiago Pereira y Landoni, *ut supra 19.* Vescovi y Colaboradores, *ut supra19.*

42 Decreto ley 15365 artículo 3 y 10.

43 Santiago Pereira y Landoni, *ut supra 19.* Véscovi y Colaboradores, *ut supra19.*

Como viene de verse, existen una amplísima cantidad de aspectos que no encuentran una solución clara hoy en día y que por ello, a nuestro criterio, ameritarían una reforma legislativa para regularlos adecuadamente.

E. ¿QUÉ REFORMA? EVITANDO ABRIR LAS COMPUERTAS DE LA LITIGACIÓN ABUSIVA.

Entendemos que la importancia de los valores en juego en procesos representativos demanda que se los regule adecuadamente y que las limitaciones a los mismos deban ser profundamente analizadas.

Ahora bien, con esto no queremos significar que deba permitirse que cualquier pretensión deba acceder por esta vía y que lo haga a cualquier costo, debe encontrarse un adecuado balance.

Hemos mencionado que el sistema Uruguayo no prevé daños punitivos ni juicios por jurados, características que han sido asociadas directamente a la litigiosidad que presentan estos procesos en otros sistema, notoriamente el de los Estados Unidos.[44] Sin embargo, no se puede soslayar que aún así, los procesos representativos generan un importante incremento de las cuestiones en juego (ejemplo montos reclamados, costos, intereses sociales, complejidad jurídica y fáctica).

Cualquier intento de reforma de la regulación sobre la materia debe ser por lo tanto examinado cuidadosamente y adecuado a nuestra realidad.[45]

A este respecto, entendemos que una importante cuestión a considerar sería la de proveer a los Magistrados las herramientas necesarias para controlar los procedimientos, [46] así como capacitar a los Magistrados para que, especialmente en estos procesos, estén prontos a ejercer sus poderes- deberes para prevenir cualquier conducta impropia de las partes.[47]

El sistema uruguayo provee al Magistrado de herramientas muy fuertes en tal sentido, sin embargo, en un marco de reforma de la temática en cuestión, sería conveniente establecer medidas adicionales.

Un ejemplo de ellas, podría ser la que la Cámara Internacional de Comercio ha sugerido consistiendo en la adopción de un sistema de costos conforme

44 See Taruffo, above, 7, 413,

45 Simón y Labat, *ut supra* No2. Debe compartirse el criterio allí expuesto fundadamente en cuanto la adopción en bloque del Código Modelo para Iberoamérica sobre Procesos Colectivos no sería conveniente en el escenario actual del Uruguay.

46 Murphy and Cameron, ut supra No36, 6; En Australia casos: *Finkelstein J en Bright v Femcare* (2002) 195 ALR 574 y Mansfield J en *Guglieheim v Trescowthick (No2)* (2005) 220 ALR 515. Ambos refieren a la importancia de brindar al juez en estos casos de los poderes necesarios para el manejo de los mismos.

47 Ver Ronald Sackville, '*Mega Litigation – Towards a new Approach'* (2008) 27 (2) Civil Justice Quarterly 244-259; Australian Law Reform Commission, *ut supra* No 11, 7.92. En los procesos representativos un juez activo es especialmente importante ya que los individuos que comparten el interés alegado no están todos involucrados en el procedimiento aunque se verán afectados por el resultado del mismo.

al cual, la parte perdidosa deba hacerse cargo de los mismos.[48] Estudios llevados a cabo en algunas jurisdicciones, indican que este sistema ha contribuido a evitar esa suerte de comercialización de estas valiosas herramientas procesales.[49]

F. CONCLUSIÓN

Hemos insistido en la importancia de contar con vías eficaces para la protección de los intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos en el Uruguay. Esa fue también la intención de quienes trabajaron hace más de 20 años en el anteproyecto que luego se plasmara en el Código General del Proceso, vigente hoy día en Uruguay.

Con ese objetivo, señalamos las ventajas que los mismos presentan frente a otras herramientas procesales disponibles. Desafortunadamente, su uso en el Uruguay ha resultado extremadamente limitado hasta el momento.

Entendemos que es importante que el Uruguay adecue su legislación procesal para permitir la correcta defensa de estos intereses y evitar además, posibles abusos derivados de aspectos que no están completamente claros en la regulación existente hoy en día.

48 International Chamber of Commerce, *above 41,at conclusion..*
49 Murphy and Cameron, above No 36, Ch III.

LA JUSTICIA CIVIL ESPAÑOLA DEL SIGLO XXI.
REFORMA PROCESALES Y MEJORAS EN LA ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

José Alberto Revilla González[1]

I.- INTRODUCCIÓN.

La preocupación por la eficacia y perfección de la justicia no es una cuestión traída por los nuevos tiempos, ni es propia de ciertas épocas o países, sino que constituye una constante a lo largo de la historia. La renovación legislativa, y la adaptación de la organización judicial a las exigencias de cada momento, ha servido para evitar que la vida jurídica se mantenga aislada del resto de cambios sociales y pueda producirse un abismo entre dos realidades que caminar parejas. Para ello, siempre ha constituido un estímulo importante la elaboración doctrinal, cuyo innegable aporte de su especulación intelectual ha contribuido al progreso de la Justicia. No faltando tampoco la aportación jurisprudencial, que en contacto con las exigencias de la realidad, y respondiendo a las necesidades inmediatas de los casos concretos, ha permitido, con su interpretación, dar a la normas un sentido actual, y elaborar soluciones adecuadas a las circunstancias del momento. De este modo, partiendo en muchos casos de principios abstractos y construcciones teóricas, los legisladores han ido caminando para tratar de acomodar la organización y los procedimientos judiciales a lo que cada tiempo impone.

II.- ORIENTACIONES PARA UNA JUSTICIA CIVIL EFICAZ Y DE CALIDAD.

El Derecho Procesal no constituye un mero conjunto de reglas procedimentales, sino que el proceso presenta un claro trasfondo cultural y político. Como señalara Bettiol, la elección de un modelo procesal es, evidentemente,

1 Profesor Titular de Derecho Procesal Universidad Autónoma de Madrid

una elección política, existiendo un nexo entre la forma de Estado y la forma de proceso2. Y, aun cuando ello se muestra de manera más evidente en el proceso penal, también ocurre en el proceso civil. Cualquier reforma en profundidad parte de unas bases, principios y criterios que actúan como sustento del cambio. El tema de los poderes del juez, la oralidad como eje en torno al cual gira la regulación del procedimiento, la tutela cautelar, la especial atención a la protección del crédito, la eficacia de la ejecución forzosa, el sistema de impugnaciones, etc.. son cuestiones que requieren de una previa consideración a la hora de afrontar un cambio en la justicia civil.

Las leyes reflejan la ideología socio-política dominante en un país y en una época determinada, y esa influencia de los cambios políticos en las leyes procesales encuentra una reflejo en la distinción que ha venido a denominarse proceso civil liberal y el proceso civil social. El primero, asume los postulados del Estado liberal, y presupone un hombre responsable y maduro, por lo que la responsabilidad de la marcha del proceso la tienen enteramente las partes. Además, la finalidad del proceso en entendida como consecución de derechos privados, como resolución de controversias entre intereses de las partes, por lo que el Estado se mantiene en una posición abstencionista (el "laisser faire, laisser passer", popularizado por la escuela clásica liberal). El proceso se caracteriza, al igual que el modelo económico en el que se inspira, en el escaso papel otorgado al juez. Su imparcialidad se pretende asegurar mediante la atribución a las partes de las facultades de introducción en el proceso de los hechos y la pruebas tendentes a su acreditación; y, como remedio a las posibles situaciones de incertidumbre la carga de la prueba nos dice quién ha de sufrir las consecuencias de la falta de acreditación de un hecho. Este modelo proceso se caracteriza por la escasa existencia de obligaciones procesales impuestas a las partes, estando caracterizada su actuación por el sometimiento a meras cargas procesal establecidas en el propio beneficio de la persona ligada a su cumplimiento (comparecer, presentar documentos, contestar a la demanda, probar, concluir). Categoría jurídica que nos expusiera James Goldschmidt en su Teoría General del Proceso, y que considera como la única forma en que se manifiesta un imperativo bajo amenaza de un perjuicio[3].

Por el contrario, desde una visión social del proceso, éste no sólo atiende a la consecución de intereses privados, sino que cumple también una función social. El proceso sirve a la protección del ordenamiento jurídico objetivo, y a la rápida solución de controversias. Por ello, se busca un juez más activo y comprometido con la verdad. El descubrimiento de la verdad y la justa aplicación de la Ley deben guiar todo buen procedimiento. Por ello, se establece un sistema de obligaciones procesales, que exige una actuación de las partes para conseguir la satisfacción de un interés ajeno que se considera prevalente.

2 Bettiol, G y R.: *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*, Padova, 1993, pág. 128.
3 Goldschmidt, J.: *Teoría general del proceso*, Barcelona, edit. Labor, 1936, pág. 82 y ss.

La parte a ellas sometida está sujeta a una coacción que le quita su liberta de conducta, estableciéndose una sanción para el caso de su eventual incumplimiento.

Hoy, el camino es hacia un proceso civil más social, estableciéndose verdaderas obligaciones procesales que exijan una conducta de las partes impuesta por la subordinación a un interés ajeno. La pretendida eficacia del proceso no se logra sólo con el reconocimiento de una serie de derechos y garantías tendentes a obtener una rápida y justa resolución del conflicto, sino que necesita también de instrumentos favorecedores de la efectividad del proceso y la ejecución de su sentencia.

III.- UNA NUEVA LEY PROCESAL CIVIL PARA UN NUEVO SIGLO.

En España, la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 rigió durante más de cien años el orden y sistema de los procedimientos civiles; permaneciendo en el modelo procesal romano, con todas las características de un proceso escrito, que implicaba una dispersión en los actos que componían el procedimiento[4]. Esta cierta particularidad del proceso español en el entorno de los países europeos de *civil law* tuvo una importancia mayor, por cuanto que fue un modelo que se extendió a los países del área latino-americana, lo que ha hecho que se hable, incluso, de la existencia de un sector hispano-americano del sistema procesal de *civil law*[5].

La situación reclamaba una completa renovación legislativa que pudiera dar cumplida respuesta a la formulación constitucional del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La Ley de 1881 había nacido en un contexto social y jurídico muy diferente al que estaba siendo aplicada, mostrándose inadecuada para dar una satisfactoria respuesta a los conflictos propios de una sociedad moderna e industrializada[6]. Incapacidad para resolver adecuadamente los nuevos problemas que había hecho que proliferase los procesos especiales extraños a ella, incluyéndose nuevos tipos de proceso cada vez que

4 Señalaba el profesor Beceña hace casi cien años que "no sería difícil demostrar, de una manera general, y aun circunstanciadamente, que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil es aún hoy la única superviviente del sistema del derecho común, llegado a su perfección en el siglo XIII, por los esfuerzos de canonistas y glosadores, y que, alentadas las reformas efectuadas por meras necesidades prácticas, no ha sabido asimilar las construcciones de las ciencia procesal incorporadas en las segunda mitad del siglo último a la generalidad de las legislaciones modernas" (*Magistratura y Justicia*, Madrid, 1928, pág. XXXI).

5 Denti, V. *La giustizia civile*, Bolonia, 1989, pág. 50.

6 *Vid*. Montero Aroca, J.: *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Madrid, 1982.

había una reforma del derecho sustantivo, en lo que se consideró un intento de huir de la Ley de Enjuiciamiento[7].

Por ello se hacía necesario introducir las reformas precisas para corregir esa situación, evitando las dilaciones existentes, e instaurando un proceso de corte más actual, oral y concentrado. El anhelo de una "efectividad de la tutela judicial civil" llevo a esa iniciativa legislativa que daría como fruto la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Con ella se abría una nueva etapa en la historia legislativa de nuestro proceso civil, y culminaba un movimiento reformador surgido apenas viera la luz la centenaria Ley de 3 de febrero de 1881[8].

La nueva Ley se compone de cuatro Libros, que regulan las Disposiciones Generales (Libro I); los Procesos Declarativos (Libro II); la Ejecución Forzosa y Medidas Cautelares (Libro III); y los Procesos Especiales (Libro IV). Ordenación que abarca en su conjunto un total de 827 artículos, lo que la sitúa en el entorno de los Códigos europeos, reduciéndose notablemente con relación

7 Como ya señalara el Ministro Iturmendi en su discurso de apertura de los tribunales del año 1964, "nuestras leyes son anacrónicas para las necesidades y exigencias de la sociedad actual… Destino imperativo de toda ley es su anacronismo, más o menos lejano según el ritmo de evolución y transformación socioeconómica de la estructura real que ordena.. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se centro en el juicio ordinario de mayor cuantía, un tipo de proceso solemne, en un momento histórico en el que éste había sido superado por los procesos plenarios rápidos. Desde que los procesos rápidos surgen a la vida jurídica en la Clementina Saepe Contingit, en los Estatutos italianos y en el Consulado del Mar, la Historia del Derecho Procesal Civil es una carrera de dos sistemas, en la que el proceso rápido ha ido ganando terreno progresivamente al solemne, hasta producir el abandono de éste en la generalidad de los países" (*Perfeccionamiento de la organización y procedimiento de la justicia.*- Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales el 15 de septiembre de 1964-, Madrid, Ministerio de Justicia, 1964, pág. 79).

8 En los años sesenta ya se hablaba de la necesidad de un perfeccionamiento en la organización y procedimientos de la Justicia que respondiese a las necesidades de la sociedad actual, entendiéndose que la reforma debería girar sobre tres ejes fundamentales: Ley Orgánica de la Justicia; nuevos Códigos procesales civil y penal; y la modernización y mecánica de los servicios judiciales. Respecto al Código Procesal Civil, la Sección 3ª de la Comisión de Códigos redactó en 1963 un primer borrador de texto articulado, que sirvió para redactar unas bases programáticas sometidas posteriormente a la consideración del Tribunal Supremo y de las Facultades de Derecho; y, a la vista de las observaciones formuladas, se redactaron diversos textos de bases para un Código Procesal Civil que no vieron su deseado fruto. El más conocido fue el Anteproyecto de Bases para un Código Procesal Civil, publicado en el número 1, marzo de 1966, de los "Cuadernos Informativos" que publicaba el Ministerio de Justicia. *Vid. El plan de reforma de la Justicia y su estado actual* Discurso del Ministro de Justicia en la solemne apertura de los Tribunales 26, septiembre de 1968), Madrid, Ministerio de Justicia, 1968.

En el año 1970, un grupo de profesores de Derecho Procesal de las universidades españolas asumieron la iniciativa de corregir y actualizar la legislación para la administración de justicia, presentando una "*Exposición al Gobierno*", en la que señalaban que la "legislación antigua con que contamos en España admite reformas y perfeccionamientos que la sitúen a la altura de las exigencias y las necesidades de la vida moderna del Derecho". Entregados a esa tarea de actualizar la legislación procesal, y comenzando por la Ley de Enjuiciamiento Civil, presentaron en dos tomos lo que se conoció como el proyecto profesoral o "libro de los profesores, que fue publicado en dos tomos bajo el título "Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil" (tomo I, 1972; tomo II, 1974), pero sin que desde las instancias oficiales se mostrase especial interés por esa obra de los *Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*.

a la anterior, de 2182 artículos, y que constituía nuestro cuerpo legal más extenso y uno de los más dilatados de nuestro entorno jurídico. Extensión que se explicaba, en parte, por albergar materias no propiamente jurisdiccionales, como la jurisdicción voluntaria, o cuestiones como el procedimiento concursal, pues se adoptó el criterio de que debían ser unas leyes específicas las que regulasen lo concerniente a esas materias.

Pero, si por un lado se extrajeron materias que se consideraron más propias de una regulación específica, por otro se incorporó la regulación de cuestiones carentes hasta ese momento de un tratamiento legislativo, o sobre las que la ley de 1881 mantenía una deficiente regulación. A la vez, esa consideración de ley procesal común hizo que se llevasen a ella cuestiones procesales dispersas en leyes sustantivas (así, por ejemplo, la regulación de la prueba contenida en el Código Civil); y que materias hasta ese momento incluidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial pasaran a ordenarse en la Ley de Enjuiciamiento, dado el carácter procesal de los preceptos. De este modo la oralidad, la publicidad, la lengua oficial, el impulso procesal, o los aspectos procedimentales de la abstención o recusación; la nulidad de las actuaciones judiciales, y la aclaración y corrección de las resoluciones se regulan ahora en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

1.- Aspectos generales de la nueva Ley

1.1.- Simplificación de procedimientos.

Una de las necesidades más sentidas de nuestro proceso civil era la reducción del número de procedimientos existentes, tanto de los especiales como de los declarativos ordinarios; así como diseñar un proceso tipo con un sencillo esquema de procedimiento, descargado de trámites y presidido por el principio de oralidad, que sustituyese a los procedimientos acentuadamente escritos. A esta necesidad trató de responder la ley, que fija como procedimientos declarativos ordinarios el *juicio ordinario* y el *juicio verbal* (art. 248.2), eliminado gran parte de lo numerosos procesos especiales, aunque continúan subsistentes algunos de ellos (procesos sobre la capacidad de las personas; procesos sobre filiación, paternidad y maternidad; procesos matrimoniales y de menores; procesos para la división judicial de patrimonios; procedimiento monitorio y juicio cambiario), y se mantienen diversas especialidades procesales en razón de la materia, cuyo cauce procedimental va ser el juicio verbal. Lo importante es haber puesto fin a procedimientos como el juicio de mayor cuantía, lento y complejo; y al menor cuantía, acentuadamente escrito, para caminar hacia unos procesos plenarios de mayor simplicidad de trámites.

1.2.- Potenciación de los principios de oralidad, inmediación, concentración y publicidad.

Los principios procesales, aun cuando sirvan a una construcción técnico-jurídica del proceso, son reflejo de la orientación socio-política dominante en

un país y en un momento determinado. Esa mezcla entre política y técnica se aprecia en la constitucionalización de determinados derechos y principios procesales (derecho a la defensa, publicidad del proceso, etc..) y en el reconocimiento en los textos internacionales de derechos humanos de esos derechos y principios (igualdad ante los tribunales de justicia, independencia e imparcialidad judicial, principio de audiencia, plazo razonable, etc..)

Si la escritura fue uso común en nuestras actuaciones civiles, la búsqueda de mayor fluidez llevó a introducir en el proceso civil el principio de oralidad, el más importante y característico de los que rigen el procedimiento, ya que va a condicionar los de inmediación y publicidad, permitiendo que la resolución judicial se base en el material procesal aportado oralmente en el acto de la vista o juicio.

Pero este mito de la oralidad, que ya fuera puesto de manifiesto por el gran jurista Italiano Chiovenda en una conferencia pronunciada en 1909, y que tiene sus antecedentes en la Ordenanza Procesal Civil alemana de 1877, y en la Ordenanza Procesal Civil austriaca de 1895, de F.Klein, también presenta sus inconvenientes, que han de ser considerados para salvar la mayor seguridad que proporciona la escritura. Para que esa manifestaciones orales queden fijas y permanentes, de manera que puedan ser examinadas en cualquier momento, necesitan de un correcto sistema de grabación y archivo. No se trata de instaurar la oralidad por la oralidad, sino que ha de proveerse de los medios que le dotan de todas sus ventajas. Disponer de una apropiada infraestructura tecnológica para grabación de las audiencias y vistas, con un adecuado software de backup que garantice un almacenamiento seguro y permita una recuperación fiable, además de soportes adecuados de protección de datos son necesidades que no pueden descuidarse.

La Constitución española vino a reconocer la importancia del principio de oralidad, señalando en su artículo 120.2 que "el procedimiento será predominantemente oral", formulación repetida posteriormente en el artículo 229. 1 de la LOPJ. Sin embargo, pese a ese proclamado deseo de oralidad, la escritura seguía siendo uso común en las actuaciones civiles. Incluso, por perversión práctica, se veía con relativa frecuencia como se desnaturalizaba el juicio verbal de entonces mediante la presentación de notas escritas para la vista. La nueva Ley vino a potenciar este principio, el más importante y característico de los que rigen el procedimiento, ya que va a condicionar los de inmediación y publicidad, permitiendo que la resolución judicial se base en el material procesal aportado oralmente en el acto de la vista o juicio.

En el juicio ordinario, una vez contestada la demanda, se han fijado dos actos orales, y con inmediación, que son la audiencia previa (arts. 414 y ss) y el juicio (arts. 431 y ss.). En cuanto a la audiencia previa, sus funciones son las de

intentar un acuerdo o transacción de las partes; examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución del proceso (función saneadora); delimitar los puntos del debate; y, en su caso, proponer y admitir la prueba[9]. Por lo que respecta al juicio, éste tiene por objeto la práctica de pruebas, de modo público y contradictorio, que han de transcurrir ante la presencia directa del órgano judicial, así como la formulación de conclusiones sobre ellas.

Con relación al juicio verbal, la característica principal es la concentración de las actuaciones procesales en el acto de la vista (arts. 440 y ss), en cuyo desarrollo expone el demandante los fundamentos de lo que pide; contestando oralmente el demandado a la demanda, y, de existir disconformidad sobre los hechos, se propondrá prueba, que se practicará seguidamente si hubiese resultado admitida, dándose seguidamente por terminada la vista (art. 447). Si bien, aun cuando la ley no lo prevea expresamente, ha de entenderse también posible un trámite oral de conclusiones.

Vemos de este modo como la práctica de la prueba transcurre ante la presencia directa del órgano judicial. Necesaria presencia judicial que aparece recogida en el artículo 137, y que se extiende ahora a todos los integrantes de un órgano colegiado y no sólo al Magistrado ponente como hasta ahora se exigía (cfr. art. 181 respecto de las funciones del Ponente), sancionándose con la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones la infracción de la exigida inmediación judicial (art. 137.3). Actuaciones, además, que han de practicarse en audiencia pública, como señala el artículo 138, con las posibles excepciones que en el mismo se contienen.

1.3.- Aumento de los poderes del juez.

La nueva Ley Enjuiciamiento Civil, aun continuando asentada sobre los principios dispositivo y de aportación de parte, ha venido a aumentar los poderes del juez en la dirección del proceso, alejándose de la figura de un juez desprovisto de facultades, que le hacen observar el proceso como un mero espectador.

Los viejos aforismos *ne procedat iudex ex officio*, y *iudex secumdum allegata et probata decidere debet* han estado presentes desde siglos en el proceso civil, donde lo que se hacen valer son relaciones jurídicas privadas, que tienen como base la autonomía y la libertad en el ejercicio de los derechos. Sin embargo, aunque el juez se pronuncie dentro de los límites configurado por las partes, su posición en el proceso no puede ser la de un oyente mudo que presencia el caso debatido sin ninguna posibilidad de intervención. Desde hace tiempo se ha entendido que sus posición dentro del proceso debe de ser otra. Hace ya medio siglo que se decía por quien entonces era Ministro de Justicia, a propósito del plan de reforma de la justicia, que el juez no puede ser un "juez-esfinge", extraño a la investigación activa de la verdad, afirmando que "es ne-

9 *Vid*. Fairén Guilen, V. *Audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas*, Madrid, 2000.

cesario que los poderes del juez se amplíen sobre todo en lo concerniente a las pruebas. Manteniendo el principio dispositivo como regla general, sin poder exceder el ámbito de las acciones o excepciones oportunamente ejercitadas por las partes, el juez ha de tener mayores posibilidades en la búsqueda de la verdad mediante una intervención directa y personal en la prueba"[10].

El Libro Blanco de la Justicia de 1997, en el que se recogieron diversos aspectos de la Administración de Justicia que requerían mayores reformas y mejoras, trató de las facultades del juez en el proceso civil, señalando la conveniencia de que una nueva regulación de la LEC reforzará los poderes de dirección del juez, fortaleciendo así su papel en el proceso, pues el juez civil "no es ya ese pretendido espectador neutral y pasivo que –supuestamente- se limitaba a contemplar la noble contienda entre las partes, sin ninguna intervención posible, salvo las diligencias para mejor proveer"[11]. Si bien, ni el inicial Anteproyecto ni posteriormente el Proyecto presentado a las Cortes parecía responder enteramente a este modelo de juez activo, siendo en la posterior tramitación parlamentaria donde se han visto reforzadas esas facultades del juez.

Facultades del órgano judicial que podemos verlas, por ejemplo, en la apreciación de oficio de la falta de capacidad (art. 9), que tradicionalmente había quedado reservada en nuestro Derecho a la alegación de las partes, en tanto que dueñas del proceso. Si bien, en el juicio de cognición (art. 34 del D. de 21 de noviembre de 1952), y en el juicio de menor cuantía, en virtud de la reforma de 1984 (art. 693. 3 de la LEC de 1881) era posible esa apreciación de oficio por el juez. También, en la posibilidad de negar eficacia al allanamiento (arts. y 21.1) que, dejando de lado el predominio absoluto de las partes, prevé la posibilidad del juez del desvincularse de la manifestación de aquietamiento de la parte cuando entienda que se hace en fraude de ley o suponga una renuncia contra el interés general o en perjuicio de terceros. Otro tanto cabe apuntar respecto del desistimiento, en el que asumiendo la bilateralidad del mismo (conformidad del demandado), se le permite al juez que resuelva lo que estime oportuno si el demandado se opusiese (art. 20.3, *in fine*). Igualmente puede el juez realizar de oficio un control de los presupuestos procesales: (arts. 37, 38, 48, 58, 416.2 y 546), sobre la clase de juicio por razón de la cuantía (art. 254) y, decretar, también de oficio, la acumulación de procesos incoados para la protección de derechos e intereses colectivos o difusos (art. 78.4, *in fine*).

10 *El plan de reforma de la justicia y su estado actual* (Discurso leído por don A. M. De Oriol y Urquijo, Ministro de Justicia, en la solemne apertura de los Tribunales el 16 de septiembre de 1968), Madrid, Ministerio de Justicia ,1968, págs. 46-47.

11 *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997, pág. 195-196.

Además, se admite la posibilidad de que el juez realice averiguaciones sobre el domicilio del demando en el supuesto de que el demandante desconozca totalmente el dato del domicilio, y manifieste que le es imposible designar un domicilio o residencia (art. 156).

Lo mismo puede decirse respecto de la prueba. Así se ve en los artículos 282, 752.2 y 429.1, párrafo segundo. En unos casos se prevé la posibilidad de acordar de oficio determinadas pruebas cuando así lo establezcan las leyes (posibilidad que ya se contemplaba para algunos supuestos, como el artículo 208 del Código Civil respecto del proceso de incapacitación; o en la Disposición adicional 1ª de la L.O. 3/1989, de 21 de junio en los procesos civiles relativos a la indemnización por daños ocasionados con motivo de la circulación de vehículos a motor); pero, además, por lo que se refiere a la delimitación de la prueba en la audiencia previa, se confieren facultades al tribunal para poner de manifiesta a las partes que las pruebas propuestas por ellas pueden resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos, indicando los hechos que podrían verse afectados por esa insuficiencia probatoria, y señalando los medios de prueba cuya práctica considere conveniente, si bien ciñiéndose a los elementos probatorios (fuentes de prueba) cuya existencia resulte de los autos. Facultad que exige del juez un conocimiento con detenimiento de la contestación y la demanda para permitirle decidir sobre tal extremo en ese momento, por lo que, pese a la previsión legislativa, no resulta ciertamente operativo en muchos casos.

En otro orden de cosas, se le atribuye al juez unas amplias facultades sancionadoras ante el incumplimiento de las reglas de buena fe procesal (art. 247) o de las obligaciones que marca la Ley. Posibilidades que ha hecho ver a algunos una ley excesivamente sancionadora, teniendo en cuenta los diversos supuestos en que se prevén. Así, solicitar sin fundamento o con dilación injustificada un nuevo señalamiento de vista (183.5); promover con temeridad el incidente de nulidad de actuaciones (art. 228); ánimo dilatorio o mala fe en la presentación tardía de documentos (art. 270.2); no ejecución de la prueba por causa culposa del litigante (288); incomparecencia de testigos y peritos al juicio o vista (art. 292); incomparecencia de la parte al interrogatorio (art. 304); impugnación temeraria del valor probatorio del documento público (art. 320); impugnación temeraria de la autenticidad del documento privado (art. 326); temeridad o deslealtad procesal en la tacha de peritos (art. 344. 2); no respuesta debida al requerimiento de manifestación de bienes (art. 589,3); o no colaboración en las actuaciones de ejecución (art. 591.2).

Además, a instancias del ejecutante que no pudiere designar bienes, se prevé la investigación judicial del patrimonio del ejecutado, pudiendo dirigirse a entidades, organismos, registros públicos y personas físicas y jurídicas para que le faciliten relación de bienes y derechos del ejecutado de que tengan

constancia (art. 590). Previsión ya contemplada en el artículo 1454 de la LEC de 1881, en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 51/1997, de 27 de noviembre; aunque lamentablemente, a los pocos días de la entrada en vigor de esa reforma, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y económicas, que modificó la Ley General Tributaria, hacía perder al precepto parte de su sentido, al limitar la aplicación del mismo a las investigaciones penales y la protección de menores e incapacitados. Ahora, el artículo 591 de la nueva LEC restringe ese deber de colaboración de las persona y entidades públicas y privadas "a los límites que, para casos determinados, expresamente impongan las leyes", con lo que puede quedar ciertamente desvirtuada la eficacia de la investigación judicial.

1. 4.- Tutela de intereses jurídicos colectivos.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, propia de una sociedad agraria, atendía a situaciones de conflicto de corte dualista, en la que se da una contraposición privada de intereses entre acreedor y deudor, pero sin considerar aquellas otras, propias de una sociedad moderna, que afectan a una colectividad de personas que se muestran unidas por un interés jurídico común. Los consumidores y usuarios reclaman hoy una protección que no queda satisfecha con la posibilidad del ejercicio de acciones individuales por quien ha sido personal y directamente lesionado en sus derechos[12]. Ello hacía necesario una ruptura con el modelo clásico de legitimación, de modo que no se otorgue sólo a quien afirma la titularidad de un derecho propio, o a quien actúa en sustitución o representación en sentido técnico de quien es su titular. La nueva Ley aborda la tutela de esos intereses jurídicos de los consumidores, legitimando para su defensa no sólo a quien ha resultado directamente perjudicado, o a los grupos de afectados, sino a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas (art. 11); distinguiendo según que los perjudicados sean una pluralidad de consumidores indeterminada o de difícil determinación; o un grupo perfectamente determinado o fácilmente determinable. Legitimación que, si bien es cierto, ya se contemplaba en el artículo 20.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios de 1984, y que posteriormente vino a reconocer el artículo 7. 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, apareciendo recogida en diferentes ámbitos específicos como la publicidad engañosa, la competencia desleal y las condiciones generales de la contratación, dejaba al descubierto importantes cuestiones de orden procesal. Se hacia necesario, por ello, regular cuestiones tales como la posibilidad del ejercicio de pretensiones indemnizatorias en favor de una pluralidad de consumidores que rebasa el colectivo de asociados, la intervención de terceros en el proceso, la extensión de los efectos de cosa juzgada material a terceros no intervinientes, o las sentencias abiertas de condena que permitiesen exigir el pago o instar la ejecución a sujetos son individualmente determinados,

12 *Vid.* Revilla González, J.A.: "La protección jurisdiccional de los consumidores", en AA.VV. *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, 1999, págs.. 640 y ss.

La ley, sin instaurar un procedimiento especial en materia de consumo, contempla ciertas normas con las que adaptar el proceso civil a las necesidades de tutela de esos intereses colectivos. Así, la publicidad y llamada al proceso a quienes tengan la condición de afectados, a fin de que puedan hacer valer sus derechos e intereses; o la comunicación previa a todos los interesados, por parte del demandante, cuando se trate de personas determinadas o fácilmente determinables (art. 15). También, en lo que respecta a la acumulación de procesos, el artículo 78, 4 fija normas especiales, que prevén, incluso, la acumulación de oficio de los procesos pendientes. Igualmente, en el trámite de discusión parlamentaria se consideró la conveniencia de hacer una referencia expresa en cuanto a las diligencias preliminares en los procedimientos para la defensa de intereses colectivos, a fin de poder determinar los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. Lo que permitirá cumplir con esa carga impuesta al demandante en el artículo 15.2 de comunicar previamente la presentación de la demanda a todos los interesados. Pero, sin duda, el punto más importante es el referido a la sentencia y la extensión de sus efectos para terceros no intervinientes. En este sentido, el artículo 221 recoge una serie reglas particulares referidas a las sentencias dictadas en los procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios. Así, respecto de las sentencias de condena (el Proyecto de Ley aludía únicamente a las condenadas dinerarias) se exige la determinación individual de quienes han de estimarse beneficiados por la condena o, cuando ello no sea posible, los datos, características, circunstancias y requisitos necesarios para poder exigir el pago o instar la ejecución. Pero, además, si se declara ilícita una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si ha surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

En cuanto a la extensión subjetiva de los efectos de cosa juzgada material, el art. 222.3 contempla el que se extienda a sujetos no litigantes, titulares de los derechos que fundamentan la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11, lo que quiere decir que se extienden los efectos de la cosa juzgada a los consumidores individuales no litigantes, cuando la tutela de los derechos se ha hecho valer por las asociaciones de consumidores o entidades legalmente constituidas que tengan por objeto su defensa o protección.

Por lo que hace referencia a la ejecución forzosa, el artículo 519 prevé, para el supuesto de sentencias de condena en la que no conste una determinación individual de los beneficiados, pero sí una concreción de sus datos, características y circunstancias, que puedan solicitar del tribunal competente que se les reconozca como beneficiarios de la condena, pudiendo, con el testimonio del auto que así le reconozca, instar la correspondiente ejecución o intervenir en ella.

1.5.- Protección del crédito. Ejecución y proceso monitorio

La nueva Ley mostró una preocupación especial por el reforzamiento de la protección del crédito en general, y, en particular, del crédito empresarial. Ejemplo de ello es la instauración del proceso monitorio, pensado principalmente para pequeños y medianos empresarios, con el que se pretende lograr el cobro rápido de impagados. Además, se modifica el régimen de la ejecución forzosa, establece la obligación del ejecutado de manifestación de bienes, y se prevén sistemas alternativos a la subasta judicial en la realización forzosa de bienes. permitiéndose la ejecución provisional de las sentencias dictadas en primera instancia sin la necesidad de prestar fianza. También se trasforma el sistema de medidas cautelares, tratando de poner fin a la dispersión normativa anteriormente existente.

1.5.1.- Instauración del proceso monitorio.

La morosidad en el pago de las deudas contractuales ha constituido siempre una cuestión de especial preocupación, y un grave problema para las pequeñas y medianas empresa. Preocupación común en muchos países, que ha hecho reaccionar en una lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales, evitando dilaciones en la sustanciación de los procedimientos de reclamación de créditos, regulándose procedimientos agilizados de cobro como el *summons production procedure*, en el Reino Unido, el de *injonction à payer*, en Francia o el *Mahnverfahren*, en Alemania).

En esta línea, el legislador español incorporó el proceso monitorio (arts. 812 a 817) como instrumento de protección del crédito para quien pretende el cobro de una deuda dineraria vencida y exigible por cuantía que no excediera de 30.000 euros (5 millones de pesetas en aquellos momentos). La limitación de este procedimiento a esa cuantía se justificaba en la Exposición de Motivos de la Ley como una elección prudente, al permitir las reclamaciones dinerarias no excesivamente elevadas. Sin embargo, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial ha elevado esa cuantía de 30.000 a 250.000 euros. Elevación con la que se ha pretendido ampliar venido a reconocer lo eficaz que se ha mostrado este procedimiento para el cobro de deudas dinerarias documentadas, vencidas y exigibles.. La sencillez del procedimiento y su rapidez ha estimulado su utilización como forma de protección del crédito, resultando ahora reforzado en su significación y alcance[13].

13 El Proyecto de Ley de Medidas de Agilización Procesal (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, de 18 de marzo de 2011, núm. 117-1), prevé, entre otras medidas, la supresión en el proceso monitorio del límite máximo de 250.000 euros, con la intención de ampliar uso.
Con esta nueva iniciativa legislativa se prender la simplificación y supresión de trámites dentro del procedimiento, y una restricción en el uso de los recursos, destacándose como medidas propuestas en el orden jurisdiccional civil la exclusión de recurso de apelación en los juicios verbales de reclamación de cantidad (hasta seis mil euros), de modo que la sentencia de primera instancia

1.5.2 .- Modificaciones en la regulación de la Ejecución forzosa.

La nueva Ley vino a establecer una regulación unitaria respecto de la ejecución forzosa, diseñando un proceso de ejecución único para los títulos judiciales y extrajudiciales. Si bien, esa unidad no deja de lado las particularidades que en ciertos aspectos resultan obvias, diseñando una distinta oposición a la ejecución en función del carácter judicial o no del título, o ciertas especialidades cuando la ejecución se dirige exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados.

En materia de ejecución dineraria, la ley vino a establecer la obligación del ejecutado de manifestar sus bienes, con sus gravámenes. La pretendida eficacia del proceso no se logra sólo con el reconocimiento de una serie de derechos y garantías tendentes a obtener una rápida y justa resolución del conflicto, sino que necesita también de instrumentos favorecedores de la efectiva ejecución de la sentencia. En este punto, ha de considerarse como una medida idónea el establecimiento de verdaderas obligaciones procesales, impuestas a las partes de en beneficio de un prevalente interés ajeno.

Nuestro proceso civil ha padecido tradicionalmente la dificultad de localización de bienes del deudor con los que hacer efectiva la ejecución de las sentencias, suponiendo una clara repercusión negativa sobre la efectividad de las mismas. La nueva Ley establece al respecto la obligación del ejecutado de hacer manifestación de sus bienes, con sus gravámenes (art. 589). Obligación que ya fue recogida por La Ley de Procedimiento laboral, por la que el ejecutado queda obligado, a requerimiento del órgano judicial, a manifestar los bienes y derechos llamados a garantizar su responsabilidad.

De este modo, la localización de bienes puede hacerse por el propio ejecutante, señalándose en la demanda los bienes del ejecutado de los que tenga conocimiento y sean susceptibles de embargo (arts. 549, 1, 4º). Pero, cuando el ejecutante no haya señalado bienes se requerirá al ejecutado para que manifieste una relación de bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución (589.1)[14]. Previniéndose que el requerimiento se haga con apercibimiento de las sanciones que pueden imponérsele, cuando menos por desobediencia grave, con la posibilidad de que se le impongan al ejecutado

devendrá firme, eliminándose el trámite de anuncio y preparación de recursos, de forma que los mismos se anuncian y formalizan en un solo escrito, lo que se pretende evitar excesos de trámites.

En cuanto al recurso de casación, se incrementa considerablemente la cuantía mínima para recurrir en casación, que pasa de 150.000 a 800.000 euros, lo que ha sido criticado por algunos por considerar que se veta el acceso al Tribunal Supremo a la práctica generalidad de los ciudadanos, creándose una justicia para ricos y grandes cuentas.

14 La actual redacción del artículo 589, atribuye al Secretario Judicial la competencia para requerir, de oficio, al ejecutado para que manifieste relacionadamente bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución; pudiendo, mediante decreto, imponer multas coercitivas periódicas al ejecutado que no respondiere adecuadamente.

multas coercitivas periódicas si no responde debidamente al requerimiento (art. 589, 3).

La Ley también vino también a introducir importantes cambios en la fase de realización de los bienes afectados a la ejecución, abriendo vías de enajenación forzosa alternativas a la subasta. El medio tradicional de realización de los bienes embargados ha sido en nuestra legislación procesal la enajenación pública mediante subasta judicial. Sistema que, aparte de conllevar una actuación compleja, presenta el inconveniente del abaratamiento del bien, y, en algunos casos, el problema añadido de los llamados subasteros.

La nueva Ley, aun cuando sigue considerando la subasta como sistema ordinario de enajenación forzosa, introducen sistemas alternativos con los que pretendía agilizar la ejecución y mejorar el resultado obtenido, aun cuando en la práctica poca incidencia ha tenido en este sentido. La ley prevé los convenios de realización entre ejecutante y ejecutado (art. 640), y la venta por persona o entidad especializada (art. 641). Previsión esta última que, aun resultando interesante, adolece de ciertas lagunas en su regulación.

Otra de las novedades importantes en materia de ejecución es la nueva regulación de la ejecución provisional, presentada como una de las principales innovaciones. La Ley quiere mostrar una confianza en la justicia de primera instancia, que lleva a no dilatar la efectividad práctica de las sentencias dictadas en primer grado, permitiendo con mayor generosidad la ejecución provisional de las sentencias no firmes. En primer lugar, frente a la exigencia contenida en el art. 385 de la LEC de 1881 de ofrecer la constitución de fianza o aval bancario suficiente para responder de lo percibido, perjuicios costas que se ocasionare a la otra parte, el artículo 526 de la nueva Ley establece expresamente la no necesidad de prestación de caución para pedir y obtener la ejecución provisional. Cambio que, sin duda, constituye en este punto la más significativa modificación introducida por la Ley 1/2000.

Innovación legislativa de la nueva LEC que comporta el lógico riesgo de que, ante una revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada, el ejecutante provisional que ha cobrado devenga insolvente. Aun así, se ha asumido esa contingencia, optado por la inmediata efectividad de las sentencias. Regulándose, eso sí, los efectos y cauces a seguir ante una posible revocación de la sentencia (arts. 533, 534 y 537).

Solicitada por demanda la ejecución, el juez la despachará, salvo que la sentencia sea de las inejecutables (sentencias sobre paternidad, maternidad, filiación, separación, divorcio...). Despacho de ejecución que no se subordina a la discrecionalidad del órgano judicial, cuyo control queda referido al cumplimiento de los presupuestos y requisitos procesales que la condicionan. Además, el despacho de ejecución se realiza sin oír al ejecutado, lo que lleva al

estableciéndose de un concreto trámite de oposición para la ejecución provisional y actuaciones ejecutivas concretas una vez que ésta ha sido despachada (arts. 528 y ss.) Oposición que es diferente según se trate de condena dineraria o de condena no dineraria, aunque en ambos casos existe un fundamento común que es la posible irreversibilidad de la situación provocada por la ejecución provisional.

1.6 Mejora de la tutela cautelar

El sistema anterior a la nueva Ley venía caracterizado por una dispersión normativa en lo referente a las medidas cautelares, cuya regulación se contenía tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulaba las llamadas medidas cautelares generales; como en otras leyes sustantivas, en las que se recogían normas procesales específicas relativas a la tutela cautelar (propiedad intelectual, competencia desleal, publicidad..). El resultado era una falta de unidad que la nueva Ley trató de remediar, al presentar, como señala la Exposición de Motivos, "un conjunto unitario de preceptos", del que sólo quedan excluidos las medidas especificas de algunos procesos especiales.

La Ley contiene en el artículo 727 una enumeración de las medidas cautelares específicas que pueden adoptarse, dejando abierta, no obstante, la posibilidad de adoptar aquellas otras "que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayera en el juicio" (art. 727, 11ª); recogiéndose la posibilidad de solicitar las medidas tanto con anterioridad como con posterioridad a la presentación de la demanda, incluso pendiente un recurso, si bien ello se prevé con un carácter restrictivo, reservándola a la petición basada en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos (art. 730,4). Por otro lado, el artículo 728, 3 establece, con carácter general, la exigencia de caución al solicitante de la medida, que podrá constituirse en dinero efectivo o medios alternativos que garanticen a juicio del tribunal la inmediata disponibilidad de las cantidades (cfr. art. 529).

Presentada la solicitud, la ley opta con carácter general por un sistema de contradicción anticipada, resolviendo la petición de medida cautelar previa audiencia del demandado (art. 733, 1), aun cuando se prevé la posibilidad de que, por razones de urgencia o para no comprometer el buen fin de la medida, se acuerde sin oír al demandado. En este caso, la contradicción se garantiza con posterioridad, mediante la oposición que puede formular el demandado (arts. 739 a 742).

Además, se ha venido a generalizar la caución sustitutoria de las medidas cautelares (art. 746 y 747) por la que es posible que el demandado solicite al tribunal que acepte, en sustitución de las medidas por una caución que asegure el cumplimiento efectivo de la sentencia estimatoria que se dictare.

IV.- LA MEJORA EN LA ORGANIZACIÓN Y GESTION JUDICIAL COMO CLAVES DE LA MODERNIZACIÑON.

1.- Análisis y planificación estratégica para la consecución de objetivos.

La mala situación de la justicia no suele obedecer sólo a una legislación procesal obsoleta, sino que confluyen un conjunto de causas que producen un deterioro en el funcionamiento del sistema. La falta de una organización eficiente de la oficina judicial, la excesiva carga de trabajo, o la falta de medios tecnológicos adecuados, constituyen factores que inciden negativamente en el servicio público de administración de justicia. Por ello, el anhelo de una efectividad de la tutela judicial no es sólo cuestión de leyes, sino también de medios, de organización, y de una voluntad común de todos los que pueden contribuir a hacerla realidad. La voluntad, cuando menos, se supone que existe; pero los medios hay que ponerlos, y el diseño de una estructura organizativa capaz de conseguir el objetivo deseado es necesario desarrollarlo.

Una verdadera reforma de la justicia civil debe acometerse desde distintos frentes, y no sólo con modificaciones legislativas, por necesarias que éstas sean. Por ello, se hace inevitable un alto grado de compromiso en los dirigentes políticos, para llevar adelante el necesario desarrollo de las estructuras judiciales, que permitan colocar a la Justicia ante el espejo de la opinión ciudadana reflejando una imagen de verdadero cambio. De esta manera, se estará permitiendo que el sistema judicial produzca unas respuestas efectivas a las cuestiones que le son sometidas.

En primer lugar, la deseada eficacia del sistema judicial depende en gran medida de unas leyes adecuadas, que posibiliten la rapidez en la tramitación de los asuntos, y que las sentencias obtenidas sean prontamente ejecutadas. Sólo así se conseguirá una verdadera confianza en la justicia, de otro modo se pensará que para poco vale acudir a ella, pues la decisión es costosa y tardía, y cuando por fin se consigue obtener una sentencia, ésta se convierte en papel mojado, pues raramente se ejecuta de manera pronta y conveniente.

Pero, además, es necesario un incremento y mejora de medios materiales y humanos. Ello supone mejorar los aspectos puramente materiales: mejora de infraestructuras (construcción de nuevos locales y adecuación de los existentes), sistemas automatizados de información que permitan el registro adecuado seguimiento de los procedimientos; modernización del funcionamiento de la oficina judicial, con adecuada capacitación del personal y mejora en los sistemas de gestión; mejora de la estadística judicial e introducción de indicadores para medir el rendimiento y evaluar el desempeño de la tarea judicial). Pero también ha de plantearse un ordenado programa de recurso

humanos, con un apropiado sistema de selección, capacitación y promoción de los jueces.

Para alcanzar ese futuro deseable, es necesario seguir unos pasos principales que nos posibiliten satisfacer las metas generales en un tiempo determinado, sin que se alargue en exceso, y sin que los costes vayan más allá de lo asumible, de modo que hagan inviables el proceso de perfeccionamiento. Para ello es necesario un adecuado análisis y planificación.

a) Análisis. En primer lugar, es necesario una recogida objetiva de datos de calidad a través de diversos métodos (encuestas, observación, etc..,) que permita conocer los fenómenos y las frecuencias de comportamiento, con los que definir los aspectos concretos sobre los que es necesario realizar las mejoras. Incluso, a través de representaciones diagramáticas que ilustren las secuencias de los actos procedimentales desde el inicio hasta el fin, podemos identificar y comprender los problemas y ver esas oportunidades de mejora. La representación procedimental mediante una lista ordenada de actuaciones, con la información que se considere necesaria, que deberá va a permitir identificar los problemas y representarse el futuro deseado.

b) Planificación. Se trata de establecer las concretas metas a alcanzar, y elegir los medios para lograr la consecución de los objetivos previstos, de deben de ser lo más realistas posible. La idea es tener una clara visión de lo querido, de manera que no se actúe de forma aleatoria o de modo descoordinado por quienes pueden tomar decisiones en el proceso de cambio. En esa planificación habrán de establecerse prioridades, distinguiendo entre lo que son objetivos inmediatos y a largo plazo que deben concretarse en planes de acción determinados.

2.- Compromiso por la modernidad de la justicia.

2.1 La calidad en el servicio publico de la Justicia un objetivo inaplazable.

La reforma de la Justicia se ha presentado como un objetivo primordial e inaplazable, considerando que los ciudadanos tienen derecho a un servicio publico de calidad, superando la desconfianza y baja credibilidad de los ciudadanos hacia la Administración de Justicia. No basta con que el Estado garantice la existencia de una estructura judicial, lo que se demanda es una administración de calidad y eficaz. Si no responde a las necesidades actuales y a lo que de ella se espera, es necesario introducir los cambios necesarios para adaptarla a las necesidades actuales. Renovar los medios materiales, incorporando los medios tecnológicos acordes con las exigencias del momento; realizar cambios organizativos que permitan una optimización de los recursos,

aprovechando al máximo los disponibles para conseguir un elevado nivel de calidad; implicar a los profesionales en la consecución de los objetivos previstos, obteniendo un compromiso de participación en el cambio que favorezca el proceso de modernización y permita anticiparse a las posibles reticencias o reacciones negativas a los cambios que pudieran producirse. Además, es necesario potenciar el sistema de responsabilidad de quienes desarrollan su actividad profesional en este ámbito, tratando de conseguir lo que de ellos se demanda: una actuación objetiva de acuerdo a las capacidades, competencias y conocimientos técnicos exigibles. Avanzado, por otro lado, en la solución extrajudicial de conflictos que evite acudir sistemática y necesariamente al proceso jurisdiccional como fórmula de solución del conflicto.

2.2 El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia.

En ese deseo de una administración de justicia moderna y capaz de aportar soluciones a las necesidades actuales, los principales partidos políticos españoles y el gobierno de la nación firmaron en mayo de 2001 el llamado *Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia*. En él se contenían un amplio conjunto de iniciativas con las que afrontar los objetivos de modernización propuestos, considerándose de especial atención la agilización y rapidez de la Justicia, para lo que se asume el compromiso de un aumento en la dotación de medios personales y materiales. Al mismo tiempo, para aprovechar al máximo los recursos humanos disponibles, se preveía la aprobación de un nuevo mapa judicial con el que agilizar y acercar la justicia al ciudadano, ajustando la organización a la carga de trabajo existente en cada parte del territorio nacional. Por otra parte, se piensa en una nueva definición de las funciones del Secretario Judicial, cuerpo técnico superior, atribuyéndole plenas facultades de impulso procesal, y potenciando sus funciones en la ejecución forzosa y en la dirección de la nueva oficina judicial, que modifica la tradicional estructura existente, distinguiendo entre los servicios de apoyo directo a cada órgano judicial y los servicios comunes o compartidos por distintos jueces y tribunales de un mismo territorio.

Además, se contempla la modernización de los métodos de trabajo, informatizando y ofimatizando esa nueva oficina, tratando de implantarse de manera generalizada la nuevas tecnologías, para su uso por todos los órganos jurisdiccionales y entre quienes profesionalmente se relacionan con la Administración de justicia. En esta línea de actuación se preveía la elaboración de un Plan Estratégico de las Nuevas tecnologías, con el que contribuir a modernizar el funcionamiento de las Oficinas Judiciales y agilizar los procedimientos, a la vez que se dispone el impulso del Plan de Infraestructuras para adecuar los edificios judiciales y mejorar las condiciones de trabajo de los profesionales y prestar una mejor atención a los ciudadanos, evitando la

dispersión de órganos judiciales existente en muchas ciudades[15]. Siendo necesario para todo ello la elaboración de un Plan Financiero que tuviese su reflejo en unas previsiones presupuestarias que permitiesen acometer las distintas acciones y medidas.

Por otro lado, considerando esa sobrecarga de trabajo de nuestros tribunales se promueven alternativas al proceso jurisdiccional, potenciándose la evitación de conflictos y desarrollando e impulsando fórmulas de arbitraje, mediación y conciliación. En línea con la política de la Unión Europea, que considera que la mejora en el acceso a la justicia debe abarcar tanto el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios, la potenciación de los métodos alternativos al proceso jurisdiccional puede proporcionar vías de solución de los conflictos económicas y rápidas, preservando, incluso, una viabilidad de futuras relaciones jurídicas entre las partes, al asumir y cumplir voluntariamente el acuerdo al que han llegado para solucionar el conflicto existente. Con tal fin se dictó la Directiva comunitaria 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que debe ser incorporada a los ordenamientos nacionales antes del 21 de mayo de 2011 y que viene a suponer un importante paso en la potenciación de estos métodos16.

2.3 Planes de modernización de la justicia

Con el fin de adaptar el sistema judicial español a las necesidades del nuevo siglo era necesario marcar una serie de directrices y establecer una planificación con la que dar un impulso gradual que permitiese cumplir los objetivos y alcanzar las aspiraciones deseadas. Para ello se hacía inevitable el compromiso de los distintas administraciones y órganos con atribuciones en la organización y gestión de la Justicia: Ministerio de Justicia, Consejo General del Poder Judicial y Comunidades Autónomas con competencias en la materia[17].

15 Ejemplo de ese buen propósito fue el proyecto urbanístico Campus de la Justicia de Madrid, nacido con la idea de agrupar a todos los órganos jurisdiccionales con sede en Madrid, a excepción del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Constitucional. Presentado como uno de los proyectos arquitectónicos de mayor singularidad de los desarrollados en España, y un símbolo de la justicia y la arquitectura del siglo XXI, cuyos gastos de construcción se sufragarían con la venta de diferentes edificios judiciales dispersos por la ciudad, quedó afectado por crisis inmobiliaria sufrida en España, paralizándose la venta de los actuales locales a la espera de un mejor momento económico.

16 Sobre la importancia de la mediación y su aplicación en los diferentes órdenes jurisdiccionales, puede verse Soleto Muñoz, H. y Otero Vargas, M (Coord.): *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Madrid, 2007; Soleto Muñoz, H. (Direct.) *Mediación y Conflicto: Técnicas y ámbitos*, Madrid, 2011.

17 La Constitución Española de 1978 marcó un cambio en la organización política y administrativa del Estado, abandonando una estructura unitaria y centralizada por un modelo caracterizado por la descentralización territorial del poder, reconociendo el derecho a la autonomía de las regiones que integran la Nación española. Estructura territorial que se proyecta en una distribución de competencias entre el poder central y las Comunidades Autónomas, articulado sobre un sistema de listas, en las que se recogen aquellas que son competencia exclusiva del Estado y aquellas otras

En esa tarea de contribuir a la modernización de la Justicia, el Consejo General del Poder Judicial aprobó unas líneas generales para el Plan de mejora de la Justicia, y creó la Comisión de Modernización e Informática[18], con la tarea inicial de impulsar esas acciones y medidas. En cumplimiento de dicha tarea, la citada Comisión preparó del Plan de Modernización de la Justicia, que fue aprobado por el pleno de 12 de noviembre de 2008. Dicho plan quedó articulado sobre ocho ejes, con una serie de medidas a corto, medio y largo plazo.

Esos ejes o áreas claves de la modernización aparecen integradas en la denominada *Hoja de Ruta para la Modernización de la Justicia*, son:

1.- implantación de la Oficina Judicial
2.- Reestructuración de la planta y demarcación judicial
3.- Aplicación de la nuevas tecnologías (e-justicia)
4.- Efectividad de las medidas de la Carta de Derechos y del Plan de Transparencia judicial.
5.- Seguimiento y mejora de la actividad de los órganos judiciales.
6.- Impulso de las reformas orgánicas y procesales
7.- Estatuto de los miembros de la carrera judicial
8.- Organización territorial del Estado

Pero, además, tanto el Gobierno como el Parlamento han expresado su voluntad de reforma de la Justica. El Ministro de Justicia, en su comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso el 26 de marzo de 2009 fijó como objetivo prioritario del Ministerio mejorar la calidad del servicio público de la Justicia; y el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó el día 2 de abril de 2009 una resolución en la que se decía que era urgente impulsar un acuerdo social en materia de Justicia que englobe al conjunto de los grupos parlamentarios y facilite el consenso con el Gobierno y todos los agentes jurídicos, debiendo materializarse en un calendario con un programa de actuación y una inversión concreta.

Un empeño nada fácil de llevar a cabo, lo que ha exigido una participación conjunta de las instituciones, de los profesionales jurídicos del ámbito de la Justicia, y de las organizaciones representativas de la sociedad civil, pues la modernización de la Administración de Justicia debe abordarse actuando simultáneamente en diferentes ámbitos: organizativo, tecnológico, económico, social y normativo.

que pueden ser asumidas por las Comunidades autónomas; permitiendo a los propios Estatutos de Autonomía fijar las competencias asumidas, dentro del marco establecido en la Constitución.

18 Creada en el Pleno de 30 septiembre de 2008.

Fruto de todo ello fue la elaboración por el Ministerio de Justicia del Plan Estratégico de Modernización 2009-2012, en el que quedan expresados los objetivos que se pretender alcanzar con el desarrollo del Plan, articulados a través de ejes estratégicos y programas de actuación incluidos en el mismo.

Los objetivos generales que orientan el desarrollo del Plan, y que permitirán aproximar el sistema de justicia a la visión deseada y descrita anteriormente son los siguientes:

1. Conseguir una Administración de Justicia que garantice una tutela judicial efectiva accesible, rápida y que asegure una adecuada defensa de los derechos de todos los ciudadanos.
2. Lograr que la Administración de Justicia sea un servicio público de calidad, dotado de una organización adecuada, de profesionales altamente cualificados y de los medios materiales y técnicos precisos para desempeñar su misión de modo ágil, efectivo, accesible y atento con el ciudadano.
3. Consagrar un modelo de cooperación y coordinación eficaz con todas las Instituciones involucradas en el ámbito de la Justicia y con la comunidad internacional en su conjunto.

Objetivos que se relacionan con los ejes estratégicos propuestos, que son los siguientes:

1. Un servicio público de calidad.
2. Una Justicia profesional y altamente cualificada.
3. Una Justicia tecnológicamente avanzada.
4. Un servicio público orientado a las personas.
5. Una política basada en la colegiación de esfuerzos.
6. Fortaleciendo la dimensión jurídica internacional

Para conseguir estos objetivos, el Estado y las distintas Administraciones territoriales han incrementando los recursos destinados a la Justicia, aunque la sensación de la ciudadanía es de escasez de medios y deficiencias organizativas, además de un deficiente aprovechamiento de los recursos existentes. El incremento de los medios, las mejoras tecnológicas y de gestión, las reformas normativas, y los cambios en la organización harán avanzar en la modernización de la Administración de Justicia. Todos estos factores se articulan en el Plan Estratégico a través de los objetivos, ejes estratégicos y programas de actuación incluidos en el mismo.

V CAMBIOS EN EL MODELO ORGANIZATIVO Y OPTIMIZACIÓN DE RECURSOS

1.- Implantación de la Nueva Oficina Judicial. Estructura organizativa

La actual estructura de los órganos judiciales españoles, organizados en oficinas judiciales formadas por un juez, un secretario judicial y varios funcionarios judiciales, responde a un diseño del siglo XIX, y puede considerarse como una causa más que contribuye a la dilación de los procedimientos. Estas oficinas trabajan, por lo general, de manera autónoma, aisladas unas de otras y no relacionadas entre sí en su actividad, lo que les hace perder una interacción y dejar de beneficiarse de actividades comunes que permitiría aprovechar esfuerzos y equilibrar niveles de eficiencia.

Esa situación es lo que impulsó la transformación de un modelo organizativo y de gestión ya caduco, implantando un nuevo sistema que permita mayor agilidad y calidad en la prestación del servicio, a la vez que se consiga racionalizar y optimizar los recursos destinados a la Administración de Justicia. Se trata no sólo de modificar la estructura, sino conseguir que los titulares de la potestad jurisdiccional, jueces y magistrados, se dediquen a aquellas tareas que tienen reservadas en exclusividad, descargándoles de aquellos otros cometidos no jurisdiccionales que tradicionalmente han venido realizando, cumpliendo, así, con lo establecido por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Recomendación R (86) 12, de 16 de septiembre de 1986 sobre las medidas relativas a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales. En este nuevo diseño, pasan a jugar un papel importante los Secretarios Judiciales, miembros de un Cuerpo Superior Jurídico a los que, como directores de la Oficina Judicial, se les reconoce su importante papel en el impulso y ejecución de los procedimientos.

Esa idea de racionalización de esfuerzos, optimización de los recursos y adecuación de la gestión a la posibilidades y necesidades actuales, ha llevado a diseñar un n nuevo modelo de oficina judicial, cuya transformación se llevó a cabo a finales del año 2003, mediante la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Ley que se asienta sobre dos aspectos predominantes: el diseño de la nueva oficina judicial, y la potenciación de la figura del Secretario Judicial.

La Exposición de Motivos de la citada Ley viene a adelantar la complejidad de la reorganización prevista, pero lo imprescindible del objetivo propuesto para obtener una atención de calidad a los ciudadanos. El nuevo modelo de Oficina judicial arranca con el propósito de una adecuada racionalización de los medios que utiliza, definiéndose como "la organización de carácter instrumental que sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional de jueces y

tribunales" (art. 435 LOPJ), siendo su estructura básica homogénea en todo el territorio nacional[19].

En su diseño se ha optado por un elemento organizativo básico que es la "unidad"; distinguiendo, en atención a sus funciones, dos tipos de unidades: unidades procesales de apoyo directo y servicios comunes procesales (art. 436 LOPJ)[20]

a.- Las unidades procesales de apoyo directo.

Estas unidades existirán en cada uno de los órganos judiciales, y asumirán la tramitación procesal y llevanza de todos aquellos asuntos cuyo conocimiento tengan legalmente atribuidos jueces y tribunales, asistiéndolos mediante la realización de las actuaciones precisas para el eficaz cumplimiento de la función jurisdiccional.

Existirán tantas unidades de este tipo como Juzgados, o en su caso, Salas o Secciones de Tribunales que estén creados y en funcionamiento.

Cada unidad procesal contará con un Secretario Judicial (que, por motivos de racionalización del servicio, podrá actuar en más de una de estas unidades) y con los puestos de trabajo necesarios para la atención del órgano de que se trate.

b.- Los servicios comunes procesales.

Son unidades al servicio de los juzgados y tribunales que, sin estar integradas en un órgano judicial concreto, realizan labores centralizadas de gestión y apoyo en la actuaciones derivadas de la aplicación de las leyes procesales, como puede ser la realización de actos de registro y reparto, de comunicación, auxilio judicial o ejecución de resoluciones judiciales.

Estos servicios prestan su apoyo a todos o a algunos de los órganos judiciales de su ámbito territorial, y al frente de cada servicio común hay un Secretario Judicial de quien dependerá el resto de personal destinado en los puestos de trabajo[21].

Además de la oficina judicial propiamente dicha, la Ley también regula las llamadas Unidades Administrativas que, sin estar integradas en la Oficina Judicial, se constituyen en el ámbito de la organización de la Administración de Justicia. El diseño, creación y organización de estas Unidades Administra-

19 Hay que considerar, como pone de manifiesto la propia exposición de Motivos de la Ley, que las oficinas judiciales no pueden ser ajenas a la realidad del Estado autonómico, en el que se ha producido un intenso proceso de transferencias respecto a la dotación de medios personales y materiales al servicio del Poder Judicial.

20 *Vid*. Garrido Carrillo, F.J.: *La oficina judicial,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

21 Con objeto de garantizar la coordinación entre las Unidades Procesales de Apoyo Directo y los Servicios Comunes Procesales , el Pleno del Consejo del Poder Judicial ha dictado la Instrucción 1/2011 de 31 de marzo, sobre funcionamiento de las unidades procesales de apoyo directo a jueces y magistrados y su actuación coordinada con los servicios comunes procesales (BOE, de 5 de abril de 2011)

tiva, así como la dotación presupuestaria necesaria para si puesta en marcha y funcionamiento corresponde a cada Administración en su propio ámbito territorial. Como ser ve, lo pretendido es racionalizar medios personales y materiales para una mejor y más rápida Administración de la Justicia.

2. Optimización de recurso humanos. Potenciación de las atribuciones del Secretario Judicial.

La figura del Secretario Judicial se ha convertido en una de las claves de la reforma. Se trata de un Cuerpo Superior Jurídico al servicio de la Administración de Justicia, que desempeñan sus funciones con sujeción al principio de legalidad e imparcialidad, cuya capacidad profesional ha tratado de ser aprovechada con la asignación de nuevas. Además de corresponderles con exclusividad y plenitud el ejercicio de la fe pública judicial (art. 453 LOPJ), tienen encomendada las potestades de documentación y ordenación del proceso, dictando las resoluciones necesarias para su tramitación, y son los directores técnico-procesales de la Oficina Judicial, a quienes corresponde la organización, gestión, inspección y dirección del personal en aspectos técnicos procesales, ordenando su actividad e impartiendo las órdenes e instrucciones que estime pertinentes.

Esas funciones se han visto fortalecidas con la Ley Orgánica 1/2009 y la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. Estas leyes vienen a encomendar al Secretario Judicial funciones que con anterioridad la ley atribuía a los Jueces y Magistrados, y que no son propiamente tareas jurisdiccionales[22]. Como se dice en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2009, se trata de técnicos en Derecho, cuya capacitación les permite responsabilizarse de determinadas materias que si bien quedan fuera de la potestad jurisdiccional (atribuida con exclusividad a Jueces y Tribunales), no por ello son menos importantes para la buena marcha del servicio público que constituye la Administración de Justicia. Por ello, más allá de las funciones de impulso formal del procedimiento que tenían hasta ahora, se ha optado por atribuirles otras, como la competencia para admitir la demanda que, salvo excepciones, sólo exige la comprobación de ciertos requisitos formales y el examen de la jurisdicción y competencia objetiva y territorial. Cuestión distinta es la inadmisión de la demanda, pues el derecho de acceso a los tribunales se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva, y por ello sigue reservándose a Jueces y Tribunales la decisión acerca de la in-

22 Iniciativa legislativa que no estuvo exenta de críticas por parte de algunos profesores universitarios, por entender, ente otra cosas, que se pretendía "sustraer a los Jueces y Magistrados y confiar a los Secretarios Judiciales no sólo resoluciones con eficacia meramente procesal, sino también otras con importantes efectos jurídico-materiales, que trascienden el ámbito procesal". Declaración sobre el Proyecto de Ley de Reforma de la Legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial que pueden verse en la página Web: http://www.ucm.es/info/procesal/declaracion.htm.

admisión de la demanda. No obstante, se exceptúa la admisión de la demanda ejecutiva, por considerar que corresponder al juez "hacer ejecutar lo juzgado", por lo que se le reserva dictar la llamada "orden general de ejecución".

Con relación a la acumulación de acciones, al plantearse ésta en el momento inicial del procedimiento, también se atribuye al Secretario judicial su admisión, dando cuenta al Juez si entiende que no concurren los requisitos necesarios. En cuanto a la terminación del procedimiento, en los casos en que proceda poner fin al mismo por falta de actividad de las partes, o por haber llegado éstas a un acuerdo, también será el Secretario judicial quien dicte un decreto que ponga fin al procedimiento[23]. Así, queda atribuida al Secretario judicial la declaración de terminación anticipada del proceso por desistimiento a solicitud expresa del actor, la terminación del proceso por satisfacción extraprocesal, la enervación de la acción de desahucio por pago o consignación de las rentas por el arrendatario con pleno consentimiento del arrendador, la declaración de caducidad de la instancia por inactividad procesal de las partes, etc.

Por lo que respecta a la ejecución forzosa, el artículo 456.3.a) de la LOPJ atribuye a los Secretarios judiciales la ejecución, salvo aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a Jueces y Magistrados. Ello ha motivado una profunda modificación del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, delimitando las competencias que son asumidas por los Secretarios judiciales y aquéllas otras reservadas a los Jueces y Magistrados, atribuyéndose a los Secretarios judiciales la mayor parte de las actuaciones del proceso de ejecución[24].

3.- Creación de una nueva figura judicial: los jueces de adscripción territorial.

Una de las ideas contempladas en esa tarea de rediseño, fue la creación de una nueva figura judicial: los jueces de adscripción territorial, con el cometido de cubrir las vacantes y ausencias temporales del titular del órgano judicial o llevar a cabo funciones de refuerzo. La idea perseguida con ello es reducir la elevada interinidad en el desempeño de la función jurisdiccional actualmente existente, contribuyendo a mejorar los estándares de calidad del servicio público, ya que buena parte de la actividad desarrollada hasta ahora por magistrados suplentes y jueces sustitutos va a ser realizada ahora por jueces profesionales.

23 El decreto es uno de los tipos de resolución que puede dictar el Secretario judicial, que debe de ser siempre motivado, y se dicta para poner fin al procedimiento o cuando sea preciso o conveniente razonar su decisión (art. 456.2 LOPJ)

24 Garrido Carrillo, F.J.: "*El secretario judicial, clave en el nuevo modelo de oficina judicial tecnológicamente avanzada".* En «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada», n.º 8, 2005.

La reforma del artículo 212.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, llevada a cabo por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, ya puso de manifiesto el carácter excepcional de los nombramientos de magistrados suplentes y jueces sustitutos, considerándose que las sustituciones en los órganos judiciales debería llevar se a cabo, en la medida de lo posible, por los miembros de la Carrera Judicial. La regulación de la figura de los jueces de adscripción territorial viene a enmarcarse en ese ámbito. El artículo 347 bis, añadido por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, atribuye a los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, a propuesta de las Salas de Gobierno, la facultad de designar las plazas en las que los jueces de adscripción territorial han de desempeñar su cometido en el ámbito territorial de una provincia, con carácter general y, excepcionalmente para órganos judiciales de una provincia diferente[25].

VI REESTRUCTURACIÓN DE LA PLANTA Y DEMARCACIÓN JUDICIAL Y REORGANIZACION FUNCIONAL DE LOS ORGANOS DE PRIMERA INSTANCIA.

1.- Reestructuración de la planta y demarcación judicial.

La planta judicial española fue aprobada por la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, momento en que su población no alcanzaba los 39 millones de habitantes, y los datos de población actual que elabora el Instituto Nacional de Estadística alcanza ya los 47 millones. A pesar de las puntuales modificaciones legislativas, el considerable aumento de población, el incremento de la litigiosidad, la definición de las cargas de trabajo que razonablemente pueden ser asumidas por los órganos judiciales para ofrecer una justicia de calidad y la determinación de las características territoriales para garantizar el acceso de los ciudadanos a los órganos judiciales, hace necesaria una reestructuración de la planta y demarcación existente, es decir, del número de órganos y su distribución territorial y por tipo de órganos. Para ello, en el ámbito del Consejo General del Poder Judicial, la Comisión de Modernización e Informática del CGPJ ha venido realizando una serie de estudios con el fin de fijar ese nuevo mapa judicial, considerando el desarrollo demográfico y la carga de trabajo existente. Por otro lado, desde el Ministerio de Justicia se ha trabajado para elaborar una proyecto de ley de reforma de la Ley de Demarcación y Planta Judicial, encargándose a un grupo de expertos

25 El CGPJ aprobó en julio de 2010 la instrucción 1/2010, del Consejo, sobre los Jueces de Adscripción Territorial, en la que expresamente se recoge la preferencia de los jueces de adscripción territorial sobre los magistrados suplentes y jueces sustitutos para cubrir las vacantes y ausencias temporales que se originen en los órganos judiciales o para participar en las medidas de refuerzo. Asimismo, también se contempla la preferencia de los nombramientos en favor de determinados órganos judiciales unipersonales, relegándose a supuestos excepcionales la participación de los jueces de adscripción territorial en los órganos colegiados.

la elaboración de un estudio en que se establezcan las bases de lo que deba ser la nueva demarcación y planta judicial española para los próximos años.

2.- Reorganización funcional. Sustitución de los órganos unipersonales por Tribunales de Instancia.

Dentro del proceso de modernización de la Justicia puesto en marcha, que supone una revisión de los modos de funcionamiento de Juzgados y Tribunales, se ha pensado en un cambio en el sistema de organización, y con tal fin se ha elaborado por el Ministerio de Justicia el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la creación de los Tribunales de Instancia. Después de la transformación de la Oficina Judicial, apuntada en la Ley Orgánica 19/2003 de 23 diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y desarrollada por la Ley Orgánica 1/2009 y la Ley 13/2009, ambas de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, se continúa en esa línea de cambios estructurales con la pretendida creación de los Tribunales de Instancia.

En España, los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción han sido durante más de un siglo ha sido el referente básico de la justicia.. El objetivo es implantar la organización colegiada en el primer nivel de la pirámide judicial a través de la creación de los Tribunales de Instancia que, progresivamente, irán sustituyendo a los Juzgados unipersonales. Se trata de suprimir los tradicionales juzgados, que pasaría a estructurarse como tribunales, modificándose el primer escalón de nuestro sistema jurisdiccional a través de la creación de único tribunal donde ahora hay diferentes juzgados.

La idea de esa organización colegiada trata de superar, se dice en la propia Exposición de Motivos, el modelo de juzgados, con idéntica competencia en cada partido judicial, con la idea no sólo de aprovechar mejor los medios, sino favorecer la existencia de criterios judiciales comunes entre los miembros del Tribunal, introduciendo un primer nivel de especialización en la distribución de asuntos, y adaptar la planta judicial a las necesidades de cada momento.

Estos Tribunales de Instancia asumirían las competencias que actualmente tienen los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Mercantil, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Menores, de Vigilancia Penitenciaria y de Violencia sobre la Mujer. En cada partido judicial, con sede en su capital, existirá un Tribunal de Instancia que estará integrado por varias Secciones: en todo caso, por una Sección Civil y una de Instrucción, y podrán existir, además, las siguientes Secciones separadas: a) de Enjuiciamiento Penal; b) de lo Mercantil, c) de Violencia sobre la Mujer; d) de lo

Contencioso-administrativo; e) De lo Social; f) De Menores y g) de Vigilancia Penitenciaria.

Pero tal iniciativa ha sido recibida con desigual aceptación por la doctrina procesalista, pues frente a esa idea de que servirán para la unificación de criterios y otorgarán mayor seguridad jurídica al justiciable, se ha dicho que en verdad no serán órganos colegiados, pues los Jueces y Magistrados del nuevo Tribunal ejercerán sus competencias de modo individual, no constituyendo un Tribunal en el sentido estricto de la palabra, por lo que no cabe extraer de ellos las ventajas propias de la colegialidad[26]. Ciertamente, tal como aparecen diseñados estos Tribunales en el Anteproyecto de Ley no significa que se introduzca la decisión colegiada en la primera instancia como forma común de resolución, frente a la actual decisión individual. Pues, aun cuando pueden ser llamados a decidir un asunto en Pleno todos los Jueces y Magistrados que formen una Sección del Tribunal de Instancia, cuando el Presidente, o la mayoría de aquéllos lo estime necesario para unificar criterios relativos a cuestiones sustantivas o procesales, teniendo el criterio adoptado carácter vinculante para todos los miembros de la Sección, la competencia viene originariamente atribuida a cada uno de ellos conforme a las normas de reparto de asuntos aprobadas por las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia. Razón por la que se ha dicho que los Tribunales de Instancia y sus secciones no son propiamente órganos colegiados, "sino la simple suma numérica de órganos jurisdiccionales unipersonales, siendo la finalidad que fundamenta la reforma meramente administrativa, es decir, la de reunirlos, por Secciones, bajo una misma organización de su Unidad Procesal de Apoyo Directo[27].

VII JUSTICIA Y TECNOLOGÍA. PROYECTO DE LEY DE NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

El proceso de modernización en la Administración de Justicia pasa necesariamente por la adaptación tecnológica, potenciando la utilización de medios telemáticos y aprovechando al máximo las posibilidades que hoy ofrecen las nuevas tecnologías. Ya no es posible despreciar la potencialidad de Internet y de otras aplicaciones como herramientas de cambio en el mundo de la Justicia. El uso de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) debe considerarse una práctica prioritaria, lo que lleva al desarrollo de infraestructuras, aplicaciones, conexiones y contenidos, además de una adecuada formación para su utilización[28].

26 *Vid.* Asencio Mellado, J.M.: "Los anteproyectos de Ley de Medidas de Agilización Procesal y de Creación de los Tribunales de Instancia", *La Ley*, 10 marzo de 2011, nº 7586 (http://diariolaley.laley.es)

27 Asencio Mellado, *op. cit.,* pág. 9.

28 *Vid*. Jiménez Asensio, R. "Administración de Justicia y nuevas tecnologías: líneas de evolución de un proceso abierto", en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las*

En el contexto europeo, el Consejo de Justicia e Interior (JAI) celebrado en junio de 2007, decidió que deberían emprenderse trabajos para desarrollar, a escala europea, la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación en el ámbito de la justicia, en particular mediante la creación de un portal europeo; y el Consejo Europeo de junio de 2008 elogió esa iniciativa de crear un portal único de justicia en red de la Unión Europea. El Plan de Acción Plurianual 2009-2013 del Consejo, relativo a la Justicia en Red Europea, pretende mejorar el acceso a la justicia, permitiendo la desmaterialización de los procedimientos, la comunicación entre autoridades judiciales y el acercamiento a la información en materia de justicia, mediante la puesta en marcha de ese portal único de la justica en red.

En julio de 2010, la Unión Europea puso en marcha el portal europeo e-Justice (https://e-justice.europa.eu), una ventanilla única electrónica que da acceso a la justicia en el marco de la Unión Europea, con la que se trata de contribuir a la creación de un espacio único de justicia. En él se ofrece información y enlaces sobre la legislación y la práctica judicial en los Estados miembros, y trata de ser una herramienta útil tanto para los ciudadanos de la Unión como para los profesionales jurídicos. Los ciudadanos pueden encontrar información de cómo funcionan los sistemas jurídicos de los Estados miembros; y los profesionales pueden acceder a bases de datos jurídicas, comunicarse a través de las redes judiciales, encontrar información sobre formación judicial u organización videoconferencias transfronterizas, y se pretende tener la posibilidad de realizar determinados trámites en línea.

En España, la creación del llamado Punto Neutro Judicial en el año 2002 constituyó la primera red de comunicaciones que enlazaba a todos los órganos judiciales de España, desarrollándose sobre en ella una serie de enlaces que han permitido a los órganos judiciales conectarse directamente con otros organismos públicos y privados para el intercambio de información y consultas. Ello ha permitido acceder a las bases de información de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, Tesorería General de la Seguridad Social, Dirección General de Tráfico, Catastro, Índices Registro de la Propiedad, Registro Mercantil Central, etc.., con un excelente resultado en la simplificación de trámites y conocimiento de datos imprescindibles para la eficaz ejecución de las resoluciones judiciales.

El Plan Estratégico para la Modernización del Sistema de Justicia 2009-2012, estableció como uno de los ejes estratégicos el de "una justicia tecnológicamente avanzada". La mejora de la eficiencia, con la introducción de

Administraciones Públicas, nº 1, 2005, págs.. 63 y ss.; Gómez de Liaño Diego, R.: "Incorporación de las tecnologías de la información al nuevo modelo de oficina judicial", en *Diario La Ley*, Nº 7028, 7 Oct. 2008; Senes Motilla, C. (Coord.) *Presente y futuro de la e-justicia en España y en la Unión Europea*, Navarra, 2010; Bueno de la mata, F.: "E-justice. Hacia una nueva forma de entender la justicia", en *Riedpa.com*, nº 1, 2010, págs. 1 y ss.

los avances tecnológico se ha entendido como un objetivo primordial en el proceso de modernización, y para el logro de esa justicia tecnológicamente avanzada se entendió que debía garantizarse el acceso a la información judicial y a los servicios por medio de la Sede Electrónica, los Portales y las Páginas Web de la Administración de Justicia. Pero, no sólo eso, sino que, además, han de implantarse sistemas de gestión, información y documentación que favorezcan la comunicación de los profesionales con los órganos judiciales y la interconexión de los sistema en todo el territorio nacional, impulsándose la innovación tecnológica para llegar a la implantación del expediente judicial electrónico. Expediente concebido como el conjunto de información en soporte digital relacionada con el procedimiento judicial y al que puede acceder cada uno de los colectivos relacionados con la Administración de Justicia, y que se integra por dos fuentes de información: la incorporada desde la propia Oficina Judicial y la generada por las partes y profesionales a lo largo del proceso judicial.

También, proyectos como el "expediente digital" (puesto en marcha en la Audiencia Nacional, en la Fiscalía de esa Audiencia y en la Fiscalía especial Antidroga) o LEXNET —que permite la presentación de escritos y la realización de comunicaciones de forma telemática—, han sido avances importantes para la futura implantación del Expediente Judicial Electrónico

Un paso más en el cumplimiento de los objetivos de modernización tecnológica se ha dado en marzo de 2011. El Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley Reguladora del Uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia[29], cuyo objetivo es regular los aspectos básicos del derecho a la utilización de las tecnologías de la información por parte de los ciudadanos y profesionales en sus relaciones con la Administración de Justicia, así como establecer las condiciones necesarias para poder tramitar íntegramente en formato electrónico todos los procedimientos judiciales.

Con esta iniciativa legislativa se trata de avanzar en el proceso de modernización tecnológica de la Justicia, y tiende a mejorar la relación de los ciudadanos y los profesionales con la Administración de Justicia, a la vez que se avanza en la superación de los viejos legajos de papel y el obsoleto sistema de notificaciones, para conseguir la tramitación íntegramente electrónica de los procedimientos judiciales, y con ello una mayor agilidad. Se crea la "sede judicial electrónica" como punto de acceso único o canal a través del cual se realizarán las actuaciones, tanto de los ciudadanos como profesionales, y se regula la firma electrónica para autentificar los documentos que integran los diversos expedientes judiciales.

29 Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, , núm. 113-1, de 11 de marzo de 2011.

No es difícil entender la complejidad que supone un realizar un cambio como el pretendido, pero ha de darse respuesta a una necesidad social de agilización de la Justicia y modernización tecnológica, que constituye hoy una prioridad sobre la que debe actuarse decididamente. La incorporación definitiva de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia, haciendo realidad la tramitación electrónica, colma el propósito modernizador que guiara la implantación del nuevo modelo de Oficina Judicial.

TRANSFORMACIÓN DE LA JUSTICIA CIVIL: TENDENCIAS NORMATIVAS EN MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN

Luis-Andrés Cucarella Galiana[1]

SUMARIO: I. Autocomposición y tendencias normativas para la transformación de la Justicia civil en España.- 1. La Justicia en los litigios civiles.- 2. Autocomposición y heterocomposición.- 3. Cuadro general de las fórmulas autocompositivas previas al proceso y durante la pendencia del mismo.- II. Autocomposición para la evitación del proceso.- 1. Conciliación desarrollada en la Oficina judicial: carácter facultativo.- A) Cuestiones generales.- B) Cuestiones procesales: a) Sujeto ante el que se realiza.- b) Rol del conciliador.- c) Delimitación objetiva.- c) Terminación de la conciliación: a') Sin avenencia y supuestos asimilados.- b') Con avenencia.- 2. Mediación previa el proceso a desarrollarse fuera de la Oficina judicial.- A) Líneas generales de la regulación europea sobre la materia con la que se pretende transformar la Justicia civil.- B) Sujeto ante el que se desarrolla.- C) Rol del mediador.- D) Delimitación objetiva- E) Eficacia del acuerdo.- III. Autocomposición durante la pendencia del proceso.- 1. Sometimiento a mediación.- 2. Transacción intraprocesal.- A) Cuando se desarrolla fuera del proceso.- B) Cuando se desarrolla en el seno del proceso[2]*.*

1 Profesor Titular de Universidad. Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia (Italia) y Valencia (España). Área de Derecho Procesal. Departamento de Derecho Administrativo y Procesal. Facultad de Derecho. Universidad de Valencia (España). Luis.a.cucarella@uv.es

2 *El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación número de referencia DER2008-03240, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España.

I. AUTOCOMPOSICIÓN Y TENDENCIAS NORMATIVAS PARA LA TRANSFORMACIÓN DE LA JUSTICIA CIVIL EN ESPAÑA

1. La Justicia en los litigios civiles

En este trabajo vamos a centrarnos en el estudio de la situación normativa existente en el ordenamiento jurídico español, con el objeto de transmitir al lector cuáles son las tendencias normativas en materia de autocomposición de controversias, modernización y transformación de la Justicia civil en España. Es evidente, que en muchos ordenamientos jurídicos, también en el español, la puesta al día de la Justicia civil y la voluntad de convertirla en un instrumento eficaz de resolución de controversias, ha llevado a potenciar las fórmulas alternativas al proceso de resolución de controversias, entre ellas, las autocompositivas. Ahora bien, antes de entrar a analizarlas, queremos realizar una serie de consideraciones introductorias que creemos que son necesarias.

El ordenamiento jurídico constitucional atribuye a los jueces la función de aplicar el Derecho al caso concreto, juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado[3]. Si prestamos atención al artículo 117.3 de la Constitución española de 1978, en él se indica que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde en exclusiva a los jueces y magistrados". Como puede apreciarse, los tribunales están llamados a desempeñar las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado con carácter exclusivo[4]. Estas funciones diferencian la Jurisdicción de los otros poderes del Estado[5].

Identificada la función que tiene atribuida la Jurisdicción, resulta interesante fijar cuáles son las notas que caracterizan la actuación jurisdiccional. En este sentido, la doctrina subraya que es función de aquélla, la aplicación del

3 Sobre estas cuestiones, ORTELLS RAMOS, M.; CUCARELLA GALIANA, L. A., *Introducción al Derecho Procesal* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A). Aranzadi 2010, págs. 117-144.

4 Sobre la exclusividad de la Jurisdicción, ORTELLS RAMOS, M.; CUCARELLA GALIANA, L. A., *Introducción al Derecho Procesal* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A), cit. págs. 117-118.

5 En este sentido, CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, V, I, traducción de SENTIS MELENDO. Buenos Aires 1973, pág. 189, afirma que "mientras la finalidad del juez es la de hacer observar el derecho a los otros, y, por consiguiente, la observancia del Derecho es la finalidad del acto jurisdiccional, el administrador considera el Derecho como un límite puesto a su propia conducta y la observancia del Derecho es para él solamente un medio de conseguir sus fines de carácter social".
Sobre la diferenciación de la potestad jurisdiccional de otras potestades jurídico-públicas también puede verse, ORTELLS RAMOS, M.; CUCARELLA GALIANA, L. A., *Introducción al Derecho Procesal* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A), cit. págs. 118-124.

Derecho por vía de heterotutela[6]. Es decir, si algo caracteriza la labor de *juzgar* como manifestación de la potestad jurisdiccional, es la *terciedad* respecto de aquello que es juzgado[7]. A esta nota se suma la de producir efectos de cosa juzgada[8], teniendo en cuenta, además, que en ocasiones esa aplicación del Derecho solamente puede llevarse a cabo de manera exclusiva y excluyente por los órganos jurisdiccionales. Es decir, es la Jurisdicción la que en determinados casos, debe aplicar *ab initio* el Derecho al caso concreto[9]. Así ocurre, por ejemplo, con el Derecho Penal. En este supuesto, la aplicación del Derecho solamente puede llevarse a cabo por los tribunales, sin que sean posibles fórmulas alternativas al proceso para su aplicación[10]. Lo mismo puede decirse cuando se trata de la limitación de un derecho fundamental[11].

Sin embargo, cuando se trata de la aplicación del Derecho Privado, la Jurisdicción no tiene el monopolio. Se trata de un sector del ordenamiento jurídico en el que están en juego intereses privados y por lo tanto, el principio dispositivo despliega toda su eficacia12. Ello no quiere decir, obviamente, que no pueda recurrirse a la Jurisdicción para que resuelva un conflicto de intereses en este sector del ordenamiento jurídico[13]. Lo que queremos decir, es que el

6 CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil, I*. Buenos Aires 1944, págs. 257 y siguientes.

7 Véase FAIRÉN GUILLÉN, V., *Poder, potestad, función jurisdiccional en la actualidad, en Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional.* I. Madrid 1983, pág. 47; ORTELLS RAMOS, M.; CUCARELLA GALIANA, L. A., *Introducción al Derecho Procesal* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A), cit. págs. 127-132.

8 BONET NAVARRO, A., *Derecho y Derecho Jurisdiccional en Escritos sobre la Jurisdicción y su actividad*. Zaragoza 1981, págs. 57-58; SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Jurisdicción, Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona 1962, págs. 51-52; ORTELLS RAMOS, M.; CUCARELLA GALIANA, L. A., *Introducción al Derecho Procesal* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A), cit. págs. 122-124.

9 ORTELLS RAMOS, M.; CUCARELLA GALIANA, L. A., *Introducción al Derecho Procesal* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A), cit. págs. 125-127.

10 Véase, ORTELLS RAMOS, M.; CUCARELLA GALIANA, L. A., *Introducción al Derecho Procesal* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A), cit. págs. 126-127.

11 Así se desprende con claridad del texto constitucional español en el que puede apreciarse que siempre que se pretenda algún tipo de limitación en el sentido apuntado, son los órganos jurisdiccionales los que están llamados a actuar. En doctrina puede verse, ORTELLS RAMOS, M.; CUCARELLA GALIANA, L. A., *Introducción al Derecho Procesal* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A), cit. págs. 125-126.

12 Véase al respecto, ORTELLS RAMOS, M.; ARMENGOT VILAPLANA, A., *Introducción al Derecho Procesal* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, CUCARELLA GALIANA, L. A.; R.; MARTÍN PASTOR, J.), cit. págs. 313-319.

13 ORTELLS RAMOS, M.; ARMENGOT VILAPLANA, A., *Introducción al Derecho Procesal* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, CUCARELLA GALIANA, L. A.; R.; MARTÍN PASTOR, J.), cit. pág. 313.

ordenamiento jurídico ofrece a las partes en conflicto diferentes vías o cauces para que puedan resolver sus controversias[14].

2. Autocomposición y heterocomposición

En abstracto, las fórmulas de resolución de las controversias son esencialmente tres: la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición[15].

Entendemos como fórmula autotutelar aquella en la que una de las partes en conflicto impone a la otra la solución a la controversia. Al respecto, debemos subrayar que en las sociedades modernas, los ordenamientos jurídicos no permiten que las partes puedan tomarse la justicia por su mano[16].

Por el contrario, presenta gran interés la autocomposición como fórmula de resolución de controversias. Ésta se caracteriza porque las partes, en pie de igualdad, resuelven la controversia que tienen entre sí[17]. Es decir, ninguna impone a la otra la solución de la controversia, sino que todas las partes en conflicto son capaces de llegar a un acuerdo para ponerle fin[18].

Las fórmulas autocompositivas se pueden dividir, a su vez, en dos. Por un lado, aquélla en la que las partes por sí solas, sin la ayuda de nadie, resuelven la controversia que tienen entre sí. Pero junto a esta modalidad, está aquella en la que las partes recurren a un tercero para que les ayude a llegar a un acuerdo. En este caso, podemos hablar de conciliación y de mediación. La doctrina fija las diferencias entre una y otra modalidad, atendiendo a la posición jurídica que ocupa el tercero[19]. En concreto, en el caso de la conciliación, el tercero se limita a intentar aproximar las posiciones enfrentadas de las partes, mientras que en el caso de la mediación, el tercero, además, realiza propuestas de resolución de controversias que las partes son libres de aceptar o rechazar[20]. Nótese, por lo tanto, que lo relevante para la doctrina a la hora

14 Véase al respecto, HERCE QUEMADA, V., *La conciliación como medio de evitar el proceso civil*. Revista de Derecho Procesal (a partir de ahora RDP) 1968, núm. 1, págs. 51-52; GOZAINI, O. A., *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Depalma 1995.

15 Sobre estas fórmulas puede verse, ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.). Aranzadi novena edición, 2009, págs. 39-41.

16 ALVARADO VELLOSO, A., *La conciliación*. Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje (a partir de ahora RVDPA) 1989, tomo I, pág. 3.

17 Véase, MÉNDEZ, H. O., *La conciliación. Su revitalización como medio alternativo de resolución de conflictos*. RVDPA 2000, vol. 12, núm. 1, págs. 39-40; MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte general* (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V.). Colex 2003, págs. 161-162.

18 Sobre las mismas, GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal*. Civitas 1981, págs. 21-25; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, en *Estudios diversos de Derecho Procesal*. Bosch 1987, págs. 55-57; MÉNDEZ, H. O., *La conciliación…*¸cit. págs. 39-40; GHIRGA, M. F., *Strumenti alternativi di risoluzione…*, cit. pág. 367.

19 Véase al respecto, MONTERO AROCA, J., *La conciliación preventiva en el proceso civil (Notas para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil)*. Revista Jurídica de Cataluña (a partir de ahora RJC) 1971, núm. 4, págs. 381-383.

20 Véase, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit. págs. 55-57; MONTES REYES, A., *Justificación e inconvenientes del acto de conciliación en el proceso civil*. Revista de la Facultad de Derecho de Granada 1986, núm. 10, pág. 266.

de hablar de mediación o de conciliación, no es la calidad del tercero que interviene ayudando a las partes, sino la posición que éste ocupa. Como hemos señalado, en la mediación, a diferencia de la conciliación, el tercero realiza propuestas de resolución del conflicto a las partes, aunque como nos encontramos ante una fórmula autocompositiva, las propuestas realizadas pueden ser rechazadas[21].

Esta nota es la que diferencia claramente la función del mediador, del papel del tercero que interviene en las instituciones heterocompositivas[22]. Estas fórmulas son el proceso y el arbitraje. Ambos tienen en común que en ellas interviene un tercero que se coloca jurídicamente *supra partes*, estando éstas obligadas a cumplir la decisión que éste adopte[23]. La diferencia entre estas fórmulas se encuentra en el hecho de que en el caso del proceso, el tercero es un juez, titular de una potestad pública que le legitima para imponer su decisión[24]. En el caso del arbitraje, son las partes las que mediante la celebración del convenio arbitral previo, otorgan al árbitro (o árbitros) la potestad de imponer su decisión. En ambos casos, las partes deben cumplir lo decidido por el tercero, juez o árbitro. En caso contrario, el ordenamiento jurídico articula los mecanismos legales para que pueda exigirse su cumplimiento[25].

3. Cuadro general de las fórmulas autocompositivas previas al proceso y durante la pendencia del mismo

Como ya hemos expuesto más arriba, este trabajo lo realizamos con el espíritu de analizar los retos que tienen las fórmulas autocompositivas como alternativas al proceso, en el ordenamiento jurídico español y en afán de transformar la Justicia civil. En los últimos tiempos, el legislador de este país ha llevado a cabo reformas legislativas para transformar la Justicia civil y hacerla mucho más eficaz y entre ellas, una de las opciones tomadas ha sido la de potenciar las fórmulas autocompositivas previas al proceso para evitarlo, así como durante la pendencia del mismo, con el objeto de ponerle fin. Desde este punto de vista, pretendemos identificar cómo se estructuran en el ordenamiento jurídico español aquellas fórmulas para que las partes en un conflicto de intereses eviten el proceso y solucionen la controversia. Y de igual modo,

Por su parte, podemos encontrar otras posiciones doctrinales en las que se sostiene que los papeles del mediador y del conciliador son diferentes a los que hemos expuesto. Véase en este sentido, MÉNDEZ, H. O., *La conciliación…*, cit. pág. 41.

21 ALVARADO VELLOSO, A., *La conciliación*, cit. pág. 5.

22 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., págs. 55-57.

23 Sobre la regulación del arbitraje en el ordenamiento jurídico español, CUCARELLA GALIANA, L. A., *El procedimiento arbitral*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2004.

24 MONTERO AROCA, J., *La conciliación preventiva…*, cit. pág. 382.

25 En este sentido, HERCE QUEMADA, V., *La conciliación…*, cit. pág. 52, afirma que "la conciliación implica una solución persuasiva. El arbitraje, lo mismo que el proceso, una solución coactiva. En la conciliación, los particulares acuden para solucionar la discrepancia a la mediación de un tercero, reservándose su ulterior libertad de acción. En el arbitraje, acuden a la decisión de un tercero (particular), comprometiéndose a aceptar su resolución".

vamos analizar los supuestos en los que las partes pueden poner fin al proceso haciendo uso de las fórmulas autocompositivas.

Teniendo presente esta perspectiva de reforma en España, nos queremos referir a la reforma llevada a cabo por la Ley 13/2009, 3 noviembre, que entró en vigor el 4 de mayo de 2010. Con esta Ley se han reformado diferentes aspectos de la Ley procesal civil española por excelencia, la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil[26], 7 enero. Con la Ley 13/2009 se han introducido importantes modificaciones en la organización de la Oficina Judicial[27]. La línea básica de la reforma ha sido la de atribuir a los secretarios judiciales una serie de funciones que hasta ese momento le eran ajenas[28]. Una de esas funciones es, precisamente, la de desempeñar el papel de conciliador con carácter previo al proceso. Esta conciliación se entiende como facultativa, sin embargo, lo llamativo es el sujeto ante el que se desarrolla, el secretario judicial, y la eficacia ejecutiva que llega a tener lo convenido en acto de conciliación. En todo caso, para el estudio de esta reforma, nos remitimos al apartado siguiente.

Por otro lado, entre las fórmulas autocompositvas que también vamos a analizar en el apartado siguiente con la que se pretende transformar la Justicia civil en España, se encuentra la mediación. En Europa corren tiempos de reforma en esta materia, donde se ha generado un gran debate legislativo y doctrinal. En este sentido, en el seno de la Unión Europea[29] se ha aprobado la Directiva 2008/52/CE, 21 mayo, sobre determinados aspectos de la mediación en materia civil y mercantil[30]. Esta Directiva se aplica a controversias trans-

26 A partir de ahora LEC.

27 Sobre el alcance de esta importante reforma en el proceso civil español puede verse, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El necesario debate sobre el nuevo modelo de Oficina Judicial*. La Ley 2009-3, págs. 1911-1916; MAGRO SERVET, V., *Análisis práctico de la reforma procesal civil por la Ley 13/2009, de 23 de noviembre, de la Oficina Judicial*. La Ley 2010-1, págs. 2010-2017; MARTÍNEZ DE SANTOS, A., *El nuevo papel del secretario judicial en la tramitación de los procedimientos civiles*. Revista Práctica de Tribunales (a partir de ahora RPT) marzo 2010, núm. 69, págs. 17-26; BONILLA CORREA, A., *El Secretario judicial y la reforma de la oficina judicial como expresión de política pública en el sector de la justicia*. Diario La Ley 18 mayo 2010, núm. 7404, págs. 1-8.

28 Sobre las funciones asumidas en materia de ejecución, LACUEVA BERTOLACCI, R., *Los secretarios judiciales y la ejecución civil: la reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*. La Ley 2009-3, págs. 1907-1910. Sobre la función de pronunciarse sobre la admisión a trámite de la demanda, BLASCO SOTO. M. C., *La nueva estructura (o desestructura) del proceso. La admisión de la demanda en el proceso civil (Ley 13/2009, de 3 de noviembre)*. Diario La Ley 21 enero 2010, núm. 7325.

29 A partir de ahora UE.

30 Sobre la mima, puede verse, ÁLVAREZ MORENO, M. T., *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. Algunas cuestiones suscitadas al hilo de la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo de 22 de octubre de 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Revista Poder Judicial (a partir de ahora RPJ) núm. 77, 2004, págs. 243-304; CASO SEÑAL, M., *Mediación. Signo distintivo de Europa. La Directiva comunitaria sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*. La Ley 2008-5, págs. 1316-1318; GHIRGA, M. F., *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal proceso o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*. Rivista di Diritto Processuale Civile 2009, págs. 357-379; ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., *Aproximación a la mediación prejudicial que viene*. La Ley 2009-1, págs. 1281-1284; ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., *Reflexiones acerca de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*. RPJ, núm. 88, 2009, págs. 133-175; ALMOGUERA GARCÍA, J., *La Directiva europea de la mediación civil y mercantil. La mediación y el arbitraje en el comercio internacio-*

fronterizas entre los distintos Estados de la UE. Ahora bien, el Considerando 8 de la misma, indica que nada debería impedir a los Estados miembros a aplicar estas disposiciones a los procedimientos de mediación desarrollados en su ámbito interno[31]. Fruto de lo que acabamos de decir, por ejemplo, al legislador italiano ha reformado su sistema procesal civil, introduciendo una mediación obligatoria para un gran número de asuntos civiles[32]. Así se prevé en el Decreto Legislativo número 28, 4 marzo 2010[33].

En España en el momento de la redacción de este trabajo, no existe una regulación general sobre la mediación en asuntos civiles. No obstante, ya han comenzado los trabajos preparatorios para trasponer al ordenamiento jurídico interno la regulación europea a la que acabamos de referirnos. Ahora bien, queremos destacar que esos trabajos son todavía preparatorios. En este sentido, con fecha 19 de febrero de 2010, el Gobierno español elaboró un Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles[34]. Teniendo esto claro, advertimos al lector que el contenido de dicho Anteproyecto puede sufrir modificaciones a lo largo de su tramitación parlamentaria, por lo que las consideraciones que realicemos en este trabajo acerca de la mediación

nal. Noticias de la Unión Europea, mayo 2009, págs. 292-306; ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho español: <fuera de los tribunales también hay justicia*. La Ley 2009-2, págs. 1650-1661; MORENO CORDERO, G., *La Directiva comunitaria 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (especial referencia a la mediación de consumo en el ordenamiento español)*. Revista de la Corte Española de Arbitraje 2009, págs. 86-117; DEL CUVILLO CONTRERAS, I., *La negociación y la mediación como sistemas alternativos para la resolución de conflictos. La Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Actualidad Civil 2010, núm. 1, págs. 3-9.

31 En concreto, el Considerando indicado señala que "las disposiciones de la presente Directiva solo se refieren a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, pero nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional".

32 Debe tenerse presente que la Directiva no establece que la mediación sea obligatoria, pero no impide que los Estados miembros puedan fijarla como tal.

33 Publicado en la *Gazzetta Ufficiale* número 53, 5 marzo 2010.
Esta mediación se desarrolla fuera de los órganos jurisdiccionales y su realización, condiciona el acceso al proceso. Sobre esta regulación, puede verse, SASSANI, B.; SANTAGADA, F., *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile. Commento organico al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in materia de mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civile e commerciali*. Dike, Roma 2010; CASTAGNOLA, A.; DELFINI, F., *La mediazione nelle controversie civile e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*. Cedam 2010.
Si atendemos a la regulación normativa, el número importante de asuntos para los que se prevé este sistema de mediación obligatoria puede constatarse en el artículo 5.1 del Decreto citado en el que se señala que "chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di familia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto (…)".

34 El contenido de este Anteproyecto puede consultarse en la página web del Ministerio de Justicia español (www.mjusticia.es).
Por otro lado, a partir de ahora cuando nos refiramos al Anteproyecto lo haremos como ALMA-CM.

previa al proceso[35], puede que tengan que modificarse a la vista del texto que definitivamente se apruebe. En todo caso, hay que añadir que en lo que es la tramitación de este Anteproyecto, el Consejo General del Poder Judicial[36] español emitió el 13 de mayo de 2010, el informe correspondiente.

En definitiva, como puede apreciarse, el ordenamiento jurídico español establece un doble sistema autocompositivo para evitar el proceso. Por un lado, un sistema de autocomposición de carácter conciliatorio en el que participan los secretarios judiciales (y también los jueces de paz como vamos a estudiar) que ya ha entrado en vigor y que es el heredero del que tradicionalmente se atribuía a los jueces. Y por otro lado, un sistema de autocomposición de carácter mediatorio, que será obligatorio en determinados casos, y cuyos trabajos legislativos preparatorios para su introducción ya han comenzado[37]. Como ya hemos anunciado, estas fórmulas van a ser objeto de estudio en el siguiente apartado. Por su parte, en el último, prestaremos atención a los supuestos de autocomposición durante la pendencia del proceso con los que se pretende poner fin al mismo, ya sea por medio del sometimiento a mediación o por medio de una transacción judicial.

II. AUTOCOMPOSICIÓN PARA LA EVITACIÓN DEL PROCESO

1. Conciliación desarrollada en la Oficina judicial: su carácter facultativo

A) Cuestiones generales

La conciliación previa al proceso que vamos a estudiar tiene gran tradición en el ordenamiento jurídico español. La LEC es la ley procesal civil por excelencia como ya hemos expuesto. Esta ley regula la actuación jurisdiccional para la resolución de controversias en el ámbito del Derecho privado, sustituyendo a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881[38]. No obstante, la Disposición derogatoria de la LEC dejó en vigor algunos artículos de la LEC/1881, hasta que no se dictaran posteriores leyes sobre determinadas materias, como por ejemplo, la de jurisdicción voluntaria. En lo que nos interesa destacar ahora, el párr. 1, excepción 2ª, de la disposición derogatoria LEC señala que se mantienen en vigor los artículos relativos a la conciliación previa al proceso, hasta

35 Sobre le mediación en general, ALÉS SIOLI, J., *Los tesoros de la mediación*. La Ley 2008-4- págs. 1723-1725.

36 A partir de ahora CGPJ.

37 En este sentido, no debe pasarse por alto que el legislador español tiene un condicionante temporal que no puede eludir, ya que el artículo 12 de la Directiva 2008/52/CE prevé que los Estados miembros de la UE hayan acomodado sus ordenamientos internos antes de 21 de mayo de 2011.

38 A partir de ahora LEC/1881.

que la misma pase a ser regulada en la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria[39]. La nueva Ley sobre esta cuestión no ha sido elaborada por ahora, por lo que en este punto, debemos seguir atendiendo a la regulación que se contiene en la LEC/1881[40].

En concreto, la modalidad de autocomposición previa al proceso de carácter conciliatorio que se prevé, está regulada en los artículos 460-480 LEC/1881. Si queremos detectar cuáles son las características básicas de la modalidad autocompositiva, debemos prestar atención en primer lugar, al artículo 460, párr. 1 LEC/1881. De acuerdo con lo previsto en esta disposición, "antes de promover un juicio, podrá intentarse la conciliación ante el secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia o ante el juez de paz competentes".

Como puede apreciarse, se trata de una fórmula autocompositiva que no tiene carácter obligatorio[41]. Este carácter se constata con claridad cuando se dispone que "antes de promover un juicio, *podrá* intentarse la conciliación". Las partes en conflicto pueden decidir si acuden directamente al proceso para la resolución del mismo, o si recurren a la conciliación previa. En el primer caso, obviamente, la falta de realización de la conciliación o la pendencia de la misma, no cierra el acceso al proceso. Por lo tanto, junto con la demanda no debe acompañarse documento alguno que justifique que se ha llevado a cabo un intento de conciliación. Y por lo tanto, la demanda no puede ser inadmitida a trámite en el caso en que la conciliación no se haya intentado o no haya finalizado.

B) Cuestiones procesales

a) Sujeto ante el que se realiza

En el ordenamiento jurídico español ha sido tradicional que esta conciliación previa al proceso se desarrollara ante un juez. De hecho, hasta la Ley 13/2009, 3 noviembre, el artículo 460, párr. 1 LEC/1881, preveía que la con-

39 La Disposición final 18ª dispone que en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la LEC, el Gobierno debía remitir a las Cortes Generales un Proyecto del Ley sobre Jurisdicción Voluntaria.

40 Sobre la misma y los intentos de regulación de la misma en materia de Jurisdicción voluntaria, puede verse, ESCALER BASCOMPTE, R., *Sobre como revitalizar la conciliación preventiva, si se pretende conservarla*. Justicia 2008, núm. 1-2, págs. 263-314.

41 La obligatoriedad de la conciliación se suprimió con la reforma de la LEC/1881, llevada a cabo en el año 1984. Sobre el estudio de este carácter obligatorio con anterioridad a la reforma, puede verse ARAGONESES ALONSO, P., *Exposición sistemática del acto de conciliación*. RDP 1951, núm. 2, págs. 267-291; VALCARCE, F. R., *Los actos de conciliación en materia civil (Algunas consideraciones)*. RDP 1953, núm. 3. págs. 329-351.
Consideraciones al respecto tras la reforma, pueden verse en MONTES REYES, A., *Justificación e inconvenientes…*, cit. págs. 269-271; MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte general* (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V.), cit. pág. 162.
Por otro lado, subraya las ventajas de esta conciliación GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Parte general* (con MORENILLA ALLARD, P.). Colex 2004, pág. 286 en la que afirma que "es ésta una vía más económica que el requerimiento notarial, puesto que no hay que satisfacer los honorarios del Notario, ni los del Abogado, ni los aranceles del Procurador, ya que la intervención de estos profesionales no es obligatoria".

ciliación se desarrollara ante el titular de un Juzgado de Primera Instancia o de un Juzgado de Paz[42]. Sin embargo, la Ley 13/2009, ha buscado potenciar la figura del secretario judicial en el Derecho español, atribuyéndole, por ejemplo, la facultad de que decida sobre la admisión a trámite de las demandas del proceso civil, o de la admisión de los recursos[43]. En esta línea de atribuir al secretario judicial funciones que tradicionalmente han correspondido al juez, se encuentra el contenido que presenta el artículo 460 párr. 1 LEC/1881[44].

En todo caso, hay que subrayar que el monopolio judicial en el ejercicio de la potestad jurisdiccional no impide que la función conciliadora sea atribuida al secretario judicial, pues en el acto de conciliación, como ya hemos señalado, no se ejerce protestad jurisdiccional[45]. Y por otro lado, con la Ley citada, se lleva a cabo el desarrollo de una de las funciones que con carácter general se atribuye a los secretarios judiciales en el artículo 456.3 *c*) de la Ley Orgánica 1/1985, 1 julio, del Poder Judicial[46].

Si se presta atención al artículo 460 LEC/1881, los sujetos ante los que puede desarrollarse al acto de conciliación previo al proceso (y facultativo), son dos: el secretario judicial de un JPI o el juez titular de un JP[47]. El peticionario del acto de conciliación no puede elegir entre presentar su solicitud ante el secretario de un JPI o ante un JP. La concreción de la competencia de uno u otro se lleva a cabo por el legislador, atendiendo exclusivamente a criterios territoriales y distinguiendo si el sujeto frente al que se insta la conciliación es persona física o jurídica[48].

42 A partir de ahora, cuando nos refiramos al Juzgado de Primera Instancia, lo haremos como JPI. En el caso del Juzgado de Paz, lo haremos como JP.

43 Véase al respecto, BLASCO SOTO. M. C., *La nueva estructura (o desestructura) del proceso. La admisión de la demanda en el proceso civil (Ley 13/2009, de 3 de noviembre)*. Diario La Ley 21 enero 2010, núm. 7325.

44 La reforma entró en vigor el 4 de mayo de 2010.

45 HERCE QUEMADA, V., *La conciliación…*, cit. pág. 58 sostenía, en la línea que hemos expuesto, que "la conciliación pude ser conferida a un órgano judicial o no judicial, ya que no se trata de actividad jurisdiccional propiamente dicha".

46 A partir de ahora LOPJ.
En concreto, la disposición citada dispone que "los secretarios judiciales cuando así lo prevean las leyes procesales tendrán competencia en (…) conciliaciones, llevando a cabo la labor mediadora que les sea propia".

47 A los efectos de facilitar la comprensión de lo que estamos exponiendo, debemos subrayar que los Juzgados de Primera Instancia son los órganos jurisdiccionales españoles ante los que se tramitan en primera instancia la mayoría de los asuntos o controversias que se sucinten en el ámbito del Derecho Privado (art. 85 LOPJ). No obstante, hay otros órganos que tienen competencia objetiva para conocer de asuntos en primera instancia, no obstante, su competencia es más restringida.

48 En el primer caso, el artículo 463 párr. 1 LEC/1881, completa lo dispuesto en el artículo 460, párr. 1 LEC/1881, disponiendo que "los Juzgados de Primera Instancia o de Paz del domicilio del demandado serán los únicos competentes para que ante ellos se tramiten los actos de conciliación" (Con imprecisión, este artículo se refiere al sujeto frente al que se insta la conciliación calificándole de *demandado*. Entendemos que esta expresión es imprecisa, en la medida en que nos encontramos ante un acto de jurisdicción voluntaria y no ante un proceso. Parece más acertado reservar las expresiones demandante y demandado para referirse en exclusiva a los sujetos que sean parte en un proceso). De este modo, si el sujeto frente al que se insta la conciliación es persona física, debe atenderse exclusivamente al lugar donde tenga su domicilio, para identificar si la competencia territorial la tiene el secretario judicial de un JPI o el Juez titular de un JP. El criterio del domicilio es

Por otro lado, como hemos visto, el artículo que estudiamos señala que dichos juzgados son los *únicos* competentes, por lo que obviamente, puede entenderse que no son posibles los acuerdos de las partes para modificar estas normas de competencia[49].

b) Rol del conciliador

El artículo 471 LEC/1881, al regular cómo se desarrolla el acto de conciliación, nos aporta un dato de interés que es clave para poder concretar si la fórmula autocompositiva que estamos estudiando es, en los términos que hemos expuesto en la introducción, una conciliación en sentido estricto o una mediación[50]. Como puede desprenderse de la lectura de la citada disposición, el papel del secretario judicial, o en su caso, del titular de un JP, es intentar la avenencia entre las partes. En ningún momento, la LEC/1881 se refiere a la posibilidad de que el secretario judicial, o en su caso, o el juez de paz, puedan realizar propuestas de resolución de la controversia a las partes. Es decir, su papel es solamente intentar una aproximación entre las posturas enfrentadas[51].

que el sirve para discriminar entre ellos. En el caso en que la conciliación se pretenda frente a una persona jurídica, la competencia territorial se determina atendiendo al domicilio del demandado, así como al del sujeto que insta la conciliación siempre que en el domicilio de este sujeto "radique delegación, sucursal u oficina abierta al público" (art. 463 párr. 1 LEC/1881). En estos casos, el peticionario de la conciliación, puede elegir dónde presentar su solicitud. En este sentido, MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte general* (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V.), cit. pág. 164 afirma que "para facilitar las instancias de conciliación y pensando en los problemas derivados del domicilio social de grandes empresas en ciertas poblaciones alejadas del lugar de residencia del actor, se dispone que si el demando fuere persona jurídica, serán asimismo competentes los Juzgados del lugar del domicilio del demandante, siempre que en éste radique delegación, sucursal u oficina abierta al público".

49 Al respecto, puede verse, ARAGONESES ALONSO, P., *Exposición sistemática…*, cit. pág. 274.

50 En concreto, el artículo citado, dispone que "el acto de conciliación se celebrará en la forma siguiente:
Comenzará el demandante exponiendo su reclamación y manifestando los fundamentos en que la apoye.
Contestará el demandado lo que crea conveniente, y podrá también exhibir cualquier documento en que funde sus excepciones.
Después de la contestación, podrán los interesados replicar y contrarreplicar, si quisieren.
Si no hubiera avenencia entre ellos, el secretario judicial o el juez de paz procurarán avenirlos (…)".

51 Sobre esta cuestión, aunque refiriéndose a la legislación existente cuando la conciliación era obligatoria ARAGONESES ALONSO, P., *Exposición sistemática…*, cit. pág. 271, afirma que "no puede en modo alguno mantenerse que la conciliación sea un proceso, ya que la pretensión que ejercita el demandante no se dirige al Estado pidiéndole su actuación –o satisfacción-, sino sólo y exclusivamente al demandado. El Juez no tiene en este caso facultad jurisdiccional; no impone con carácter coactivo su solución a las partes". A pesar de que en la actualidad no hay ninguna duda doctrinal acerca de que la conciliación no es un proceso, aunque en ellos pueda intervenir un juez, ha habido algún autor que ha sostenido ese carácter procesal. Al respecto puede verse, GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, 3ª edición, tomo segundo, parte especial 1968, pág. 574.

c) Delimitación objetiva

Con anterioridad, nos hemos referido al párr. 1 del artículo 460 LEC/1881, del que se deriva la norma general de que las partes en conflicto, antes de promover un juicio, pueden intentar la conciliación ante el secretario judicial de un JPI, o en su caso, ante un juez de paz. Sin embargo, el párr. 2 dispone que no se admitan a trámite las peticiones de conciliación que se soliciten en relación con una serie de materias que se enumeran a continuación. Esta enumeración se considera por la doctrina como un *numerus clausus*[52]. De este modo, en positivo, el legislador español permite, con carácter general, que la conciliación pueda afectar a la mayoría de las controversias que surjan en el ámbito del Derecho privado. Sin embargo, a continuación, en negativo, fija una lista de supuestos para los que la conciliación no es posible.

El primer supuesto de exclusión está contemplado en el artículo 460 párr. 2, 1º LEC/1881. En él se indica que la conciliación no es posible en "los juicios en los que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones públicas, Corporaciones o Instituciones de igual naturaleza" (art. 460 párr. 2, 1º LEC/1881). Entre las razones que se alegan para justificar la exclusión de la conciliación, están las dificultades que "entraña la obtención de la autorización administrativa (…) para transigir[53]". Pero además, debe tenerse presente que si se impide la conciliación en estos supuestos, es porque en el ordenamiento jurídico español ya se prevé otra institución jurídica previa al proceso civil a la que debe recurrirse cuando se pretenda demandar en un litigio de Derecho privado a una Administración pública. Dicha institución es la reclamación administrativa previa[54]. De este modo, quien pretenda demandar a una Administración pública en un proceso civil, antes de presentar su demanda ante los tribunales, debe reclamar previamente en vía administrativa[55].

Otro supuesto de exclusión contemplado es en "los juicios en los que estén interesados los menores y los incapacitados para la libre administración de sus bienes" (art. 460 párr. 2, 2º LEC/1881). La razón de la exclusión es evidente, pues presenta dificultades la obtención de la correspondiente autorización judicial para transigir[56].

Tampoco se permite la conciliación en el caso de "los juicios de responsabilidad civil contra jueces y magistrados" (art. 460 párr. 1, 3º LEC/1881). La

52 En este sentido, ARAGONESES ALONSO, P., *Exposición sistemática…*, cit. pág. 275.

53 MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte general* (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V.), cit. pág. 163.

54 Sobre el fundamento de esta exclusión, PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal. Proceso declarativo. Proceso de ejecución*. Aranzadi 1985, 2ª edición, pág. 387.

55 Esta actividad tiene carácter obligatorio, a diferencia de la conciliación que estamos estudiando. El acceso al proceso civil no es posible sin intentar antes la reclamación administrativa. Si la reclamación es estimada, el interés del reclamante es satisfecho y el proceso pierde su razón de ser. En el caso en que la reclamación se desestime, queda expedita la vía judicial.

56 En este sentido, MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte general* (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V.), cit. pág. 163.

razón por la que se excluye la conciliación en estos casos, como subraya la doctrina, es "por la propia naturaleza del objeto litigioso[57]".

En último lugar, se establece una cláusula general o de cierre según la cual, "en general" tampoco será posible la conciliación en los juicios "que se promuevan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso" (art. 460 párr. 1, 4º LEC/1881). Nos encontramos con una previsión legislativa según la cual, en las materias en que las partes no tengan poder de disposición, en ningún caso podrá intentarse una conciliación previa al proceso[58].

c) Terminación de la conciliación

a') Sin avenencia y supuestos asimilados

No vamos a entrar a analizar detalladamente cómo se desarrolla el acto de conciliación y las incidencias que pueden surgir. Para ello, nos remitimos al contenido de los artículos 464-475 LEC/1881. Sin embargo, sí queremos detenernos en el análisis de la eficacia de lo convenido en el acto de conciliación. En este sentido, estamos dando por sentado que las partes comparecen al acto de conciliación y ésta se intenta. En caso de incomparecencia, el acto se da por intentado sin efecto[59].

El acto de conciliación comienza exponiendo el solicitante del mismo, su reclamación y manifestando los fundamentos en que la apoya (art. 471 párr. 2 LEC). A continuación, el sujeto pasivo contesta lo que crea conveniente, pudiendo exhibir cualquier documento en que funde sus alegaciones (art. 471 párr. 3 LEC). Después, los interesados pueden replicar y contrarreplicar si lo consideraran conveniente (art. 471 párr. 3 LEC). Si no hubiera avenencia entre las partes, el titular del JP, o el secretario judicial del JPI, intentarán avenirlos (art. 471 párr. 4 LEC). En este caso, el acto de conciliación puede terminar sin avenencia. Si es así, el acto se da por terminado (art. 471 párr. 5 LEC). La con-

57 MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte general* (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V.), cit. pág. 163.

58 Entran dentro de esta categoría, por ejemplo, los supuestos en los que de acuerdo con la Ley Orgánica 6/2002, 27 junio, de Partidos Políticos, se pretenda la ilegalización de un partido político. La razón por la que la conciliación no es posible es evidente. Se trata de una controversia en la que se pretende limitar un derecho fundamental de la persona como el de asociación en su dimensión política. Sobre este proceso, ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.), cit. págs. 1115-1118.
Por otro lado, tampoco es posible la conciliación, por ejemplo, cuando se acude a los tribunales pretendiendo la condena de un medio de comunicación a rectificar una noticia difundida o publicada previamente Sobre la regulación de este proceso, CUCARELLA GALIANA, L. A., *Rectificación, tribunales y medios de comunicación*. La Ley 2009. En este caso, se trata también de un proceso previsto para la tutela de un derecho fundamental de la persona, en concreto, el derecho a comunicar información veraz (CUCARELLA GALIANA, L. A., *Rectificación, tribunales…*, cit. págs. 47-56), estableciéndose por el legislador un trámite previo y específico ante el medio de comunicación, para poder intentar extraprocesalmente la publicación o difusión de la rectificación (CUCARELLA GALIANA, L. A., *Rectificación, tribunales…*, cit. págs. 189-207).

59 En este sentido, el articulo 469 LEC/1881 dispone que "los demandantes y los demandados están obligados a comparecer en el día y hora señalados. Si alguno de ellos no lo hiciere ni manifestare justa causa para no concurrir, se dará el acto por intentado sin efecto, condenándole en las costas".

troversia sigue subsistiendo, por lo que si las partes pretenden que se resuelva pueden volver a intentar una conciliación, acudir al proceso, o a cualquier otra fórmula de resolución de las controversias.

b') Con avenencia

Si hay avenencia, "el secretario judicial dictará decreto o el Juez de Paz auto aprobándola y acordando, además, el archivo de las actuaciones[60]". Lo convenido en acto de conciliación puede posteriormente impugnarse ejercitando acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos[61].

Dejando a un lado la posibilidad de impugnación, debemos señalar que la resolución en la que se aprueba lo convenido por las partes, lleva aparejada ejecución. Es decir, el auto del titular del JP aprobando la conciliación, o en su caso, el decreto del secretario del JPI, permiten el acceso a la ejecución forzosa. En este sentido, debe tenerse presente el artículo 517 LEC, que es la disposición con la que se inicia la regulación del proceso de ejecución en la LEC, cuyo número 1 dispone que "la acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución". Esos títulos se enumeran a continuación en el apartado 2 del artículo citado, entre los que se incluyen "la sentencia de condena firme" (art. 517.2.1º LEC), "los laudos o resoluciones arbitrales" (art. 517.2.2º LEC), o "las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en un proceso (…)" (art. 517.2.3º LEC), entre otros supuestos. En lo que nos interesa, queremos hacer referencia al ordinal 9º del artículo 517.2 LEC, en el que se dispone que también sean ejecutivas "las demás resoluciones judiciales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución".

Pues bien, el artículo 476 LEC/1881, es una de esas disposiciones a las que se refiere el artículo 517.2.9º LEC, en la medida en que expresamente reconoce fuerza ejecutiva a lo convenido en acto de conciliación. En concreto, el párr. 1 dispone que "a los efectos previstos en el artículo 517.2.9º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la resolución aprobando lo convenido por las partes tendrá aparejada ejecución".

Queremos subrayar que lo convenido en acto de conciliación tiene fuerza ejecutiva en todo caso, es decir, con independencia de que la conciliación se haya desarrollado ante el titular de un JP o ante un secretario judicial de un JPI. Si el asunto sobre el que se ha convenido es de aquellos sobre los que tendría competencia para conocer en un eventual proceso de declaración, el juzgado que ha conocido de la conciliación, será el competente para la ejecución. En este sentido, el artículo 476 párr. 2 LEC/1881 dispone que "lo convenido por las partes en acto de conciliación se llevará a efecto en el mismo Juzgado

60 El artículo 472 LEC/1881 regula los aspectos relativos al acta que debe extenderse.

61 En concreto, el artículo 477 párr. 1 LEC/1881 señala que "contra lo convenido en el acto de conciliación podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos". El párr. 2 añade que "la demanda, ejercitando dicha acción, deberá interponerse ante el Juez competente, dentro de los quince días siguientes a la celebración del acto, y se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda a su cuantía".

en que se tramitó la conciliación, cuando se trate de asuntos de la competencia del propio Juzgado". En caso contrario, debe estarse a lo previsto en el artículo 476 párr. 3 LEC/1881, en el que se dispone que "en los demás casos será competente para la ejecución el Juzgado a quien hubiere correspondido conocer de la demanda".

Ésta es una de las novedades de la reforma llevada a cabo por la Ley 13/2009. Con anterioridad a la misma, solamente tenían eficacia ejecutiva los actos de conciliación cuando la misma se había llevado a cabo ante un órgano jurisdiccional con competencia objetiva para conocer del eventual proceso de declaración. En caso contrario, lo convenido por las partes tenía el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne, pero carente de eficacia ejecutiva[62]. Con la actual redacción, no cabe ninguna duda de que en cualquier caso, lo convenido podrá ejecutarse forzosamente con independencia de que la conciliación se haya desarrollado ante un juez de paz, o ante el secretario de un JPI[63]. Cuestión distinta es la de determinar el juez competente para esa ejecución. Como ya hemos señalado, si la materia sobre la que ha conciliado un JP o el secretario de un JPI no es de las que son de competencia objetiva de esos juzgados, la ejecución deberá llevarse a cabo por el órgano jurisdiccional que tenga competencia para conocer de los eventuales procesos sobre esas materias[64].

62 Resulta interesante hacer referencia a la redacción que tenía el artículo 476 LEC/1881, antes de la reforma. En concreto, afirmaba que "lo convenido por las partes en acto de conciliación se llevará efecto por el mismo Juez ante el que se celebró, por los trámites establecidos para la ejecución de sentencias dictadas en juicio verbal, cuando se trate de asuntos de la competencia del propio Juez.

En los demás casos tendrán el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne".

63 Sobre la eficacia de lo convenido en el acto de conciliación se han generado tradicionalmente diferentes estudios en la doctrina española. Al respecto, puede verse, ARAGONESES ALONSO, P., *Eficacia de lo convenido en acto de conciliación*. RDP 1949, núm. 4, págs. 726-729; HERCE QUEMADA, V., *La fuerza ejecutiva del acuerdo conciliatorio*. RJC 1951, núm. 1, págs. 43-60; ARAGONESES ALONSO, P., *Exposición sistemática…*, cit. págs. 281-285; GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, cit. págs. 589-590; PEREA VALLANA, A., *El problema de la eficacia como título ejecutivo del acta de conciliación, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Documentación jurídica 1975, núm. 6, págs. 351-366; SEGOVIA SÁNCHEZ, J. L, *La certificación del acto de conciliación: ¿título ejecutivo?, ¿transacción judicial?. Disquisiciones en su torno*. Revista General de Derecho 1985, núm. 486, págs. 429-444; PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, cit. págs. 391-392; CORDÓN MORENO, F., *Proceso civil de declaración*. Aranzadi 1996, págs. 221-226; RIVES SEVA, J. M., *El acto de conciliación como título ejecutivo*. RPT núm. 41, septiembre 2007, pág. 56.

64 El ejemplo más claro que podemos poner es el relativo a las materias que son de competencia de un Juzgado de lo Mercantil (a partir de ahora JM). Como ya hemos expuesto más arriba, el JPI es el órgano jurisdiccional por excelencia para la primera instancia. Pero ello no quiere decir que no haya otros órganos jurisdiccionales que tengan atribuida competencia objetiva para conocer de otros asuntos, también en primera instancia. Por el número de asuntos de los que puede conocer, el órgano más relevante después del JPI, es el JM. Según el artículo 87 ter de la LOPJ, entre otras materias, este Juzgado conoce de las controversias en materia de propiedad intelectual e industrial, publicidad ilícita, competencia desleal y Derecho marítimo. Pues bien, este Juzgado carece de competencia para conocer de los actos de conciliación que se susciten en relación con esas materias (sobre estas consideraciones, GARCIANDIA GONZÁLEZ, P., *Los nuevos tribunales de lo mercantil. Configuración y atribuciones legales*. Thomson Aranzadi, 2004, págs. 147-148; BANACLOCHE PALAO, J., *Los Juzgados de lo Mercantil: régimen jurídico y problemas procesales que plantea su actual*

2. Mediación previa el proceso a desarrollarse fuera de la Oficina judicial

A) Líneas generales de la regulación europea sobre la materia con la que se pretende transformar la Justicia civil

Hemos expuesto al inicio de este trabajo, que el legislador español, sin suprimir el régimen de conciliación previa que acabamos de estudiar, pretende introducir una regulación general sobre mediación en asuntos civiles, que a día de hoy no existe[65]. Esta regulación todavía no está totalmente elaborada, de hecho, en el momento de redactar este trabajo solamente podemos manejar un Anteproyecto de ley elaborado por el Gobierno y el informe correspondiente del CGPJ. No obstante, su estudio nos pone de manifiesto cuáles son las intenciones del legislador, sin perjuicio, como también hemos señalado, que el texto definitivo de la Ley puede ser diferente fruto de los avatares que sufra en su tramitación parlamentaria.

Si acudimos a la exposición de motivos del ALMACM, veremos que en ella se indica que "la Ley incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, su regulación va más allá del contenido de esta norma de la Unión Europea. La Directiva 2008/52/CE se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles. En cambio, la regulación de la Ley conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España, y pretenda tener un régimen jurídico vinculante, si bien, circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles".

Como puede apreciarse, sobre los mínimos previstos en la Directiva[66], el legislador español pretende ir más allá con el objeto de regular cualquier mediación que se desarrolle en territorio español, tanto en asuntos civiles como mercantiles[67].

Ello no es obstáculo, sin embargo, a que nos refiramos brevemente a cuáles son las líneas generales de la Directiva y ese contenido mínimo al que el legislador español no puede sustraerse[68].

---

regulación. Thonson Civitas 2005, págs. 160-166). Dicha competencia la tiene el JP o el secretario del JPI determinado de acuerdo con las reglas que hemos expuesto más arriba. Una vez realizada la conciliación, en caso de incumplimiento, ni el JP ni el JPI podrían ejecutar forzosamente aquello que han convenido. En ese caso, la parte interesada debería presentar la demanda ejecutiva ante el JM que corresponda.

65 Si bien no existe una regulación general sobre la materia, sí que existe en algunos aspectos puntuales, como por ejemplo, la mediación familiar. Sobre la misma, CUCARELLA GALIANA, L. A., *Consideraciones procesales en torno a la mediación familiar*. Anuario de Justicia Alternativa, núm. 4, 2003, págs. 231-250.

66 Sobre estos mínimos, GHIRGA, M. F., *Strumenti alternativi di risoluzione…*, cit. pág. 360.

67 En este punto, la solución española se asemeja a la que se ha adoptado en otros ordenamientos europeos, como el italiano.

68 Sobre estas cuestiones analizando los trabajos preparatorios de la Directiva, ÁLVAREZ MORENO, M. T., *La mediación en asuntos civiles y mercantiles…*, cit. págs. 258-304. Sobre un análisis global de

En primer lugar, se pretende fomentar la mediación como fórmula alternativa al proceso con el objeto de garantizar un correcto funcionamiento del mercado interior. Como se indica en el Considerando 5 de la Directiva con ella "se pretende contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, en particular en lo referente a la disponibilidad de los servicios de mediación". Este objetivo se pretende conseguir al entender que la mediación presenta ciertas ventajas que no pueden desdeñarse. En concreto, el Considerando 6 dispone que "la mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos".

En segundo lugar, es obvio que las materias sobre las que se podrá desarrollar la mediación solamente pueden ser materias de libre disposición, al tratarse de una institución autocompositiva. Al respecto, el Considerando 10 afirma que "la presente Directiva debe aplicarse a los procedimientos en los que dos o más partes en un conflicto transfronterizo intenten voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo amistoso sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Debe aplicarse a asuntos civiles y mercantiles. No obstante no debe aplicarse a los derechos y obligaciones que las partes no sean libres de decidir por sí mismas (…)".

En tercer lugar, hay que tener presente que caen fuera del ámbito de adecuación de la Directiva otras fórmulas autocompositivas para la resolución de conflictos, así como el arbitraje. Al respecto, el Considerando 11 señala que "la presente Directiva no debe aplicarse a las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje (…)".

En cuarto lugar, la Directiva prevé un sistema de mediación voluntario, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan preverla como obligatoria, sin que en ningún caso, se cierre el acceso a la Jurisdicción. Sobre este carácter, el Considerando 13 dispone que "la mediación a que se refiere la presente Directiva debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento". En relación con el segundo aspecto que hemos apuntado, el Considerando 14 señala que "nada de lo dispuesto en la presente Directiva debe afectar a la legislación nacional que haga obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial".

la Directiva, ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., *Reflexiones acerca de la Directiva 2008/52/CE…*, cit. págs. 145-152.

Otro aspecto de interés que debemos destacar, es el que el legislador europeo pretende que los Estados miembros reconozcan eficacia ejecutiva a los acuerdos de mediación[69]. Se entiende que solamente así podrá configurarse como un verdadero instrumento alternativo al proceso jurisdiccional. En este sentido, el Considerando 19 señala que "la mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes. Por lo tanto, los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo suscrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva (…)".

Otro aspecto que regula la Directiva es la posibilidad de que una vez que esté pendiente un proceso, el juez pueda invitar a las partes a recurrir a la mediación para resolver la controversia[70].

B) Sujeto ante el que se desarrolla

Una vez expuestas las líneas generales de la Directiva vamos a subrayar, brevemente, cómo el legislador español pretende trasponer dicha regulación al ordenamiento jurídico interno.

El legislador quiere que esta fórmula autocompositiva se desarrolle fuera de la Oficina Judicial, encomendándose a las denominadas instituciones de mediación, De acuerdo con lo previsto en el artículo 5.1 del ALMACM, "tienen la consideración de instituciones de mediación aquellas entidades, tanto de carácter público como de carácter privado, que tengan como fin la mediación, facilitando su acceso y organización, incluida la designación de mediadores. En todo caso estas instituciones garantizarán la transparencia en la designación de mediadores y asumirán la responsabilidad derivada de su actuación. Si estas entidades tuvieran también como fin el arbitraje garantizarán la independencia entre ambas actividades".

Es interesante que el apartado 3 prevea que "las instituciones de mediación implantarán sistema de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias[71]".

69 Véase sobre esta cuestión, GHIRGA, M. F., *Strumenti alternativi di risoluzione…*, cit. pág. 364.

70 Sobre esta posibilidad, GHIRGA, M. F., *Strumenti alternativi di risoluzione…*, cit. pág. 361; ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., *Reflexiones acerca de la Directiva 2008/52/CE…*, cit. págs. 168-174.

71 Posteriormente, el artículo 29 regula los aspectos relativos a las actuaciones desarrolladas por medios electrónicos, previendo en su apartado segundo que "la mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 300 euros se desarrollará por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes". Por último, la disposición final tercera del ALMACM completa los aspectos relativos al procedimiento simplificado de mediación por medios telemáticos para reclamaciones de cantidad. En concreto, la disposición citada dispone que "el Gobierno promoverá la resolución de los conflictos que versen sobre meras reclamaciones de cantidad a través de un procedimiento de mediación simplificado que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos. Las posiciones de las partes, que en ningún caso se referirán a argumentos de confrontación de derecho, quedarán reflejadas en los formularios de solicitud del procedimiento y su contestación que la institución de mediación facilitará a los interesados.

Por su parte, el artículo 6 regula los aspectos relativos a la creación de un registro público de mediadores y de instituciones de mediación, cuya gestión se encomienda al Ministerio de Justicia. A los efectos de esta Ley, "se entiende por mediador aquella persona inscrita como tal en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación del Ministerio de Justicia, a quien se solicite que preste sus servicios para llevar a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial, neutral y competente, con respeto al principio de confidencialidad (art. 13 ALMACM). Para ello, deben cumplirse determinadas condiciones. Por su parte, el artículo 14 del ALMACM dispone que "podrán ejercer funciones de mediador las personas naturales que se hallen el pleno disfrute de sus derechos civiles, siempre que la legislación no lo impida o que estén sujetos a incompatibilidad, que posean, como mínimo, el título de grado universitario de carácter oficial o extranjero convalidado y que se encuentren inscritas en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación[72]".

C) Rol del mediador

En la línea de lo que estamos viendo, el legislador español pretende introducir una fórmula autocompositiva previa al proceso con la que pueda evitarse éste y que se desarrolle fuera de la Oficina judicial. Este régimen se generaliza a todo tipo de litigio, ya sea transfronterizo como nacional. En este sentido, el artículo 2.1 del ALMACM dispone que "esta ley con los efectos procesales que de ella derivan es de aplicación a los asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos[73]".

El artículo 1 del ALMACM dispone que "a los efectos de esta Ley se entiende por mediación aquella negociación estructurada de acuerdo con los principios de esta ley, en que dos o más partes en conflicto intentan alcanzar por sí mismas un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador". El carácter autocompositivo se aprecia claramente en el artículo 10, cuando se señala que el mediador no puede "imponer solución o medida alguna". Su papel es solamente es de realizar la correspondiente propuesta de resolución de la controversia, que las partes son libres de aceptar o rechazar.

D) Delimitación objetiva

El artículo 8.1 del ALMACM señala que "pueden someterse a mediación todos los conflictos que surjan dentro de una relación civil o mercantil, siempre que las partes puedan disponer libremente de su objeto". Es decir, lógi-

El procedimiento tendrá una duración máxima improrrogable de un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud por la institución de mediación".

72 Las cuestiones relativas al estatuto del mediador se completan con lo previsto en relación con la calidad y autorregulación de la mediación (art. 15); derechos y obligaciones (art. 16); responsabilidad de los mediadores y de las instituciones de mediación (art. 17) y coste de la mediación (art. 18).

73 El artículo 3 concreta qué se entiende por conflicto transfronterizo.

camente, son susceptibles de mediación todas las controversias en materias dispositivas. No obstante, caen fuera del ámbito de la regulación de esta Ley, la mediación penal, la laboral y la prevista en materia de consumo (art. 2.2 ALMACM).

El artículo 7 fija la regla general de que "el sometimiento a mediación es voluntario". Y en esta línea, el artículo 8.2 añade que "las partes implicadas en un conflicto pueden voluntariamente iniciar y finalizar un procedimiento de mediación en cualquier momento".

No obstante, el legislador deja a salvo la posibilidad de que las leyes procesales prevean la obligatoriedad de la mediación en algunos casos (art. 7 ALMACM *in fine*). En el mismo sentido, el artículo 8 *in fine* dispone que "el sometimiento a mediación será obligatorio cuando así lo establezca la legislación procesal".

Teniendo presente esta posibilidad de introducir una mediación obligatoria previa el proceso en determinados casos, el legislador, a la vez que tramita el ALMACM, pretende una reforma de la LEC con la que se establezca el carácter obligatorio de la mediación en litigios de reclamación de cantidad de hasta 6.000 euros[74]. Para estos casos, se prevé que no se admitan las demandas si no se acompaña a la misma acta final del intento de mediación en los seis meses anteriores a su interposición. En todos los demás casos, la mediación es facultativa. Como puede apreciarse, la opción legislativa es establecer como obligatoria la mediación previa, en el caso de las pequeñas reclamaciones de cantidad.

Por último señalamos que los aspectos relativos al procedimiento de mediación, se regulan los artículos 19-29 ALMACM.

E) Eficacia del acuerdo

Con el objetivo de configurar la mediación como un instrumento realmente alternativo al proceso, el legislador español pretende otorgar fuerza ejecutiva al acuerdo de mediación. Al respecto, el artículo 30.1 ALMACM dispone que "el acuerdo de mediación, formalizado conforme a lo dispuesto en el artículo 28, tendrá eficacia ejecutiva y será título ejecutivo para poder instar la ejecución forzosa en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que a la demanda ejecutiva se acompañe copia de las actas inicial y final del procedimiento[75]".

Por su parte, el artículo 32 regula los aspectos relativos a la ejecución de acuerdos de mediación transfronterizos, dando cumplimiento así, a las exigencias de la Directiva 2008/52/CE.

74 Este objetivo implica la necesaria reforma de los arts. 437 y 439 LEC.

75 Esta previsión también lleva aparejada la necesidad de reformar algunos arts. de la LEC para acomodar el contenido de la misma a la Ley sobre Mediación. El legislador así lo ha tenido en cuenta y el Anteproyecto de reforma de la LEC que acompaña al ALMACM, contempla estas reformas.

III. AUTOCOMPOSICIÓN DURANTE LA PENDENCIA DEL PROCESO

El último aspecto que nos interesa exponer en el estudio de las actuaciones normativas llevadas a cabo para transformar la Justicia civil en España, es el relativo a la autocomposición que tiene lugar durante la pendencia del proceso y con la que se pretende ponerle fin.

1. Sometimiento a mediación

Hemos estudiado que la Directiva 2008/52/CE también prevé la posibilidad de que durante la pendencia del proceso, las partes puedan tomar la decisión de someterse a mediación. En esta línea, la reforma normativa que se está tramitando pretende la introducción de una modificación en el artículo 19 LEC con el objeto de regular expresamente esta posibilidad. El artículo al que nos referimos es la disposición con la que comienza la regulación de los modos anormales de terminación del proceso por disposición del mismo o de su objeto. En concreto, a día de hoy, el apartado 1 del artículo citado dispone que "los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje, transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero". Con la reforma que se está tramitando en materia de mediación, el artículo dispondrá expresamente que las partes también puedan disponer del objeto procesal sometiéndose a mediación. En ese caso, abandonado el proceso previamente iniciado y que termina por voluntad de las partes, la mediación pactada se somete al régimen jurídico que ya hemos comentado.

2. Transacción intraprocesal

El artículo 1809 del Código Civil dispone que "la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado". Este artículo nos permite distinguir entre la transacción que tiene lugar antes del proceso para evitarlo y la que tiene lugar durante la pendencia del mismo, con el objeto de ponerle fin. Teniendo esto claro, la transacción intraprocesal que se regula en la LEC es de dos tipos. La que se desarrolla fuera del proceso pero se quiere llevar a él para que el juez la homologue y la que se desarrolla durante la pendencia del proceso con protagonismo del juez. En ambos casos, provocaría la terminación del proceso.

A) Cuando se desarrolla fuera del proceso

La transacción que se desarrolla fuera del proceso necesita de homologación judicial para que el proceso civil termine. En concreto, el artículo 19.2 LEC dispone que "si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin". Por su parte, el apartado siguiente añade que "los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de ejecución de sentencia".

Por último, esta regulación debe completarse con la prevista en el artículo 517 LEC en el que se enumeran los títulos que llevan aparejada ejecución en el ordenamiento jurídico español. En concreto, el apartado 2, ordinal 3º señala que es posible acceder a la ejecución con "las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso (…)[76]".

B) Cuando se desarrolla en el seno del proceso

La posibilidad de que en el seno de un proceso pueda tener lugar un acuerdo transaccional aprobado por el juez y con el que se ponga fin al proceso, se contempla expresamente para el caso del juicio ordinario. Para poder delimitar bien el ámbito de lo que estamos exponiendo, debemos indicar al lector que en España existen dos procedimientos tipos de declaración: el verbal y el ordinario. El artículo 249 LEC es el que delimita el ámbito del juicio ordinario, mientras que el artículo 250, el del verbal. Simplificando el contenido de estos artículos, debemos señalar que el juicio verbal está previsto para asuntos civiles de menor entidad, mientras que el ordinario, para aquéllos de mayor trascendencia jurídica o económica[77].

Pues bien, en el caso del juicio ordinario, una vez que las partes han llevado a cabo por escrito los iniciales actos de alegación (demanda y contestación), se prevé la realización de una *audiencia previa* (arts. 414-430 LEC). El artículo 414.1 párr. 1 señala cuáles son las finalidades de esta audiencia, en concreto, "esta audiencia se llevará a cabo (…), para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante senten-

76 Sobre este modo de terminación del proceso, ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.), cit. págs. 468-474.

77 Sobre el ámbito de estos procedimientos, JUAN SÁNCHEZ, R., *Derecho Procesal Civil* (con ORTELLS RAMOS, M.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.), cit. págs. 617-639.

cia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba".

El intento de acuerdo con el que se pueda poner fin al proceso se prevé en dos momentos distintos: al inicio de la audiencia y al fin de la misma.

Al inicio de la audiencia "comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas" (art. 415.1 párr. 1 LEC). "Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado" (art. 415.1 párr. 2 LEC). "En este caso, el tribunal examinará previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto" (art. 415.1 párr. 3 LEC). El acuerdo homologado judicialmente tiene fuerza ejecutiva (art. 415.2 LEC).

En el caso de que no se logre el acuerdo, la audiencia previa sigue adelante para cumplir con las otras finalidades que hemos expuesto anteriormente. Ahora bien, al término de la misma, el juez puede intentar de nuevo que las partes lleguen a un acuerdo. En concreto "a la vista del objeto de la controversia, el tribunal podrá exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio (…)" (art. 428.2 LEC).

LA PRUEBA Y EL ROL DEL JUEZ

Mª Jesús Ariza[1]

SUMARIO: I. Planteamiento de la problemática: la publicización del proceso civil desde dos perspectivas: el interés protegido y el papel del juez. II. Dialéctica en torno a la socialización o publicización del proceso. III: Tres artículos discutidos aplicables en el procedimiento probatorio y a cualquier medio de prueba. i. Iniciativa de la actividad probatoria: art. 282. ii. Insuficiencia probatoria: art. 429.1 pfo. 2 y 3. iii. Diligencias finales: art. 435. III. Potestades del juez en cada medio de prueba: intervención en interrogatorios.

I. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA: LA PUBLICIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL DESDE DOS PERSPECTIVAS: EL INTERÉS PROTEGIDO Y EL PAPEL DEL JUEZ.

Hace algunos años tuve la ocasión de estudiar siquiera someramente, uno de los aspectos del nuevo proceso civil español que mayor novedad había supuesto en la última década. Se trataba del papel que los consumidores y usuarios adquirían en el ordenamiento jurídico español, y en concreto ante los tribunales2. En aquel momento, intenté poner de manifiesto una idea que rondaba en la cabeza de muchos pero que no había encontrado de manera específica en este ámbito, como era la progresiva publicización del proceso civil.

Con el tiempo, pero más con el estudio, he podido comprobar cómo esta tendencia había sido expuesta anteriormente en relación con la intervención del juez en el proceso, concretamente en su papel dentro de la fase de prueba. En aquel entonces, mi intención sólo iba dirigida a analizar los intereses en juego debatidos en materia de consumidores y usuarios, ya que tal y como lo había configurado la LEC por primera vez, aparecían ciertos intereses no

1 Profesora Titular de Derecho Procesal. Secretaria del Instituto de Ciencias Forenses y Seguridad (ICFS). Universidad Autónoma de Madrid.

2 ARIZA COLMENAREJO, «La repercusión del concepto de interés colectivo e interés difuso en el proceso civil español», en AAVV, *Estudios de Derecho en Homenaje a Raúl Tavolari Ontiveros*, Santiago de Chile, 2007, pp. 53 y sig.

estrictamente privados que eran objeto de tutela jurisdiccional. La LEC los denominaba intereses difusos, en atención a la imposibilidad de determinar aquellos individuos que podían verse afectados o dañados por un hecho concreto.

Sin llegar a alcanzar a nombres concretos, lo cierto es que se estaba dando entrada a una protección especial que rompía los esquemas clásicos del proceso civil. No obstante, el legislador y la sociedad en su conjunto ya habían sido conscientes de estas nuevas categorías, y habían sido incluidas en las leyes orgánicas, pero sin posterior desarrollo legislativo.

Así, la LOPJ (art. 7.3) afirma que los tribunales protegerán los intereses tanto individuales como colectivos. En concreto especifica que para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados, o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción. Este reconocimiento de intereses colectivos, indentificado generalmente con una pluralidad de intereses individuales, fue más allá en el proceso civil, acogiéndose el interés difuso entre los merecedores de tutela. Pero tan difuso es el concepto como lo debe ser el interés que se esconde tras él.

Entre las acciones que se han pretendido identificar con la noción de interés difuso, se ha encontrado básicamente la acción de cesación, propia del ámbito del derecho de consumo. Nos referimos a ella por las particularidades que presenta y la utilidad que la práctica está demostrando. Pero, ¿qué relación existe entre estas cuestiones y el objeto de este estudio? El nexo común es la socialización, o publicización, o si se prefiere, la transformación que sufre el proceso civil a la vista de los intereses y derechos tutelados por el ordenamiento.

En el caso que estamos adelantando, lo cierto es que la perspectiva de cambio se afronta desde el tipo de acciones ejercitables y la legitimación, lo cual nos arrastra a comprobar modificaciones en otras instituciones, incluido el ámbito probatorio. Pero si nos centramos en éste último, los argumentos que justifican un cambio en el protagonismo del juez proceden de aquellas otras cuestiones, del ejercicio de acciones que tutelan intereses y derechos no identificables con particulares. Imperatividad de la norma, procesos inquisitivos, incremento en las potestades del juez, son características que se perfilan en el proceso civil, con un replanteamiento de los esquemás más dispositivos.

Si observamos cómo se articula la acción de cesación, la más representativa en materia de intereses difusos, comprobamos que se reconoce una legitimación restringida a determinadas personas jurídicas y entes públicos especialmente dedicados a cuestiones de consumo. Salvo alguna norma sectorial, un particular afectado indirectamente no puede acudir a los tribunales civiles para reclamar una pretensión que condene a no utilizar determinadas condiciones generales de la contratación, actividades publicitarias, etc. El esquema clásico del proceso civil ha quebrado.

Y la tendencia se confirma cuando se reconocen intereses y derechos en los que se legitima para su interposición a «otros» no directamente afectados. Se trata de supuestos de defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres[3], o competencia desleal, publicidad, etc. Estas acciones merecen un tratamiento diferenciado de las acciones procedentes del derecho privado en sentido estricto, ya que los principios procesales se verán alterados.

Hasta ahora, el principio dispositivo informaba el proceso civil, y de él derivaban y derivan otros que están relacionados con las potestades de las partes y con las potestades del juez, como es el principio de aportación de parte. Pero la interposición de pretensiones levemente distintas, requieren un análisis del papel de las partes y del juez.

Nosotros nos centraremos en éste último, ya que la LEC de 2000 ha introducido ciertas variantes respecto de los poderes del juez en materia probatoria que merecen un análisis detenido, sin olvidar que detrás subyace la idea de un mayor control del Estado en el proceso, o quizá aquella publicización del mismo por el tipo de derechos e intereses que se tutelan ahora, mucho más amplio que hace algunas décadas.

II. DIALÉCTICA EN TORNO A LA SOCIALIZACIÓN O PUBLICIZACIÓN DEL PROCESO.

Los últimos debates en torno a los principios del proceso civil en general han estado dirigidos a catalogar los procesos como propios de estados autoritarios o de estados liberales y democréticos en función del aumento o disminución de las potestades del juez dentro del proceso, y en concreto dentro de la fase probatoria. Los diversos estudios doctrinales han mantenido tesis que, de manera hermética, afirmaban que los procesos civiles en los que el juez ostentaba mayores facultades de oficio, correspondía a países en los que predominaba una ideología de corte autoritario. Esta consideración se justifica por el hecho de que se trata de un juez que pretende hacer una mayor justicia, valor supremo que debe alcanzar cualquier sociedad[4].

Por su parte, potenciar los intereses y la voluntad de las partes en el proceso se correspondería con estados liberales en los que se respeta como bien a proteger, el interés de las partes, y el ámbito de decisión de éstas. Directamen-

3 Art. 11 bis LEC, donde se legitima para la defensa de estos derechos a sindicatos, y asociaciones constituidas con este fin. Cuando no se pueden determinar los afectados, la legitimación corresponde a organismos públicos con competencia en este ámbito, sindicatos representativos, y asociaciones estatales cuyo objeto social sea éste. Otro ejemplo de la apertura en la legitimación, se ve en procesos de defensa de la competencia, donde se permite la intervención, sin ostentar la condición de parte, a la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia y los órganos competentes de las comunicades autónomas. Se trata de un tipo de entrada en el proceso diferente, ya que no tendrá las mismas posibilidades y cargas que una parte principal.

4 Dicha polémica ha sido recogida en la obra dirigida por MONTERO AROCA, *Proceso civil e ideología*, Valencia, 2006, en la que intervienen los principales autores de dicha disputa doctrinal, como Alvarado Velloso, Cipriani, Monteleone o Verde.

te relacionado estará la necesidad de buscar una verdad tal y como se plantea por las partes, sin pretender que el juez tenga como objeto de su juicio lograr el convencimiento de la verdad material. Tanto el principio dispositivo como el de aportación de parte primarían por encima de cualquier otro valor social que está en juego en el Estado. En este sentido, el ámbito probatorio sufre especialmente estas corrientes, así como la idea de buena fe procesal, más acentuada en los primeros estados, y devaluada en los segundos[5].

En cualquier caso, entendemos que la polémica no debe ir más allá ni debe establecer categorías hermenéuticas sobre lo que caracteriza una u otra modalidad de Estado. Como muy bien ha demostrado Picó i Junoy, existen algunos sistemas que no cuadran bien con estas consideraciones, por lo que un mayor o menor papel protagonista del juez en materia probatoria, puede obedecer a otro tipo de razones, no estrictamente ideológicas6. Los motivos por los que el legislador introduce preceptos que confieren mayor iniciativa al juez suelen obedecer a las deficiencias que ofrece el sistema anterior al modificado. Así, de la experiencia de la LEC de 1881 se concluyó con la conveniencia de encontrar un lugar intermedio para el juez civil. Nadie ha dudado de las virtudes de aquel enjuiciamiento, que perduró más de un siglo y vio diversos cambios de regímenes políticos y sistemas de Estado. Por ello, entendemos que se produjo una abstracción del proceso civil respecto del Estado, llevando un camino independiente en aras de una justicia eficaz.

Ello no obsta para que otro tipo de cambios, tales como los demográficos, económicos, sociales y sobre todo tecnológicos, han determinado las futuras modificaciones, las cuales han aprovechado para confirmar al juez como un elemento a tener en cuenta en materia probatoria, sin que sea sólo un mero espectador. Por ello, abandonando los problemas ideológicos, la cuestión debe centrarse en un análisis económico de la jurisdicción, intentando configurar un juez, no mero espectador, pero tampoco con potestades que desvirtúen su imparcialidad7. Tales atribuciones deben valorarse en términos de eficacia, al igual que ha sucedido con las modificaciones que ha sufrido la LEC española respecto del análisis de los presupuestos procesales.

Por todos es conocido el problema que se arrastraba con las sentencias absolutorias en la instancia. La apreciación de la falta de algún presupuesto

5 MONTERO AROCA, «El proceso civil llamado "social" como instrumento de justicia "autoritaria"», en *Proceso civil e ideología*, cit. p. 161, entiende como consustancial a la idea de proceso el hecho de que cada parte intente convencer al juez de "su" verdad, sin que ello implique necesariamente mala fe procesal. Las partes deben evitar obrar con mala fe, ya que la buena fe se presume, y todo dentro de las reglas de juego que señala el proceso. Desconocer esta realidad implica ver defectos en la actuación de los abogados constatemente, legitimando así al juez para incitar la actividad probatoria.

6 PICÓ I JUNOY, «El derecho procesal entre garantismo y la eficacia: un debate mal planteado», en *Proceso civil e ideología*, cit., p. 110.

7 En sistemas anglosajones no escandaliza el incremento en la actividad del juez en materia probatoria, supervisando, y especialmente programando el descubrimiento de hechos, permaneciendo en manos de las partes la mayor parte de la actividad probatoria. Ello no atentaría al sistema contradictorio, o al sistema adversarial. Vid. LILLY, *Principles of Evidence*, St. Paul, 2006, p. 5.

procesal en la sentencia provocaba un esfuerzo jurisdiccional importante. Precisamente eso se pretende evitar con la configuración de una audiencia previa preparatoria y depuradora de los requisitos formales del proceso, e incluso de alguna cuestión material, como la falta de litisconsorcio pasivo necesario. En esta línea, la tendencia consiste en llegar al estadio final del proceso, el juicio oral y toda la práctica de la prueba, que sirva para resolver un debate correctamente planteado, y correctamente depurado. El legislador no se ha conformado con resolver la carencia de presupuestos procesales, llegando a prever un sinfín de momentos para subsanar. El principio *pro actione* intenta que se subsane todo lo que sea subsanable, dando oportunidades procesales a las partes para continuar en la resolución del conflicto.

Eliminadas las posibilidades de dictar sentencias absolutorias en la instancia, aún no queda libre el camino para lograr una sentencia plenamente resolutoria. No se trata de considerarla más o menos justa, pero sí planteada en los términos correctos que eviten fisuras que sirvan de excusa para el planteamiento de futuros recursos ante instancias posteriores. Parece claro que el debate se planteará en términos abiertos para cada una de las partes, con plenitud cognoscitiva, alegatoria, y de defensa. No es lógico pensar en un proceso donde se oculten pruebas maliciosamente, o las partes configuren un objeto procesal más limitado, con plena consciencia de la repercusión que tiene eso en el conocimiento del juez. Ni siquiera parece frecuente el recurso al art. 400 donde se establece la preclusión para alegar todos aquellos mecanismos de defensa que pudieron haberse planteado, básicamente porque la parte alegará todo lo que tenga a su alcance y probará con todos los medios que considere oportunos.

Se comprueba que es importante que un proceso carezca de todo tipo de defectos, formales e incluso probatorios. De ahí que la sugerencia del juez en materia de prueba se justifique por esa eficiencia de la jurisdicción, tal y como se verá. Se puede imaginar lo que sucede si cualquiera de las partes se da cuenta de la insuficiencia probatoria o la falta de prueba sobre algún hecho, dado que se establece la preclusión de manera estricta en la alegación y proposición de prueba. Será normal que el acoso por introducir nuevos hechos, o nueva prueba, o emplear los remedios procesales a su alcance sea constante. Ello conlleva un gasto para la jurisdicción importante, al tiempo que dilata la resolución del conflicto. Desde el planteamiento de incidentes por la aparición de hechos nuevos o de nueva noticia, hasta la amplicación de demanda, llegando incluso a la interposición de recursos de apelación con el fin de subsanar algunos olvidos de las partes, serán motivo de mayores expendios y esfuerzo de la Administración de Justicia. La previsión de una condena en costas ante la actitud temeraria de la parte no resarce todos los inconvenientes señalados. Así pues, obtendremos sentencias insatisfactorias para las partes, con la consiguiente crítica a la eficacia de la justicia.

Por ello, la atribución de un papel más activo al juez en el seno del proceso civil, no parece atentatorio al principio de aportación de parte, ya que se com-

pensa con resoluciones eficientes y eficaces en términos de jurisdicción. No se trata de dictar sentencias más justas, como podrían indicar los ideólogos de un juez más intervencionista, sino de resolver con un debate más amplio y sin fisuras[8].

III. TRES ARTÍCULOS DISCUTIDOS APLICABLES EN EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO Y A CUALQUIER MEDIO DE PRUEBA.

i. Iniciativa de la actividad probatoria: art. 282.

El art. 282 LEC establece claramente a quién corresponde la introducción de elementos probatorios en el proceso civil español. Señala como principio general que las pruebas se practicarán a instancia de parte. Ahora bien, queda abierta la vía para que el juez pueda acordar prueba de oficio, aportar documentos, dictámenes o cualquier otro medio o instrumento probatorio, cuando lo establezca la ley.

Esta declaración de principios no tendría justificación si no fuera porque dentro del proceso civil, nos encontramos procesos de predominante carácter inquisitivo, en los que la dirección probatoria de las partes queda en un primer plano pero no en régimen de monopolio. Los intereses que están en conflicto van más allá de los postulados propios del proceso civil dispositivo. Por ello la propia LEC da cobertura legal a ciertos actos procesales que posteriormente especificará como de necesaria iniciativa probatoria por parte del juez, pero casi siempre con carácter excepcional.

En el resto de casos, sólo podemos afirmar que la introducción de los hechos al proceso, así como las facultades de proponer y practicar prueba, corresponden en exclusiva a las partes. Pero la aplicación del principio de aportación de parte, encuentra algunos puntos en los que quiebra por propio reconocimiento legal, y en otras ocasiones, por las fisuras que deja la LEC[9]. Son supuestos recogidos en los apartados subsiguientes, y también aquellos correspondientes a cada uno de los medios de prueba regulados[10].

8 TARUFFO, «Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa», *Ius et Praxis*, vol. 12, nº 2, 2006, p. 98.

9 No obstante, no es una materia a la que la doctrina se muestre favorable. Ya señalaba GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1975, p. 371, que «si el juez saliera en busca de los hechos (y no sólo a completar la prueba de hechos ya alegados por las partes) y basara en ellos el fallo, el fallo sería nulo».

10 Me refiero a la intervención del juez en los interrogatorios de parte y de testigos, así como de peritos, en los que puede realizar preguntas aclaratorias, cosa que no tenía lugar en la regulación anterior.

ii. Insuficiencia probatoria: art. 429.1 pfo. 2 y 3.

El precepto se situa en la fase donde se prepara todo el material probatorio para su posterior práctica en el juicio oral. Por ahora no se cuenta con ningún resultado probatorio, pero se habilita al juez para anticiparse y emitir un juicio indiciario sobre lo que espera conseguir de la prueba ya propuesta por las partes. El juez civil debe realizar todo un análisis sobre la prueba propuesta, ejerciendo el control respecto de aquellos medios que considere inútiles o improcedentes, así como de la prueba ilegal e ilícita. Pero además tomará en consideración el conjunto del material probatorio, no sólo el análisis individualizado. Esta visión global le permitirá extraer consclusiones respecto de la suficiencia o insuficiencia de todo lo propuesto.

Así pues, si el juez valora como insuficiente dicha prueba, puede tomar dos caminos diferentes; a saber, manifestar las posibilidades que tienen las partes de conseguir un resultado mucho más satisfactorio, con lo cual el proceso puede conducir a una resolución del conflicto más ajustada a alguna de ellas; o bien sencillamente puede callar y no hacer uso de esta facultad que le confiere la ley. En este último caso, el juez acudirá a las normas sobre carga de la prueba para resolver la controversia en atención a la insuficiencia probatoria.

Los problemas que se plantean pueden estructurarse de la siguiente manera. En primer lugar, hay que dilucidar si se trata de una obligación o una facultad del juez; en segundo lugar, no queda claro si el juez sugiere a las partes o insta la prueba de oficio; en tercer lugar, los límites respecto de la carga de la prueba no son claros; en cuarto, cabe preguntarse si el mismo criterio de insuficiencia probatoria puede aplicarse con carácter general a cada uno de los medios de prueba; y por último, que el juez ostente dicha facultad u obligación implica que puede ser susceptible a control posterior por las partes a través de los recursos.

a) Potestativo o de obligado cumplimiento por el juez.

Se ha planteado entre la doctrina española la posibilidad de que el precepto analizado establezca una obligación dirigida al juez para que emita un juicio de valor sobre la suficiencia probatoria, lo cual puede ser extrapolado a otros ordenamientos que siguen el mismo criterio en orden a otorgar al juez ciertas facultades en torno a la suficiencia probatoria. La duda surge del propio artículo al señalar que «*cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos* ***lo pondrá*** *de manifiesto a las partes…*». La falta de claridad o la aparente rotundidad con que se formula el artículo dejan entrever una obligación que no parece ser la más adecuada en este tipo de procesos ni en este momento procesal.

Como hemos señalado, la doctrina se ha decantado en general por considerar que se trata de una obligación que impone la ley[11]. La razón se justificaría por la necesidad de encontrar un proceso que realmente sea útil a las partes y sirva para resolver una disputa, y que no deje un amargo sabor a éstas por el hecho de que no han encontrado la vía adecuada para demostrar la veracidad de sus afirmaciones. La interpretación literal del precepto parece no dejar lugar a dudas, por lo que ha sido criticado ampliamente porque supone una intromisión en los principios esenciales del proceso, y además pone de manifiesto la desconfianza hacia la labor defensiva de las partes.

No obstante, entendemos que se justificaría un alejamiento de la dicción de la norma por cuanto, aun habiéndose conferido un papel más importante y activo al órgano judicial, hablar de una obligación de hacer uso de esa valoración sobre la prueba, parece ir más allá de las intenciones. Sí es cierto que la audiencia previa, lugar donde se puede llevar a cabo esta actividad, tiene por finalidad preparar el juicio oral, no sólo desde el punto de vista de los presupuestos procesales, sino también de cara a preparar el material probatorio. De este modo se evita la preclusión en la proposición de prueba. Pero el juez prepara y decide hasta ciertos límites, siempre dentro de la dirección formal y material del proceso.

Por ello, parece más acertado hablar de una facultad que sólo debiera emplearse de manera excepcional, ya que el juez debe realizar un juicio valorativo sobre la sufiencia de la prueba propuesta que puede afectar a las expectativas de las partes12. Esta idea no choca con la necesidad de acudir a las reglas sobre carga de la prueba cuando el hecho no ha quedado probado, ni prejuzga la cuestión. Se ha dicho, a favor de la existencia de una obligación en el art. 429, que si el juez no hace uso de esta potestad, después no cabría la invocación del art. 217 sobre carga de la prueba, ya que el órgano judicial debería haber asegurado que la prueba es bastante para obtener un convencimiento. No debemos olvidar que se trata de dos momentos procesales distintos, en los que los elementos valorativos del juez son distintos, así como el objeto de la valoración. A pesar de que se sugiera o compela a las partes en atención a la insuficiencia probatoria, el resultado final de la prueba puede ser igualmente infructuoso. ¿Hasta dónde ha desplegado el juez su facultad u obligación, de modo tal que no se le sea imputable la deficiencia probatoria? Además, hay que contar con las posibles expectativas que se generan en el juez con la prueba propuesta. También puede entenderse que no cuenta con los elementos suficientes para valorar la suficiencia de la prueba. Una mera proposición lineal, enumerativa de los medios, sin ninguna justificación ni del objeto que

11 DAMIÁN MORENO, «Comentario al art. 429 LEC», en *Comentarios a la nueva LEC*, dir. Lorca Navarrete, T. II, Valladolid, 2000, p. 2159; SANJURJO RÍOS, *El procedimiento probatorio en el ámbito del juicio verbal*, Madrid, 2010, p. 105; BONET NAVARRO, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 2009, p. 76.

12 Compartimos la opinión de ABEL LLUCH, *El interrogatorio de partes*, Barcelona, 2007, p. 252. En este mismo sentido se viene manifestando por la jurisprudencia, según entiende MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 5ª ed., Pamplona, 2007, p. 197.

se pretende probar, puede considerarse en la mayoría de las ocasiones escasa para deducir *prima facie* las carencias de las que adolece. En cierto modo, más parece una vía de control de erróneas actuaciones de los abogados de las partes, que en definitiva, son los que llevan la dirección material del proceso y adoptan tácticas de defensa concretas.

Como puede comprobarse, no es acertado dejar en manos del juez la responsabilidad de buscar e indagar para llegar a un convencimiento sobre la existencia de los hechos alegados. Las partes deben mantener la dirección y el poder sobre la prueba, y sólo en casos excepcionales y clamorosos de insuficiencia probatoria[13], el juez debe hacer uso de su facultad, a fin de evitar un proceso en el que de antemano y por estas cuestiones más técnicas, no se va a declarar ningún hecho probado. Los problemas que suscita este precepto son mayores que las ventajas, máxime si tenemos en cuenta que existe posibilidad de cumplir la finalidad de este precepto a través de otros mecanismos, como es la mayor participación del juez en cada uno de los medios de prueba.

A pesar de lo dicho anteriormente, hay que diferenciar dos supuestos, relacionados con la preceptividad de letrado. Si estamos ante procesos en los que se debe asistir con abogado, la facultad del juez debe interpretarse en sentido restrictivo, ya que no puede asumir el rol de asumir una defensa que no le corresponde cuando, en cierto modo, reemplaza la actuación de los letrados. En cambio, si en el proceso no es preceptiva la intervención de abogados, cabe entender que la defensa que ejerce la parte, carecerá de conocimientos técnicos suficientes que permiten una mayor equivocación o error en la delimitación de los términos del debate. El esfuerzo o actividad del juez se reclamará aquí con mayor énfasis, si bien no deberíamos hablar tampoco de obligación de acudir al art. 429 LEC. Tal obligación está directamente relacionada con las consecuencias de la inaplicación del precepto en orden a declarar la nulidad de actuaciones o de interponer sucesivos recursos.

En este sentido, parte de la doctrina ha considerado que el precepto debe recibir una interpretación diferente según estemos en el juicio ordinario o en el verbal, precisamente por la circunstancia de la preceptividad de abogado. Así, en el juicio verbal se reconocería una obligación del juez de manifestar y proponer a las partes la prueba que estime conveniente a sus pretensiones. Con ello se daría perfecto cumplimiento al derecho de defensa, o al menos se complementaría. Entendemos que esta diferenciación contraviene la propia estructura del proceso civil. Cuando el legislador reconoce la posibilidad de las partes de ejercer su propia defensa en procedimientos de escasa cuantía o materias de poca complejidad jurídica, acepta igualmente que no se produce una merma de su derecho de defensa, con lo que considera con capacidad de postulación a la parte por sí misma. Si queda algún vestigio o vía por la que

13 BONET NAVARRO, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 79, al menos en casos manifiestos. También en la doctrina extranjera se plantea el debate. Así, PALOMO VÉLEZ, «Proceso civil oral: ¿qué modelo de juez requiere?», *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. 18, nº 1, 2005, p. 179, quien no se alinea con aquellos que postulan mayores poderes del juez en materia de iniciativa probatoria, especialmente en lo que a deberes se refiere.

la parte no puede ejercer la autodefensa, se reconocería que el sistema tiene imperfecciones que debe suplir el juez asumiendo la obligación de incitar o indicar a las partes sus deficiencias probatorias. Ante esta situación, el juez asume el rol de defensor o colaborador de la parte, lo cual se nos antoja contrario con los principios procesales básicos. Sería conveniente en estos casos, ante la percepción del juez de la falta de conocimientos y de la errónea defensa realizada por las partes, suspender el procedimiento y proceder a asignar un letrado a cada litigante a fin de dar cumplida cuenta del derecho. La objetivación de esta circunstancia permite llegar a esta conclusión, conclusión a la que no puede llegarse si lo que tenemos es una carencia en la línea argumental del abogado.

También hay que tener en cuenta que el artículo analizado contiene dos acciones diferenciadas. La primera tiene que ver con la emisión de un juicio sobre la suficiencia probatoria. La segunda está encaminada a introducir pruebas que el juez considere conveniente. La primera acción sí parece menos peligrosa y distorsionante de los principios procesales tratados. En cambio la segunda es opcional, potestativa, al menos debe recaer sobre ella una interpretación más restictiva. Pero las consecuencias del incumplimiento de la manifestación de insuficiencia probatoria realmente no lleva a ninguna sanción en el sentido mencionado, ya que sólo advierte a las partes de tal deficiencia en su actividad, sin que posteriormente el juez venga obligado a proponerles la prueba correspondiente.

Por otro lado, si analizamos la actuación del juez desde el punto de vista activo, es decir, cuando sí hace uso de su facultad, comprobamos que el aviso es meramente informativo, el juez no asume ningún papel activo en materia probatoria. Pero se corre el riesgo de una posible incidencia en el derecho de defensa, como se ha afirmado en alguna resolución judicial14. El derecho de defensa se predica de ambas partes, y la advertencia a una puede suponer un perjuicio a la contraria, por lo que se puede considerar en situación de indefensión por la «colaboración» del juez en el interés de su oponente.

La idea de ausencia de obligación en la apreciación de insuficiencia probatoria nos lleva al siguiente paso, consistente en la duda sobre si el juez invita a la parte a proponer nueva prueba, o impone de oficio la que estima conveniente.

La siguiente decisión del juez sí goza del carácter de facultativo, ya que «*podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente*», siempre que se ciña a los elementos probatorios que resulten ya en autos. Ahora bien, cabe la duda de si se refiere a la posibilidad de señalar otros medios de prueba no propuestos por las partes, en cuyo caso nos encontraríamos con una auténtica potestad del juez de introducir prueba de oficio, o simplemente se limita a indicar qué medios de los propuestos por las partes es más

14 Sentencia AP de Ciudad real de 28 de mayo de 2002, comentada en SERRANO MASIP, «La intervención del tribunal ante la insuficiencia de la prueba propuesta por las partes (art. 429.1.2º LEC», *Diario La Ley,* nº 5962, 2004, p. 4.

adecuado para probar esos hechos alegados. La decisión del juez estaría en los límites de la inadmisión de la prueba por resultar inútil o innecesaria en los términos del art. 283 LEC, ya que no contribuirán a esclarecer los hechos controvertidos. Para ello no es necesario que se recoja nuevamente la mención a la prueba que obra en autos y la conveniencia de la misma, salvo que se haya pretendido indicar a las partes precisamente todo lo contrario, es decir, que renuncien a parte de la prueba propuesta.

En cuanto a las posibilidades de impugnación de la resolución que aprecie la insuficiencia probatoria, haya sido anunciado por el juez, pero sin proponer nueva prueba, por muy obligatorio que se propugne, no existen consecuencias revocatorias posteriores como veremos más adelante. Además, la acreditación de una especial negligencia que vulnere el derecho de defensa por no haber hecho uso de esta facultad u obligación parece muy lejana.

b) Invitación o imposición: alteración del momento preclusivo en materia probatoria.

Una de las cuestiones que ha suscitado el art. 429 LEC tiene que ver directamente con el principio de aportación de parte, según el cual los intervinientes son los dueños de la incorporación al proceso de las pruebas, quedando vedado al órgano judical la posibilidad de introducir prueba de oficio. En este sentido, y si se realizara una interpretación literal del principio, la única forma de acomodar este precepto sería interpretando que el juez no propone prueba de oficio, sino que «invita» a las partes para que asuman como propio lo que les sugiere el juez. Con ello se salvaguarda la idea de aportación de parte, sin que el precepto conlleve más problemas.

La idea no parece ser acogida de manera unánime por la doctrina, ya que los partidarios de otorgar mayor protagonismo al juez entienden que se le está habilitando para tomar decisiones, con independencia de la voluntad de las partes[15], de modo tal que las partes sólo tendrían que aceptar dicha prueba y participar en ella siguiendo el principio contradictorio.

Esta parece ser la filosofía del precepto, ya que de otra forma nos deberíamos conformar con la dicción del primer inciso, es decir, con la mera constatación de la insuficiencia probatoria. Si se llega a esta conclusión, en todo caso las partes son libres de proponer más prueba en el mismo momento de la audiencia previa, sin necesidad de esperar a que el juez realice más indicaciones. Pero como se insiste en la posibilidad de señalar la prueba cuya práctica considere conveniente, ésta puede aceptarse a modo de indicación o invitación.

15 Algo parecido ocurre en el proceso penal con el art. 733 LECRIM y el planteamiento de la tesis, a partir del cual el juez sugiere a las partes otra calificación de los hechos a partir del resultado de laprueba propuesta y practicada por las partes. Si éstas no modifican sus calificaciones, el juez no podrá juzgar de oficio por esos otros delitos que considera más acordes con el desarrollo del proceso. Esta facultad ha sido objeto de amplia literatura procesalista, pero en todo caso se advierte que debe emplearse con moderación.

De hecho, posteriormente se concede a las partes la facultad de completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal, lo que nos sitúa en una modificación del tiempo de preclusión en la proposición de prueba. Sólo en caso de intervención o valoración judicial, la parte no verá precluir la posibilidad de modificar o cambiar la prueba de que se vaya a hacer valer.

Dado que se trata de un precepto que se refiere a los medios de prueba en general, la concreción respecto de cada uno de ellos puede alterar en cierto modo el procedimiento probatorio. En relación con la prueba documental, el precepto no debe modificar los momentos de aportación de la misma, que, como señala el art. 265, son los de la demanda y contestación16. Fuera de esta fase, precluye la posibilidad de su presentación salvo que se trate de documentos nuevos o de nueva noticia. Por lo tanto, en la audiencia previa no debiera dejarse abierta la vía para eludir el plazo procesal. Pero en ocasiones los documentos tienen un valor probatorio mucho mayor que cualquiera de las otros medios de prueba, por lo que entendemos conveniente interpretar el precepto en el sentido de que, a la vista de la sugerencia o invitación del órgano judicial, las partes puedan aportar en el acto de la audiencia previa algún escrito o documento que señale el juez, siempre que haya mediado una valoración de insuficiencia probatoria. Ello exige que las partes vayan preparadas a la audiencia previa con el material documental no aportado en los instantes iniciales del proceso, para el hipotético caso de que el juez haga uso de dicha facultad. Otra posibilidad consiste en dejar un plazo razonable para la aportación posterior a la audiencia previa.

En cualquier caso son situaciones que pueden dar lugar a problemas en cuanto al beneficio para una de las partes, con el consiguiente perjuicio para la contraria. La ambigüedad legislativa puede derivar en falta de objetividad en el juzgador. No olvidemos que la distinción entre hechos constitutivos, y hechos extintivos, excluyentes o impeditivos que recogen las normas sobre carga de la prueba, derivan en un análisis indiciario sobre cuáles de las alegaciones esgrimidas carecen de un soporte documental suficiente. También es lógico que la invitación a aportar prueba documental no se hará en abstracto, sino que versará sobre ciertos documentos de los que se sospeche su existencia y posesión por alguna de las partes. Ciertamente parece que la excepcionalidad es la característica del caso que se nos plantea.

En cuanto al resto de pruebas, dado que el momento procesal de la proposición es la audiencia previa en el juicio ordinario, resulta lógico que la inmediated y concentración permitan tal modificación o cambio, nuevamente sobre la base de la insuficiencia probatoria de lo anteriormente propuesto.

Pero entendemos que la posibilidad de señalar pruebas, es una indicación que asumirán las partes como propias, sin que se esté dando la potestad de

16 ARIZA COLMENAREJO, *La presenteción de documentos, dictámentes, informes y otros medios e instrumentos en el proceso civil*, 2ª ed., Madrid, 2007. ABEL LLUCH, «Interrogatorio e intervención judicial», en *El interrogatorio de partes*, coord. Abel y Picó, Barcelona, 2007, p. 253.

introducir prueba de oficio al juez. Este precepto no habilita para realizar una función que va más allá de la dirección material del proceso y que limita con el principio de aportación de parte[17]. En este sentido, como ha señalado la jurisprudencia, el juez «estimula la diligencia probatoria de las partes»[18], y éstas podrán acoger dicha indicación o no, pero sin que el juez entre a valorar mayores intenciones de las partes ni supla su actividad probatoria.

c) Diferencia entre insuficiencia probatoria y ausencia de prueba.

Una de las cuestiones que pueden plantearse en relación con este precepto residen en conocer si procedería acudir a dicho precepto cuando las partes simplemente no han propuesto ninguna prueba en relación con los hechos alegados y fijados en la audiencia previa. El precepto alude a la insuficiencia, a la vista de la prueba propuesta. En consecuencia, el juez debe delimitar los hechos controvertidos, actividad propia de la audiencia previa en virtud del art. 428. Si del debate planteado en ese momento, se llega a la conclusión de que éste se reduce a una cuestión jurídica, el tribunal debe dictar sentencia, sin pasar por el juicio oral. Se trata de un supuesto de falta de hechos controvertidos, que como se sabe, no requieren prueba.

Pero para llegar a esta conclusión, la intervención y protagonismo del juez es importante. Aquí se aprecia su labor de dirección material del proceso. Deberá realizar valoraciones y emitir juicios sobre la existencia de controversia, analizar cada uno de los hechos, sabiendo de quién proceden y a quién benefician o perjudican, e identificar los medios de prueba propuestos con su eficacia probatoria. El control a realizar será en abstracto, ya que toda prueba tiene por finalidad acreditar los hechos alegados, por lo que se espera del juez un ejercicio lógico inicial. Pero se parte de la idea de insuficiencia, lo cual presupone la existencia de un mínimo de prueba que se califica como tal.

En cambio, la ausencia de prueba indica que las partes no despliegan una actividad porque no la consideran necesaria, ni siquiera en lo que a prueba documental se refiere. Afirmar que se da por negligencia, desconocimiento o falta de preparación técnica de la defensa, supone aplicar una presunción que no en todos casos se da. No obstante, parecen supuestos más específicos, ya que resulta difícil encontrar un proceso donde no se proponga ningún medio probatorio. Por ello, la delimitación de cada uno de los hechos, y la proposición de prueba aparejada a ellos, puede llevarnos a la conclusión de que alguno de los controvertidos será valorado en función de la carga de la prueba. Esta ausencia de prueba consciente por la parte puede tener su fundamento,

17 KISCH, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, trad. Prieto Castro, Madrid, 1932, p. 139, decía que con los poderes de dirección material del proceso, el juez cuida de que el material del proceso se articule en la forma que haga más fácil la visión del conjunto y de que la sustanciación y vistas tengan lugar del modo más claro posible.

18 Sentencia AP de Lugo de 29 de mayo de 2002, citada por SERRANO MASIP, «La intervención del tribunal ante la insuficiencia de la prueba propuesta por las partes (art. 429.1.2º LEC», cit., p. 5; ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona, 2005, p. 65.

como es principalmente el económico o la simple duda del beneficio que puede reportar su práctica.

En el primer caso, en general las partes valoran la repercusión cuantitativa de lo que supone la proposición de algunas pruebas, en concreto la pericial. Bien es cierto que en determinados asuntos, el informe pericial puede ser suficiente para resolver la cuestión sometida a debate[19]. Esto suele ser algo obvio tanto para las partes como para el juez. Pero no lo es menos que la cuantía del objeto litigioso suele desaconsejar tal práctica, salvo que existan garantías de que va a ser repercutida en la parte contraria por mor de la condena en costas. Aún así, no se solicita. ¿Cuál debería ser la decisión del juez? ¿Instarla por sí mismo o esperar a que del resultado de otros medios de prueba más económicos se llegue a consecuencias probatorias análogas?

Aquí entendemos que el juez debe respetar la decisión de las partes. Y que no es lo mismo el medio de prueba que elijamos. Si se acude al art. 429 sobre insuficiencia probatoria, el juez debe valorar también la carga económica que le supondría a la parte asumir el coste de ese medio de prueba. Por supuesto no ocurre lo mismo en caso de testigos, interrogatorio de parte y menos aún de un reconocimiento judicial. Pero es posible que el legislador estuviera pensando en prueba documental o en el reconocimiento judicial, no en pruebas periciales que resultan en muchos casos las más eficaces.

Apreciar la insuficiencia de prueba presupone la existencia de prueba. La ausencia de prueba implica que la parte no tiene voluntad de probar, por lo que entendemos que en estos casos el juez no debe inmiscuirse en esta decisión particular[20]. Aun así cabe entender que esta falta de actividad de la parte supone un esfuerzo de la administración de justicia que no despliega su actividad con limpieza. Las consecuencias sancionatorias estarán posteriormente en la hipotética condena en costas que puede sufrir la parte que ha obrado con temeridad al interponer una pretensión y no realizar ningún intento por facilitar la labor del juez, que tendrá que acudir a las normas sobre carga de la prueba para dilucidar la cuestión.

Por otro lado, también la ausencia de esfuerzo probatorio en la parte puede obedecer a la idea de que del resultado de la misma no se va a obtener ningún resultado positivo a las pretensiones. La valoración inicial de la parte sobre los medios a los que puede acceder resulta entonces contraria a la valoración del juez en la hipótesis en la que plantea otra prueba. Resulta más difícil discernir los motivos que se esconden tras la decisión de las partes, pero en todo caso

19 Sobre la valoración de la prueba pericial, GASCÓN, LUCENA, Y GONZÁLEZ, «Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinar», *Diario La Ley*, nº 7481, 2010, quienes exponen la idea de que en comúnmente aceptado que la prueba científica está basada en leyes que se consideran universales, de lo que se extrae que el juez lo toma como verdad incontrovertida en la práctica totalidad de los casos.

20 Por el contrario, BONET NAVARRO, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 78, entiende que no hay mayor insuficiencia probatoria que la carencia de prueba, considerando que también en estos casos el juez debe acudir al art. 429. SERRANO MASIP, «La intervención del tribunal ante la insuficiencia de la prueba propuesta por las partes (art. 429.1.2º LEC», cit., p. 3.

la invitación del órgano judicial puede acarrear ciertor riesgos por la iluminación que puede sufrir el litigante, frente al perjuicio hipotéticos que provaría en en contrario. Además, como sucede ante pruebas testificales o periciales, el resultado de la prueba no siempre es favorable a la parte que lo propone, con lo cual, la labor del juez se dirige más a una averiguación material de la verdad, dado que el esclarecimiento de los hechos lo es precisamente de eso, de los hechos y no de unos hechos parcialmente considerados.

d) ¿Dónde queda la regla de la carga de la prueba?

La pregunta que nos plantea esta situación es inmediata, ya que hay que dilucidar cuál es el límite entre la regla de juicio sobre la carga de la prueba y la decisión sobre la insuficiencia probatoria. En este sentido, cuando la parte no solicita la práctica de prueba alguna sobre un hecho relevante, o cuando simplemente no niega categóricamente un hecho, al juez no le está permitido realizar ninguna indicación o sugerencia. El juez interpreta, deduce, valora la actitud de la parte, y en consecuencia, aplica el art. 217 LEC para resolver en uno u otro sentido. También existen preceptos a lo largo de las normas procesales que abren el campo de interpretación del juez, permitiendo valorar según máximas de experiencia los silencios de cada litigante.

Señala CORTÉS DOMÍNGUEZ que las normas de la carga de la prueba en realidad responden a la necesidad de valorar la conducta procesal de la parte que, «teniendo a su alcance la posibilidad de acreditar un hecho no lo hace, limitándose simplemente a negarlo para obtener una ventaja procesal como consecuencia de la estricta aplicación de las normas sobre carga de la prueba». Esta conducta contravendría la buena fe procesal y privaría al juez de dictar una sentencia más ajustada a la realidad[21]. Pero si el juez no dicta tal resolución porque las partes han obrado de una manera determinada, la carga de la prueba debe entrar en aplicación, igual que se aplica en caso de que todos los hechos queden probados.

Lo que parece más consolidado es el hecho de que la regla sobre carga de la prueba sigue siendo de aplicación haya hecho uso o no el juez la potestad sobre sugerencia de prueba ante la insuficiencia probatoria. Dicha regla de juicio se establece para el momento posterior a la práctica de la prueba, es decir, cuando se tiene el resultado de la misma, no cuando se realiza un juicio indiciario durante una fase anterior[22]. Damos por hecho consumado la actitud procesal de cada una de las partes.

21 Nótese que no se refiere a una sentencia más justa, como vienen a propugnar los partidarios de la intervención del juez en corrientes ideológicas más autoritarias. Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, y Moreno Catena, *Derecho Procesal Civil. Parte general*, Valencia, 2010, p. 215.

22 DAMIÁN MORENO, «Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil», AAVV, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valencia, 2007, p. 23.

e) Criterio generalmente aplicable de la insuficiencia probatoria.

El criterio de la insuficiencia probatoria debe ser aplicado en abstracto, teniendo en cuenta las fases anteriores del proceso. El ejercicio del juez está encaminado a realizar un análisis sobre los hechos controvertidos, y la selección de medios de prueba efectuado por cada una de las partes. La idoneidad de la prueba propuesta está encaminada a decidir si acreditará como ciertos los hechos alegados por la parte que lo propone. En este sentido, se debe esquematizar quién alega y cómo pretende probar.

Esta valoración se efectuará en doble sentido, y teniendo en cuenta ambas posiciones. Los riesgos que corre el juez son múltiples, ya que *prima facie* puede considerar no apto un medio de prueba del demandante, por lo que antes de dicha decisión, la demandada tendría amplias espectativas de vencer en la contienda. En ocasiones se ha afirmado que este precepto puede poner en peligro la imparcialidad del juez, ya que puede beneficiar a alguna de las partes en detrimento de la otra.

Estaríamos en esta situación si se viera en el juez una actividad análoga a la investigación del proceso penal, en el cual ya se desliga al instructor del enjuiciador. En cambio, nada se sospecha en materia de procesos inquisitivos, donde el juez tiene capacidad probatoria de oficio, resolviendo sobre la situación él mismo.

Los criterios que debe tener en cuenta el órgano judicial en el momento de manifestar la insuficiencia probatoria son varios. Por un lado, en dicha valoración establecerá qué medio puede ser idóneo y cuál no, por lo que se está en íntima conexión con los mismos criterios de admisión de prueba, es decir, la utilidad y pertinencia[23]. Según se dice en la ley, se inadmitirá aquella prueba que no contribuya a esclarecer los hechos, según reglas y criterios razonables y seguros.

En consecuencia, suficiencia y utilidad están estrechamente unidos en el momento de proposición de prueba. Ambas decisiones deben recaer sobre la prueba propuesta y sobre la no propuesta. Con lo cual, el juez puede realizar su composición de los hechos y efectuar un estudio interno sobre cómo probaría él. Pero olvidamos en muchos casos que el conocimiento directo de los hechos tal y como se produjeron lo tienen las partes, como fuentes directas de prueba, por lo que el juez tendrá un conocimiento limitado y operará sólo en base a hipótesis propias. La ley apela a reglas y criterios razonables y seguros, los mismos que pueden ser de aplicación en caso de insuficiencia probatoria.

23 MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 170, aprecia que ambos términos se emplean con casi absoluta identidad cuando se trata de dos calificativos distintos. La utilidad se correspondería con la falta de adecuación para la verificación de las afirmaciones que se pretenden probar, y también se identificaría con el concepto de superfluo, es decir, o ya se ha propuesto otra prueba con el mismo fin, o porque ya se ha practicado la prueba.

f) Recursos ante la infracción de la norma: diversas modalidades de infracción.

No ocurre lo mismo cuando entiende que la parte tiene intención de probar, pero no acierta a señalar el medio de prueba que, a criterio del juez, es el adecuado. Parece que se requiere una actividad extra que supla las carencias técnicas de las defensas de las partes. Pero este no debe ser un problema del juez, sino de la preparación profesional de aquellos que ostentan la postulación. Bien es cierto que la ley exige que el juez respete los elementos probatorios resultantes de los autos, por lo que la iniciativa ya se entiende en la parte, no en el órgano judicial. A tal efecto, las posibilidades de recurrir posteriormente una sentencia que ha acudido a las normas sobre carga de la prueba, y que ha prescindido de la facultad de valorar la insuficiencia probatoria, parecen muy escasas.

En primer lugar, como hemos afirmado, no se trata de una imposición al juez, sino de una potestad a la que acudirá en casos muy llamativos o de clara insuficiencia. El planteamiento erróneo del proceso, o la falta de acierto en las partes no puede derivar en una exigencia posterior al juez. No tiene responsabilidad por no tener las herramientas suficientes en el enjuiciamiento. No obstante, sí puede facilitarse él mismo la labor enjuiciadora instando de las partes más «colaboración» o mayor actividad probatoria que por inciertos motivos no despliegan. Insistimos que se debe alcanzar el equilibrio entre una relativa intervención en materia probatoria y una dirección probatoria de las partes. Ello nos lleva a impedir un recurso futuro en caso de no hacer uso de dicha facultad. Si se tratase de una obligación, entonces no nos quedaría más remedio que abrir el camino de la apelación e incluso de instancias ulteriores por vulneración de normas procesales. Pero consideramos que no es este el caso.

A modo de conclusión, podemos afirmar que en la práctica está demostrando que el juez no acude con frecuencia a la proposición de prueba de oficio. Sus actuaciones se encaminan a restringir la prueba de las partes y también a perfilar el objeto de la prueba, ya que las partes no suelen tener muy claro qué es lo que van a probar y cuáles son las consecuencias de su inactividad. Las partes que acuden al proceso vierten todo su potencial probatorio, sin tomar conciencia de una regla de juicio dirigida al juez, y que en ocasiones les depara sorpresas. Los motivos que se han esgrimido han sido muy variados, entre los que se encuentra la preparación con la que tiene que acudir el juez al acto del juicio, conociendo los medios solicitados por las partes y los hechos sobre los que recaerá la prueba propuesta[24].

24 SANJURJO RÍOS, *El procedimiento probatorio en el ámbito del juicio verbal*, cit., p. 111, así lo entiende, aunque especialmente referido al juicio verbal. Aunque considera que el precepto sería más propicio para su aplicación en el juicio ordinario, entendemos que ni tan siquiera es de fácil aplicación.

iii. Diligencias finales: art. 435.

Las diligencias finales son aquellas que tienen como objetivo la práctica excepcional de medios de prueba en atención a diversas circunstancias. Quizá sea el punto más criticado en toda la LEC ya que supone la incorporación de prueba de oficio al proceso[25]. Pero para entenderlo conviene mencionar lo que señala el precepto en cuestión. En el mismo se regulan dos tipos de diligencias de prueba; por un lado aquella que sólo puede instarse por la parte, y puede acordarse cuando se incorporan hechos nuevos o de nueva noticia al proceso (art. 286)[26], circunstancia por otro lado bastante infrecuente a la vista de los plazos y oportunidades procesales con las que contamos, y se puede practicar prueba por primera vez si ya fue propuesta y admitida en el momento procesal oportuno pero no fue practicada por causas ajenas a la voluntad de la parte que la propuso.

El segundo tipo de diligencias, y el realmente problemático, son aquellas que pueden adoptarse de oficio (también a instancia de parte). Se trata de prueba sobre hechos alegados por las partes y además relevantes para la resolución del pleito. La prueba ya ha sido practicada en el momento procesal oportuno pero por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, no tuvo la eficacia probatoria que cabía esperar. Podría pensarse en que se trata de repetir prueba, no de introducir nueva prueba, pero algunos han querido ver en este precepto la posibilidad de practicar prueba diferente a la que tuvo lugar en el juicio oral. La eficacia probatoria en este caso resulta importante a efectos de determinar la necesidad de volverla a practicar o la desaparición de las circunstancias que impidieron tal eficacia.

La conformidad de este mecanismo con el principio dispositivo y parcialmente con el de aportación de parte reside en el respeto a los hechos alegados, así como la iniciativa probatoria de las partes durante el proceso. Entiende Cortés Domínguez que esta facultad es *complementaria* de la actividad de las partes, y en ningún caso sustitutiva, quedando enteramente vinculada a la aplicación de la carga de la prueba[27]. Así pues, si la certeza probatoria no se ha conseguido, se aplican las reglas de la carga de la prueba; por el contrario, si lo que se quiere es obtener completa certeza probatoria, nunca se acudirá a

25 GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 369, seeeñalaba en relación con las antiguas diligencias para mejor proveer, que se conjuga mal con los derechos fundamentales del proceso, por lo que la única forma de mantenerlas en concebirlas con una finalidad no sólo supletoria sino complementaria. Además, era utilizado en la Ley anterior como un mecanismo para demorar la resolución final, ya que suspendía el plazo para dictar sentencia. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil. Parte general*, cit., p. 286, entiende que perturban claramente el sistema.

26 Aunque no se trata en realidad de ningún supuesto que afecte al principio de aportación de parte, en realidad se ha señalado la excepcionalidad de tal circunstancia y lo perturbador que resulta en este momento procesal. Por ello se propugna que se deje para el recurso de apelación la alegación de hechos nuevos o de nueva noticia, y en consecuencia, la práctica de prueba sobre ellos.

27 CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil. Parte general*, cit., p. 285.

dichas reglas. Ambas normas encuentran su tensión y será el juez el que valore qué facultad realizar.

IV. Potestades del juez en cada medio de prueba: intervención en interrogatorios.

Hasta ahora hemos estado analizando la potestad del juez para introducir de oficio medios de prueba en el momento de proposición de prueba, y de lo que llevamos señalado, parece que quedan bastante limitadas sus facultades, ya que no debiera ejercer una función complementadora de la actividad de las partes. La voluntad de éstas manifestada a traves de sus peticiones ante el juez, así como su capacitación jurídica deben presuponerse en los sucesivos momentos en que procede la proposición de prueba y la preparación para el juicio oral. Bien es cierto que el juez debe llegar a esta fase con todos los materiales fácticos y probatorios depurados, para que su enjuiciamiento se realice con la mayor claridad y limpieza posible. Pero ello no garantiza tampoco la justicia absoluta de la resolución judicial. Las partes colaborarán, pero también son las que piden, y si piden es porque están convencidas de sus capacidades alegatorias y probatorias, y de que obran en su poder aquellos medios de prueba necesarios y útiles para lograr el convencimiento del juez sin que éste tenga que realizar actividad complementaria o sustitutiva.

Ahora bien, en el procedimiento probatorio nos encontramos con la siguiente fase, en la cual se practica toda la prueba propuesta y admitida. Nuevamente aparecen facultades judiciales limítrofes con el principio de aportación de parte. Y en este caso también se han producido ciertas innovaciones dirigidas a otorgar mayores poderes al juez en la dirección material de la práctica probatoria. Para ello hay que realizar un análisis específico de cada uno de los medios de prueba.

Un elemento esencial en la concesión de estas potestades reside en la oralidad, la cual ha venido a introducir cambios en la concepción de la prueba de nuestro enjuiciamiento. Dejando a un lado las dudas sobre si contribuye a la tutela judicial más eficaz o más justa, la oralidad sí incide en el desarrollo de determinados medios de prueba, agilizando y reduciendo los tiempos de duración del proceso. Atrás quedó el sistema escrito, en el que las partes aportaban sus pliegos de preguntas y repreguntas, para ser valoradas por el juez, sin que se diera el principio de concentración ni inmediación.

En relación con la prueba documental, las posibilidades investigadoras del juez civil se encuentran absolutamente limitadas, ya que tanto los momentos de aportación son preclusivos, como los de impugnación de los documentos. Salvo la referencia que hemos realizado al art. 429 LEC sobre invitación a acudir a otros medios de prueba, sobre los documentos el juez tiene pocos poderes *ex officio*. Incluso se halla constreñido con la valoración de los mismos ya que le son de aplicación criterios legales de los que en pocos casos puede alejarse. No obstante, cuando se practica prueba pericial sobre esta prueba

documental, el juez puede solicitar las mismas aclaraciones o adiciones que a un perito cuando es llamado a instancia judicial.

Mayor participación tiene el órgano judicial en la práctica de la prueba de interrogatorio de partes y de testigos.

Una de las diferencias apreciables a simple vista en la práctica de la prueba de interrogatorios la encontramos en las posibilidades que ostenta el juez durante la misma. Además del sistema tradicional del contradictorio, según el cual cada parte efectúa sus preguntas al interrogado, la LEC permite que el juez, al final de dichas intervenciones, realice preguntas con la finalidad de *aclarar* o de obtener *adiciones* sobre lo ya manifestado (art. 306 para el interrogatorio de las partes, 372 para el interrogatorio de los testigos). En ambos casos de medios de prueba el tratamiento parece idéntico en la ley, ya que tiene la misma finalidad aclaratoria, sin posibilidad de que se introduzcan nuevos hechos o se altere el objeto de la prueba. Pero entendemos que no pueden identificarse ambas actividades probatorias.

El interrogatorio de testigos y el de partes no son fuentes de prueba idénticos. De hecho, las exigencias del testigo y de la parte difieren en cuanto a su relación con los hechos objeto de debate, y también en cuanto a la necesidad de declarar la veracidad de aquello cuya veracidad se pretende. En primer lugar, el testigo tiene obligación de decir verdad, con lo que la imparcialidad debe ser una nota característica del mismo, aunque no nos olvidemos que el testigo es el que conviene a la parte que lo propone, la cual tiene amplias expectativas respecto del resultado de la prueba y la contribución a su petición en el proceso.

Por el contrario, la parte que declara es llamada por su contraria, y el sentido de su interrogatorio está dirigido a declarar sobre hechos que le sean perjudiciales, no hechos tendentes a convencer al juez de la veracidad de sus afirmaciones. Por ello, la participación del juez en este interrogatorio, con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, resulta inadecuada ya que no es un medio de prueba con el que se pretenda obtener la verdad, sino una verdad parcial o limitada a aquello perjudicial[28]. Y en esta actividad no puede entrar el órgano judicial.

Ahora bien, si consideramos el interrogatorio de la parte como una fuente de prueba en el sentido de que acredita la certeza de los hechos, entonces sí tendría justificación el reconocimiento de las potestades del juez. Pero no entendemos que sea este es caso.

En cuanto al testigo, tanto su llamada al proceso como tercero ajeno al mismo, como su declaración bajo juramento o promesa, como los criterios de valoración de su testimonio, le sitúan en un plano diferente a la parte, y

28 CORTÉS DOMÍNGUEZ, con Moreno Catena, *Derecho Procesal. Parte general*, cit., p. 234, considera que el juez no puede intervenir haciendo preguntas que crea convenientes, ya que podría adoptar una posición de prejuicio incompatible con la necesidad de imparcialidad. Realizar preguntas aclaratorias o de orientación no supone una merma del principio dispositivo ni de aportación de parte.

por consiguiente, las potestades del juez en su práctica pueden cobrar otra dimensión.

En cualquier caso, la ley permite que el juez intervenga en el interrogatorio para pedir aclaración o la adición sobre lo manifestado. En relación con la aclaración, término muy similar al de esclarecer, al cual se refería la anterior regulación sobre diligencias para mejor proveer, éste indica una carencia en la comprensión de la persona a quier va dirigido, en el sentido de que falta algo más, hay que poner en claro algo, no introducir nada nuevo. Como señalaba Gómez Orbaneja, aclarar o esclarecer no es hacer que algo surja ante la atención por primera vez[29]. De ello se deduce la limitación que tiene el órgano judicial a la hora de realizar esas preguntas, ya que tendrá cuidado de no extralimitarse, y sobre todo, de no introducir nuevos hechos en el proceso.

Respecto de la adición, también nos encontramos ante un concepto peligroso y de difícil interpretación por los tribunales. En todo caso la adición debiera respetar el ámbito fáctico de lo alegado por las partes, si bien en muchas ocasiones, aunque se pregunte sobre el mismo hecho, la formulación de la pregunta puede llevarnos a obtener resultados distintos, muchos más satisfactorios cuando se practica por persona especializada en la materia. Por ello, Estas adiciones pueden obtenerse aun sin que el juez tenga voluntad de preguntar cuestión distinta a la de las partes. El objeto del proceso, es decir, los elementos fácticos introducidos por las partes debe ser respetado en todo caso.

Las facultades que ostenta en estos supuestos el juez parecen más eficaces y razonables que cualquier intento por dar entrada en el proceso a prueba de oficio. Una vez introducidos los hechos por las partes, propuestos los medios de prueba, la práctica de la misma debe estar encaminada a la finalidad para la cual se pone a disposición de las partes, es decir, el esclarecimiento de sus pretensiones. Por ello se justifica más el protagonismo del juez. Los medios de prueba son una herramienta de las partes. En ocasiones también se ha dicho que es un instrumento del juez, como se ha manifestado respecto de la prueba pericial[30]. En consecuencia, cumplido el principio de aportación de parte porque los hechos y los medios de prueba los incorporan las partes, conviene que la práctica sea eficaz en el sentido de ser aprovechada por aquellos que estan presentes en la misma, incluso por el mismo juez. Practicar una prueba, con el esfuerzo económico y administrativo que eso supone, para que la práctica no lleve a consecuencias aclaratorias, resulta contrario a los principios de economía procesal y de la misma tutela judicial. Entendemos que una vez presente el testigo, el perito, o la parte ante el juez, éste debe gozar de ciertas prerrogativas en orden a solicitar determinadas aclaraciones o adiciones a las cuestiones planteadas por las partes. En caso contrario, no tiene justificación

29 GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 372. Entiende MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 434, que las preguntas aclaratorias tienen que referirse a aspectos ya incluidos en la pregunta de la parte cuya pregunta se pretende aclarar, en ningún caso son preguntas autónomas.

30 FLORES PRADA, *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, Valencia, 2005, p. 237.

aguna el establecimiento de un sistema oral pleno en la fase de práctica de la prueba[31].

Ello no quiere decir que el juez no tenga limitaciones en cuanto a sus preguntas; debe respetar siempre los términos del debate. Para garantizar dicha actuación están las partes presentes, que podran realizar cualquier tipo de reclamación o apostilla en orden a poner de manifiesto que el juez se ha extralimitado del ámbito de sus funciones. Además, dentro de la prueba de testigos, se atribuye al juez la postestad de realizar careos cuando los testigos incurran en graves contradicciones (art. 373). El margen del juez no es muy amplio, pero en cualquier caso parece que contribuye a una mejor práctica de la prueba ya propuesta por las partes.

Mención aparte tiene la prueba pericial, cuya naturaleza y configuración en la LEC de 2000 sufre alguna modificación trascendental. Por un lado, la posibilidad de aportar informes periciales de parte, además de la posible designación de peritos judiciales, hacen de esta prueba algo peculiar en el marco probatorio. La principal cuestión está en relación a su consideración por algunos como un colaborador del juez. Cuando éste necesita ciertos conocimientos técnicos o artísticos para resolver el litigio, interviene el perito. Pero en general es la parte quien acude a él, o lo solicitan del juez. Deberíamos preguntarnos si no debe ocupar un lugar junto al órgano judicial, en lugar de esperar a que sean los litigantes los que decidan cuándo hay que elaborar un estudio técnico que ayude al juez en su decisión. La objetividad que caracteriza este medio probatorio debiera justificar su aparición en el proceso desligado de la decisión o valoración de las partes.

La prueba de reconocimiento judicial también acepta un ámbito de decisión judicial amplio, ya que el juez será quien valore y decida cuál es la amplitud que ha de tener el mismo (art. 353.2 LEC), todo ello sin perjuicio de que la parte tiene la carga de expresar qué pretende acreditar, y con quién va a acudir a la práctica, si con persona técnica o práctica en la materia.

Además el art. 354.3 señala expresamente la posibilidad del juez de oir las observaciones o declaraciones de peritos que concurran a la práctica de dicha prueba. Esta forma puede adoptarla de oficio o a instancia de parte, pero lógicamente si el juez lo estima necesario, no puede esperar a que las partes pregunten o interroguen a estas personas técnicas, sino que la iniciativa en las cuestiones dudosas harán de este medio de prueba un medio eficaz.

31 GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 374, entendía que es preferible que el juez ostente mayor papel durante la práctica de la prueba, que dejarle el protagonismo en la adopción de las vigentes diligencias finales, las cuales chocan en mayor medida con los principios procesales consagrados.

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

Juan Damián Moreno[1]

SUMARIO: I. El derecho (a pedir y) a obtener de forma provisional la ejecución de la sentencia civil. II. Resoluciones provisionalmente ejecutables. A) Régimen ordinario. B) Régimen especial para medios de comunicación y profesionales de la información. III. Iniciación del procedimiento. Contenido de la solicitud de ejecución provisional. A) Solicitud. B) Resolución. IV. Oposición a la ejecución provisional. A) Causas específicas. B) Causas asimilables a la ejecución definitiva por motivos de fondo. V. Oposición a la ejecución provisional de condenas dinerarias. Posibilidad de suspensión de la ejecución provisional. A) Motivos de oposición. B) Sustanciación de la oposición. VI. Suspensión de la ejecución provisional. VII. Efectos de la revocación de la sentencia. VIII. Efectos de la confirmación de la sentencia impugnada. IX. Balance de la reforma.

I. EL DERECHO A (PEDIR Y) OBTENER DE FORMA PROVISIONAL LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA CIVIL.

La ejecución provisional de la sentencia sometida a recurso ha estado tradicionalmente concebida de forma muy restrictiva. La razón se sustentaba en el principio según el cual la interposición del recurso provocaba, como el más característico y paradigmático de sus efectos, el de prorrogar los efectos de la *litispendencia*, lo que, salvo excepciones, hacía prácticamente inviable el que se pudiera ejecutar una resolución hasta que la pretensión hubiera quedado definitivamente resuelta, a menos que el favorecido por la resolución constituyera o prestara una caución suficiente para responder a los perjuicios ocasionados por la eventual revocación de la resolución impugnada.

Por eso, una de las mayores innovaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 [LEC] ha sido la haber logrado modificar el régimen que venía siendo aplicable a la ejecución provisional con el fin de reforzar la

1 Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Autónoma de Madrid (España)

posición procesal de quien ha obtenido una sentencia a su favor, procurando con ello aspirar al ideal, no siempre alcanzable, de la inmediata ejecutabilidad de la sentencia dictada en el primer grado jurisdiccional. Así pues, y frente al principio que hasta ahora venía rigiendo, la ley ha concedido al litigante vencedor el derecho a "pedir y obtener" de manera provisional la ejecución de la resolución dictada en la instancia sin tener que adelantar cantidad alguna por este concepto(art. 536 LEC).

La ley ha configurado un modelo de ejecución provisional como una suerte de acto de disposición del derecho declarado provisionalmente en la sentencia, del cual nace, como contrapartida, el correlativo derecho a reintegrarse en el caso de aquélla sea revocada(arts. 533 y 534 LEC) de modo que, una vez solicitada la ejecución provisional, el juez viene obligado a concederla a menos que la sentencia no sea, por su propia naturaleza, ejecutable; el tribunal carece por lo tanto de atribuciones para efectuar estimación prospectiva alguna acerca de cuestiones que están exclusivamente reservadas al ejecutado, por lo que, salvo que medie oposición, el margen de actuación del juez es muy limitado; más aun, en la hipótesis de que se ejerciten acciones en reclamación del pago cantidades pecuniarias líquidas, la única vía que tiene el condenado en la instancia para eludir la ejecución provisional es la de obtener la suspensión mediante la consignación de la cantidad objeto de la condena ya que, en el caso de condenas dinerarias, el deudor únicamente puede oponerse a actuaciones ejecutivas concretas del proceso de ejecución, en tanto en cuanto entienda que dichas actuaciones pueden causar una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar en caso de revocación(art. 529.3 LEC).

Así pues, no debe inducir a error el hecho de que la redacción del art. 526, que es sumamente equívoca, siga evocando al régimen ya derogado al referirse a la caución como criterio sobre el que bascula la ejecución de las sentencias pendientes de recurso; de ahí, que cuando este precepto reconoce el derecho de quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor a obtener la ejecución provisional, "*sin simultanea prestación de caución*", no está más que aludiendo, inconscientemente, a un presupuesto que no debe ser tomado en consideración para solicitarla. La caución sólo está prevista para el caso de condenas no dinerarias, y siempre que de forma voluntaria se ofrezca ante la eventualidad de que el ejecutado se haya opuesto a la ejecución provisional alegando la existencia de razones que le lleven a considerar que el solicitante no está en condiciones de restaurar la situación anterior ni de compensarle.

La ejecución provisional es una modalidad de ejecución que tiene la particularidad de estar sometida en cuanto a su eficacia a la existencia de una condición resolutoria, constituida en este supuesto por la revocación de la resolución que ha sido objeto de recurso. En este aspecto, si bien es cierto que la ejecución provisional reúne presupuestos análogos a los de una medida cautelar, no es una medida cautelar; de serlo hubiera sido innecesario regularla como una institución específica. Lo que caracteriza a la ejecución es estar fundada en una declaración[Chiovenda], en este caso una declaración

obtenida en el proceso, pero no definitiva. En este aspecto, la ley es muy reveladora de la intención del legislador cuando evita aludir al efecto suspensivo de las resoluciones estimatorias de la demanda contra las que se haya interpuesto un recurso de apelación, remitiéndose en cuanto a sus consecuencias procesales a las normas que disciplinan la ejecución provisional(art. 456 LEC). No en vano, además, la ejecución provisional se rige por las mismas reglas establecidas para la definitiva, hasta el punto de que si la sentencia dictada en segunda instancia fuera confirmatoria de la dictada en primera instancia, la ejecución se reanudaría en el lugar en que haya quedado, y continuará si aún no hubiera terminado. El principio de identidad en cuanto al contenido de la ejecución es el que determina el que la ley conceda a las partes intervinientes en la ejecución provisional los mismos derechos y facultades que en la ordinaria, regla de la que tan sólo se exceptúan los supuestos en los que la ejecución tuviese por objeto la inscripción en los registros públicos, salvo que se trate de anotaciones preventivas.

II. RESOLUCIONES PROVISIONALMENTE EJECUTABLES.

Régimen ordinario.

Aun cuando la ley haya aludido de forma genérica a la posibilidad de ejecutar provisionalmente cualquier clase de sentencias, del contenido de las normas que regulan este instituto se desprende inequívocamente que no toda resolución puede ser objeto de esta singular medida. En este orden de consideraciones, el legislador ha decidido abandonar el sistema utilizado anteriormente para determinar la naturaleza de las sentencias que pueden ser ejecutables provisionalmente y ha optado por un criterio negativo a la hora de definir el tipo de resoluciones que pueden acogerse a esta modalidad de ejecución; es claro que esta medida únicamente puede ser aplicada a las sentencias de condena, sea cual sea su contenido material. En todo caso, el legislador ha preferido no dejar demasiadas cuestiones al inseguro criterio del intérprete y ha optado por incluir un catálogo de sentencias que no son susceptibles de ejecución provisional; es verdad que la mayoría de ellas se caracterizan por ser de naturaleza constitutiva, por lo que no podrían ser objeto de de ejecución en ningún caso. Y aunque quizás no fuera necesario aclararlo, las sentencias desestimatorias, en la medida que no incorporan pronunciamiento alguno susceptible de ser ejecutado, no pueden ser objeto de esta medida. Por la misma razón, tampoco pueden ser objeto de ejecución ni las sentencias meramente declarativas ni las constitutivas, ya que la ejecución provisional se encuentra reservada a quienes hayan obtenido un pronunciamiento de condena a su favor.

a) Figuran en primer término las sentencias dictadas en procesos de paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación,

divorcio, capacidad, estado civil y derechos honoríficos, que por ser todas ellas de carácter constitutivo, no son susceptibles de ejecución, y aunque así no fuera, las cuestiones que afectan al estado civil y condición de las personas no consienten situaciones de interinidad; pese a todo, dado que las sentencias de esta clase normalmente contienen también aspectos de carácter patrimonial, la ley sí que admite la ejecución provisional de los pronunciamientos relacionados con lo que sea el objeto principal del proceso, siempre que sean susceptibles de realización.

b) En segundo lugar, parece razonable que el legislador también haya considerado como no ejecutables provisionalmente las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad. Este tipo de sentencias tienen un marcado carácter constitutivo. Sabemos que el incumplimiento de la promesa de venta da lugar a un nuevo derecho de naturaleza potestativa si con su ejercicio lo que se pretende es la producción de los efectos que debían haberse producido con la declaración del demandado. No existe obstáculo para que la voluntad en la que la obligación consista no pueda conseguirse de otra manera. En relación con este peculiar tipo de sentencias, la ley entiende que contiene una obligación de hacer de carácter personalísimo y, consecuentemente, la ejecución provisional resultaría incompatible con una medida de esta naturaleza. Cuando las partes se obligan a suscribir un determinado contrato, lo que están haciendo es aspirar a la consecución de una serie de efectos jurídicos de los cuales aquél no es más que un mero instrumento, por lo que el efecto jurídico pretendido puede ser obtenido de otra manera. El acto de voluntad, como cualquier acto humano, ciertamente es incoercible; pero no el resultado práctico que deriva del mismo o las consecuencias de su negativa. La infungibilidad que caracteriza a este tipo de prestaciones en ningún caso es jurídica. No obstante, teniendo en cuenta que la ley admite la posibilidad de que la ejecución se convierta en pecuniaria cuando ésta no pueda llevarse a cabo, al menos sí podrían autorizarse medidas cautelares a fin de garantizar dicho pronunciamiento.

c) La ley excluye igualmente del régimen de la inmediata ejecutabilidad a las sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial. Las primeras, por ser de naturaleza declarativa; las segundas, por tener asignado un carácter eminentemente constitutivo. No debemos olvidar sin embargo que la normativa específica en materia de patentes y marcas también admite el ejercicio de acciones de condena, las cuales naturalmente gozarían de eficacia ejecutiva.

d) Prohíbe finalmente la ley, la ejecución provisional de las sentencias extranjeras no firmes a menos que así lo autorice un tratado inter-

nacional. Esta exclusión obedece a razones ajenas a la naturaleza de la acción ejercitada. Sin embargo, es bastante lógico que la posibilidad de ejecución provisional sea una medida condicionada a lo que resulte de nuestros compromisos internacionales ya que para que gocen de fuerza ejecutiva en nuestro país han de ser previamente homologadas, salvo que se dispusiere otra cosa en los tratados internacionales vigentes en España.

B) Régimen especial para medios de comunicación y profesionales de la información.

Como sabemos, la Disposición Adicional 12ª de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, introdujo un nuevo apartado en el art. 525 de la LEC que no permite la ejecución provisional de los "pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen". Para apreciar el alcance de esta reforma, quizás convenga recordar que fue con ocasión de la condena a una influyente empresa periodística cuando la afectada, para eludir la ejecución provisional de la sentencia de condena al pago de una cuantiosa cantidad dinero, decidió arremeter contra la recién aprobada Ley de Enjuiciamiento Civil y considerar que esta medida atentaba gravemente contra la libertad de prensa. A estas críticas se sumó también la Asociación de la Prensa de Madrid, argumentando que esta normativa constituía, en la práctica, una "ley mordaza", por lo que solicitaron del Gobierno una reforma que resolviera lo que consideraban una "anomalía". El Ministro de Justicia accedió a esta petición e impulsó una modificación legislativa en el sentido anteriormente apuntado impidiendo que pueda acordarse la ejecución provisional frente a las condenas en derivadas de este tipo de asuntos.

Es evidente que el legislador del año 2000, que es el mismo que acordó la reforma a la que hemos hecho referencia, en ningún momento pretendió introducir medida alguna tendente a limitar o menoscabar el derecho a la libertad de expresión. Según se dijo entonces, su único propósito fue intentar garantizar el derecho de las numerosas pequeñas y medianas empresas que podrían verse obligadas a cerrar ante la falta de instrumentos eficaces para reducir la morosidad mediante el cobro de sus créditos ante los tribunales. En este sentido, es verdad que hay ciertos aspectos de esta nueva normativa que podrían haberse mejorado. Sin embargo, no lo es menos el que, dadas las características de este tipo de procesos, el resultado final es difícil de predecir pero como lo puede ser en el resto de los supuestos sometidos a la jurisdicción; de ahí que limitar el derecho de un determinado grupo de acreedores, formado la mayoría de las veces por sujetos de relevancia pública que demandan, en defensa de su derecho al honor, intimidad personal y propia imagen, no permitiéndoles que puedan dirigirse de forma provisional contra el patrimonio de las empresas periodísticas para hacer frente al pago de las indemni-

zaciones a que han sido condenados, no es la mejor ni la más adecuada de las soluciones y muestra en este caso la subordinación de la legislación procesal a los intereses políticos.

Hay que tener en cuenta un dato fundamental, y es que la incidencia que puede tener esta medida en las empresas periodísticas no es menor que la que pueden tener en otros ámbitos. La libertad de expresión es un bien que debe recibir todo el amparo que sea necesario, pero si lo que pretendían es disponer de una norma que les asegurase la inmunidad frente a este novedoso sistema, desde luego tienen la reforma adecuada; tras ellas pueden venir también otras que, pretextando la defensa de otros bienes o intereses, podrían igualmente esgrimir el mismo derecho a exigir que se les exonere de la aplicación de esta normativa.

III. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. CONTENIDO DE LA SOLICITUD DE EJECUCIÓN PROVISIONAL.

Solicitud.

La ejecución provisional, al igual que sucede con la ejecución definitiva, está sometida al principio de justicia rogada. Se puede instar de varias maneras; si la sentencia cuya ejecución se pretende ha sido dictada por el tribunal que la hubiera pronunciado en primera instancia es suficiente con que el ejecutante la pida a través de una sencilla solicitud en la que deberá limitarse a la petición de que se despache la ejecución, identificando la sentencia cuya ejecución se pretenda; la razón es lógica si se piensa que el destinatario de la misma no puede ser otro que el mismo tribunal que ostenta la competencia funcional para la ejecución(art. 534 LEC). En los demás casos, deberá instarse a través de una demanda planteada con las formalidades y con requisitos establecidos para estos casos y en donde el solicitante debería expresar el objeto en que la misma consista en relación con la tutela adjudicada, sobre todo tratándose de condenas no pecuniarias ya que, en relación con este tipo de obligaciones, la ley atribuye al condenado el derecho a oponerse en atención a la naturaleza de las actuaciones ejecutivas solicitadas por el acreedor.

En cuanto a la legitimación activa, la ley se la reconoce a cualquiera que haya obtenido un pronunciamiento a su favor; no habría inconveniente en admitir que también el apelante tuviera la posibilidad de solicitar la ejecución provisional, lo que únicamente podría suceder en los supuestos de estimación parcial de la demanda, pues podría ser de su interés proceder a la ejecución del contenido de las prestaciones declaradas en la sentencia. Sin embargo, este supuesto no define en realidad una hipótesis típica de ejecución provisional sino que comparte los elementos esenciales de una ejecución definitiva ya que, por aplicación de la prohibición de la *reformatio in peius*, los contenidos de la sentencia impugnada, en tanto no medie adhesión, son inatacables, por

haber sido consentidos y, en consecuencia, susceptibles de ejecución, cosa que no ocurrirá si se entabla una apelación por ambas partes o el apelado se adhiere a la apelación.

Por lo que se refiere al momento para solicitar la ejecución provisional, la ley no fija plazo alguno ya que no está sometida a término. En tanto no se haya resuelto el recurso, puede ser instada en cualquier momento. La ejecución provisional cabe solicitarla desde la notificación de la resolución por la que tenga por preparado el recurso, o bien desde aquél en que se haya dado traslado del escrito del apelado adhiriéndose al recurso y, por supuesto, siempre antes de que haya recaído sentencia en éste. Por lo tanto, la ejecución provisional se encuentra sometida a la condición de que haya mediado recurso y perdura hasta que no haya recaído sentencia en la instancia en la que se haya interpuesto. En relación con esto, la ley contempla dos hipótesis: si la ejecución se ha instado antes de que se hubieran remitido los autos al tribunal que vaya a conocer de la apelación, corresponderá al secretario judicial expedir, antes de elevar los autos originales al tribunal superior, el testimonio de lo que sea necesario para la ejecución. Por el contrario, cuando la ejecución haya sido solicitada después, una vez que el órgano *a quo* hubiera remitido ya los autos al órgano que vaya a conocer de la apelación, la ley exige que, previamente a la solicitud, el ejecutante obtenga dicho testimonio, el cual deberá, además, acompañarse al escrito mediante el cual se solicita la ejecución. Y la misma prescripción remite la ley a las normas que rigen el recurso de apelación(art. 463 LEC).

El procedimiento para la ejecución de la sentencia en segunda instancia es sustancialmente idéntico al que acabamos de referirnos y sigue los mismos trámites; ni siquiera la competencia funcional sufre variaciones: sigue estando atribuida al órgano que hubiera dictado la sentencia en primera instancia. La única especialidad consiste en que sobre el ejecutante recae la carga de solicitar los testimonios y las certificaciones que correspondan, bien del tribunal que haya dictado la sentencia impugnada o, en caso de que éste haya ya remitido los autos, al órgano que vaya a conocer del recurso.

Resolución.

Como hemos indicado al principio, solicitada la ejecución provisional, el juez viene obligado a concederla salvo que entienda que, por la naturaleza de los pronunciamientos que contiene la sentencia, no es ejecutable. El juez en esta fase procesal no puede efectuar ningún tipo de valoración prospectiva acerca de cuestiones que están exclusivamente reservadas al ejecutado. Contra el auto que deniegue la ejecución provisional se puede interponer recurso de apelación, el cual, por expresa disposición legal, deberá tener carácter preferente al objeto de que el recurso contra este auto sea resuelto antes que la apelación principal. No tendría ningún sentido que ambas apelaciones fueran resueltas al mismo tiempo; contra la resolución que conceda la ejecución

provisional no se dará recurso alguno, sin perjuicio del derecho que asiste al condenado a oponerse a la misma.

IV. OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL.

Causas específicas.

Una de las características que mejor definen el modelo implantado por la ley en esta materia consiste en que las causas de oposición están sometidas a una disciplina muy estricta; eso significa que el ejecutado viene obligado necesariamente a fundar su oposición en los motivos expresamente previstos en ella; además, la solicitud de oposición no suspende el proceso de ejecución, el cual sigue adelante hasta que aquélla sea resuelta. La ley procura así garantizar, al menos hasta donde sea posible, la inmediata ejecutabilidad de los pronunciamientos declarados en la sentencia. Además, debido a la propia naturaleza de esta ejecución, y a pesar de la precariedad de la resolución dictada, estas causas están concebidas exclusivamente en función del resultado final; lo único que la ley tiene en cuenta a estos efectos son las consecuencias que en su día puede ocasionar la eventual revocación de la sentencia apelada.

El legislador ha sido consciente de la trascendencia que este sistema entraña. No hay más que fijarse en las consideraciones contenidas en la Exposición de Motivos de la LEC para percatarse de que se trata de un riesgo calculado. Por eso, al margen de las reflexiones de orden sociológico que los redactores de la ley hayan podido tener en cuenta, lo verdaderamente decisivo, de cara a la efectividad del sistema, es saber con qué medios cuenta el ejecutado para lograr evitar que los daños ocasionados por la revocación tengan la menor incidencia posible en la esfera patrimonial del condenado en la instancia. Para ello, la ley acude al criterio general de la irreversibilidad o no de la ejecución, ya sea en su integridad o ya afecte a actuaciones ejecutivas concretas, tal como sucede por ejemplo en las condenas dinerarias: eso quiere decir que, supuesta la eficacia ejecutiva de la resolución de la que inicialmente se parte, la oposición sólo prosperaría si el ejecutado consigue acreditar la existencia de motivos racionalmente suficientes como para pensar que la situación resultante de la ejecución llegara a ser irreversible.

La ley introduce de forma alternativa otro criterio que puede resultar de enorme utilidad y que tiene por objeto pronosticar si el ejecutante está o no en condiciones de hacer frente a los daños y perjuicios que se originarían si la sentencia fuese revocada con ocasión del recurso interpuesto. Esto supone, tal como ha puesto de relieve la doctrina más autorizada, centrar el debate procesal sobre la solvencia del ejecutante(Caballol Angelats); de modo que si existieran fundadas sospechas de que el ejecutante no será capaz de hacer frente a su obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por este motivo, el juez podría estar entonces autorizado a denegar la ejecución provisional.

Por lo que se refiere a las causas de oposición, nos referiremos primeramente a todos aquellos supuestos en los que el ejecutado entienda que la sentencia carece de eficacia ejecutiva. Así pues, podrá oponerse si considera que la sentencia no contiene pronunciamiento alguno de condena en favor de quien la solicite o cuando se trate de una sentencia de las comprendidas en alguno de los casos a los que nos hemos referido anteriormente. En el supuesto de que acoja la oposición fundada en esta causa, el órgano jurisdiccional deberá dictar un auto declarando no haber lugar a que prosiga la ejecución, ordenando que se alcen los embargos, trabas y medidas de garantía que pudiesen haberse adoptado, si es que se ha podido adoptar alguna. Mas si la sentencia contuviese una obligación de condena no dineraria, el ejecutado podrá, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, fundar su oposición en la *imposibilidad* o *extrema dificultad* de restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o bien en la *imposibilidad* de indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados por la revocación de la sentencia impugnada, siendo indiferente que esta *imposibilidad* o *extrema dificultad* sea de carácter material o simplemente jurídica. Hay que tener presente que funcionalmente la ejecución provisional constituye un medida anticipatoria de los efectos de una eventual sentencia definitiva y, por ese motivo, hay determinadas sentencias que, aun cuando gocen de eficacia ejecutiva, en ningún caso pueden ser susceptibles de ejecutarse de forma interina, tal como ocurriría por ejemplo con las condenas consistentes en la publicación de la sentencia en un medio de comunicación o las que condenan al lanzamiento o desposesión de la vivienda que constituya el domicilio del demandado. En estos casos, la suspensión de la ejecución provisional debe ir precedida de la constitución de la correspondiente fianza.

En consecuencia, tratándose de ejecuciones no dinerarias, esto es, de aquellas cuyo contenido suponga el cumplimiento de una obligación que consista en una prestación de hacer, no hacer o entregar cosa determinada, las posibilidades de restitución son mucho menores, pues las conductas objeto de la condena muchas veces son esencialmente insustituibles, razón por la cual la ley utiliza como criterio subsidiario el de la imposibilidad de compensar. Si la obligación es ejecutable provisionalmente, habrá que tener en cuenta entonces si el ejecutante está en condiciones de resarcir al ejecutado de los daños y perjuicios que ocasione la eventual revocación de la sentencia. No obstante, si el ejecutado fundara su oposición alegando la *imposibilidad* o *extrema dificultad* de restaurar, puede no obstante el juez autorizar la ejecución provisional si el ejecutante ofrece fianza para responder de los perjuicios que la misma pueda ocasionar. Esta posibilidad tiene por finalidad esencial favorecer el cumplimiento específico de las condenas no dinerarias en el supuesto de que considere que puede llegar a prosperar la causa alegada por el ejecutado. Entiéndase bien que eso no quiere decir que la ley esté trasladando al ejecutante la obligación de afianzar, sino que se trata de un medio alternativo dispuesto en favor del ejecutante al objeto de favorecer el ejercicio de su derecho y siempre que el juez considere que las razones del ejecutado tienen un adecuado nivel

de verosimilitud. A cambio, el ejecutante adquiere, mediante esta contracautela (que la ley configura de forma facultativa y no como presupuesto esencial para que la oposición prospere), el compromiso formal de restaurar o de indemnizar en caso de revocación y, de esta manera, asegurar el cumplimiento específico de la misma.

Los efectos de la estimación de la oposición se encuentran expresamente previstos en la ley, de modo que si se estimara la causa alegada, el juez procederá inmediatamente a suspender la ejecución despachada; lo mismo ocurrirá cuando el ejecutante no ofrezca fianza. No obstante, la ley refuerza el derecho del acreedor, obligando al juez, bien a mantener la vigencia de los embargos y medidas de garantía adoptadas, o bien a adoptar otras diferentes, por lo que nada excluye que puedan acordarse cuantos medios sean precisos para asegurar las futuras responsabilidades en caso de que la sentencia no pueda ser ejecutada en los términos en los que ha sido dictada.

Causas asimilables a la ejecución definitiva por motivos de fondo.

La reforma de la Ley 13/2009, de 13 de noviembre, ha introducido dos nuevos motivos de oposición que figuraban anteriormente reguladas entre las causas de oposición a la ejecución definitiva. Conviene recordar que gran parte de la normativa aplicable al proceso de ejecución está condicionada por la desaparición del juicio sumario ejecutivo; de ahí que al refundir en un mismo procedimiento el antiguo juicio ejecutivo y las normas del proceso de ejecución, el legislador decidió mantener ciertas causas de oposición a fin de ampliar las posibilidades defensivas del deudor, las cuales serían aplicables tanto a la ejecución de títulos judiciales (sentencias) como no judiciales(acuerdos, transacciones, etc.); esto dio lugar a un curioso y artificial debate acerca de si las causas de oposición a la ejecución definitiva eran aplicables a la provisional. Por eso, la doctrina más autorizada negó que pudiera admitirse esta posibilidad dado que no parecía razonable admitir como causas de oposición lo que pueden constituir el fundamento del recurso interpuesto[Garberí Llobregat].

A pesar de ello, la reforma de 2009, ha decidido trasladar a las normas reguladoras de la ejecución provisional dos de las causas de oposición que estaban previstas para ejecución definitiva; de ahí que, a partir de ahora, se faculta al deudor y, por lo tanto, a quien ha decidido interponer el recurso, oponerse a la ejecución provisional alegando el *pago* o el *cumplimiento* de lo ordenado en la sentencia o, en su caso, haciendo valer la existencia de *pactos* o *transacciones que se hubieran convenido en el proceso para evitar la ejecución provisional*. Hay que saber que uno de estos dos motivos de oposición podría, como se ha dicho, dejar perfectamente al proceso sin objeto(el pago o cumplimiento), y el otro, que más bien podría estar pensado para la ejecución de títulos no judiciales, acentúa de forma alarmante el carácter dispositivo de la ejecución provisional ya que su eficacia presupone la existencia de un acuerdo previo;

pero debe quedar claro que la viabilidad de estos dos motivos de oposición solo se explica ante hechos que extingan, excluyan o, en su caso, suspendan la ejecución ya despachada(como una especie de acuerdo de "stand still"), pues de lo contrario el mantenimiento de la situación de litispendencia que surge como consecuencia del recurso interpuesto plantearía muchos interrogantes en relación con destino la acción ejercitada.

Aunque coincidimos con Montero Aroca en que no tiene mucho sentido que el ejecutado, que es quien precisamente ha recurrido la sentencia, pague o cumpla mientras sostiene el recurso, y menos aun que en estas condiciones llegue durante el proceso a un acuerdo con el recurrente para evitar la ejecución provisional, lo cierto es que no es descartable el que, una vez despachada la ejecución provisional, decida evitarse las molestias de la ejecución y pagar o cumplir con la prestación a que viene obligado por la sentencia quedando a resultas de la decisión que definitivamente se adopte. El pago o el cumplimiento o, en su caso, el eventual pacto que hayan podido alcanzar las partes para evitar la ejecución provisional, *lite pendente*, constituyen hipótesis difícilmente imaginables pero no descartables y en modo alguno tendrían por qué tener efectos claudicantes respecto del recurso interpuesto toda vez que la estimación de la oposición sólo puede tener como consecuencia el dejar sin efecto la ejecución despachada.

V. OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE CONDENAS DINERARIAS.

A) Motivos de oposición.

La oposición a la ejecución provisional de la sentencia de condena dineraria presenta tal número de dificultades que prácticamente se convierte en ilusoria. La particularidad más importante reside en el hecho de que el ejecutado no puede oponerse a la ejecución en su conjunto, sino únicamente a actuaciones ejecutivas concretas del proceso de ejecución, siempre que entienda que dichas actuaciones son susceptibles de causar una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente en caso de revocación. La *imposibilidad de restaurar* o de *compensar* ha de ir referida a actuaciones concretas del proceso de ejecución, lo que reduce notablemente las posibilidades de éxito de la oposición. En realidad, lo determinante no es verificar si procede acordar la ejecución provisional sino comprobar hasta dónde debe llegar la ejecución, es decir, el alcance de la misma. Las consecuencias procesales de la estimación de este motivo de oposición afectan únicamente a la concreta actividad ejecutiva sobre la que recae la oposición, de manera que no produce el efecto de suspender todo el proceso de ejecución, el cual deberá continuar su curso respecto de los actos que no hayan sido objeto de impugnación.

El legislador, consciente seguramente de esta situación, impone al ejecutado el deber de proponer, al formular la oposición, alternativamente otras medidas que puedan sustituir a las que haya considerado que son imposibles de compensar o de restaurar mediante el resarcimiento de daños y perjuicios; así mismo viene obligado a ofrecer caución suficiente para responder a la demora en la ejecución si dichas medidas no fuesen aceptadas y el pronunciamiento de condena fuese posteriormente confirmado. El ejecutado, si su intención fuera la de oponerse a la realización de una actividad concreta propia del proceso de ejecución por considerar que, de acordarse, su práctica le causaría un daño difícilmente reparable, debe, en primer lugar, comprometerse a sustituir dichas medidas por otras que no provoquen situaciones similares a las que causaría la actuación o medida a la que pretende oponerse. En segundo lugar, prestar fianza bastante para responder por la demora producida durante el tiempo que estará paralizada la ejecución si estas medidas no fueran finalmente aceptadas y la condena fuese posteriormente confirmada, con lo que se consigue así garantizar suficientemente el derecho del acreedor, pero sin que ello suponga un riesgo que pueda ser determinante de un daño imposible de restaurar o de compensar económicamente.

En ningún caso procederá la oposición a la ejecución, y así lo decretará de inmediato el secretario judicial, si el ejecutado no indica qué medidas alternativas se propone adoptar, ni se ofrece a prestar caución para responder de la demora que esta situación pudiera provocar. Por el contrario, si formulara oposición en el plazo previsto y con arreglo a los requisitos anteriormente mencionados, el tribunal deberá darle curso y ordenar el traslado al ejecutante para que efectúe las alegaciones que considere oportunas. A la vista de ello, podrá mostrar su conformidad con las medidas propuestas si considera que son igualmente idóneas para asegurar la eficacia de la ejecución o, por el contrario, su disconformidad, si las considera insuficientes.

Hay que resaltar por otra parte que la fianza a la que se alude es de naturaleza resarcitoria y, por lo tanto, tiene por objeto compensar los daños ocasionados con motivo de la oposición para el caso de que el juez decidiera no aceptar las medidas propuestas por el ejecutado, lo que significaría, rectamente interpretado, que en este caso la oposición es susceptible de provocar la suspensión de la medida que se pretende reemplazar en tanto ésta se resuelve, ya que, de otro modo, no tendría sentido que aquél viniera obligado a prestarla, toda vez que esta fianza en modo alguno constituye una alternativa a las medidas propuestas. El juez podrá estimar la oposición si considera posibles y de eficacia similar las actuaciones o las medidas propuestas por el ejecutado, por lo que no se entiende muy bien la razón por la cual la ley también permite al juez estimar la oposición del ejecutado si, habiendo éste ofrecido caución, aprecie que concurre en el caso una absoluta imposibilidad de restaurar la situación anterior o de compensar mediante ulterior resarcimiento de daños y perjuicios para la hipótesis que sea revocada la condena. Habrá que entender que esta última solución procederá en el supuesto de que, no siendo posible la

sustitución de una medida por otra de características similares, objetivamente la situación a la que inicialmente se haya opuesto el ejecutado sea imposible de restaurar o de compensar, lo cual, como podrá comprenderse, es independiente del hecho de que se haya prestado o no la fianza ya que, dada la finalidad de la misma, éste es un requisito irrelevante a estos efectos.

B) Sustanciación de la oposición.

La ley carece de una regulación detallada acerca de la forma en que ha de sustanciarse la oposición; simplemente alude a que del escrito de oposición así como de los documentos que acompañen se de traslado tanto al ejecutante como a las demás partes personadas a fin de que efectúen las alegaciones que estimen convenientes. Por consiguiente, la ejecución provisional habrá de entenderse con aquellos sujetos que ostentan la cualidad de parte en el proceso principal ya que todos ellos ostentan dicha cualidad desde el mismo momento en que han comparecido como tales. La segunda de las cuestiones guarda relación con el plazo que dispone el juez para resolver la pretensión deducida por el ejecutante cuando se haya formulado oposición. La ley no lo establece, lo cual, teniendo en cuenta que la solicitud de oposición carece de efectos suspensivos, puede resultar enormemente perturbador si la decisión sobre esta cuestión se retrasase. En cualquier caso, esta resolución deberá adoptar forma de auto, frente al cual no cabe recurso alguno. Al no estar expresamente previsto, el Tribunal Constitucional, ha exigido en este caso que la decisión relativa a la condena en costas que pueda adoptar el juez, en el supuesto de que se haya estimado algún motivo de oposición venga debidamente motivada, pues de lo contrario sería contraria al derecho a la tutela judicial efectiva(STC 120/2007).

VI. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN CASO DE CONDENAS DINERARIAS.

La ley no excluye que el ejecutado pueda obtener la paralización total del proceso de ejecución. En el caso de la ejecución de condenas dinerarias, le concede la posibilidad de obtener la suspensión de la ejecución si pone a disposición las cantidades a las que hubiere sido condenado. Si fuera así, el secretario judicial debería suspender la ejecución provisional de los pronunciamientos de condena al pago de cantidades de dinero líquidas en cuanto el ejecutado ponga a disposición del Juzgado, para su entrega al ejecutante la cantidad a la que hubiere sido condenado, más los intereses correspondientes y las costas por los que se despachó ejecución. Liquidados aquéllos y tasadas éstas, el secretario judicial responsable de la ejecución provisional decidirá sobre la continuación o, en su caso, el archivo de la ejecución. Por lo tanto, para que esto ocurra es preciso que se den dos condiciones. En primer lugar, que la cantidad

de la condena sea líquida, ya que, en caso contrario, no podrá el ejecutado proceder a la consignación de la misma y, en segundo lugar, consignado el principal, el juzgado deberá proceder previamente a la liquidación de los intereses y las costas, y cuando estas cantidades hayan sido satisfechas, decidir sobre el archivo o no de la ejecución. En todo caso, es claro que no estamos ante un archivo definitivo; terminado el proceso, deberá procederse a la liquidación final del resto de las cantidades que aún no hayan sido devengadas.

VII. EFECTOS DE LA REVOCACIÓN DE LA SENTENCIA.

Como se ha visto, el fundamento de la ejecución provisional se sustenta sobre la base de un principio orientado a garantizar que el ejecutado no quede desprotegido por la actividad ejecutiva dirigida en su contra. Consecuentemente, la ley ha articulado todo un conjunto de medidas que tienen por objeto asegurar el derecho del ejecutado a ser reintegrado de los daños y perjuicios causados como consecuencia de la revocación de la sentencia impugnada. Por una parte, la ley se ocupa de los efectos de la revocación de las sentencias dinerarias, distinguiendo a su vez dos hipótesis, según la revocación sea total o parcial. Así, si la revocación fuera total, la ley ordena al secretario judicial que sobresea la ejecución provisional. A partir de ese momento el ejecutante deberá devolver la cantidad que en su caso hubiere percibido, y reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho así como resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiere ocasionado. Mayores problemas plantean los supuestos de revocación parcial, pues en este caso se debería proceder a compensar las cantidades objeto de la condena; de este modo, el ejecutante tan sólo tendrá obligación de devolver la diferencia entre las cantidades percibidas y las que resulten de la condena con el incremento que se calcule de aplicar a dicha diferencia el tipo de interés legal del dinero.

Si la sentencia revocada fuese aún susceptible de recurso, la percepción de las cantidades a las que se ha hecho referencia, podrá ser exigida por la vía de apremio, la cual se sustanciará ante el mismo órgano ante el que se hubiera sustanciado la ejecución provisional, liquidando los daños y perjuicios. No obstante, dado que posiblemente todavía estemos ante una ejecución de naturaleza provisional, ya que la sentencia probablemente aun no haya adquirido firmeza, el ejecutado (antes ejecutante) podrá oponerse a esta ejecución conforme a las causas establecidas en la ley. Los efectos de la revocación en las sentencias no dinerarias se rigen por los mismos principios que si se tratase de una condena dineraria, si bien su objeto variaría en función de su contenido. Así, si la resolución que se hubiera revocado hubiese condenado a la entrega de un bien determinado, se procederá a restituir el mismo al ejecutado, en el concepto en que lo hubiera tenido, más las rentas, frutos o productos, o el valor pecuniario de la utilización del bien. Si por cualquier razón la restitu-

ción resultara imposible, el ejecutado tendrá derecho a reclamar una indemnización por los daños y perjuicios causados. Si la resolución que se hubiera revocado contuviese una obligación de hacer y éste hubiese sido realizado, el ejecutado podrá pedir que se deshaga lo hecho y que se indemnicen los daños y perjuicios causados, los cuales se liquidarán, aun cuando la ley guarde silencio sobre este aspecto, también con arreglo al procedimiento previsto a tal efecto. Y si la sentencia fuese susceptible de un ulterior recurso, la restitución de la cosa, la destrucción de lo mal hecho o la exacción de daños y perjuicios, se podrá llevar a efecto mediante los mismos trámites y ante el mismo órgano que haya sustanciado la provisional, y al igual que en el supuesto anterior, el obligado a restituir, deshacer o indemnizar podrá oponerse a la ejecución haciendo uso de las causas previstas en la ley para este supuesto.

VIII. EFECTOS DE LA CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.

Como indicamos al principio, la ejecución provisional no altera el régimen procesal de la ejecución despachada, la cual ha de llevarse a efecto siguiendo las mismas reglas establecidas para la definitiva. A este respecto, en caso de que la sentencia haya sido confirmada, la ley distingue varios supuestos ya que si la sentencia dictada en segunda instancia no fuera susceptible de recurso o no se recurriere, la ejecución, salvo desistimiento, seguirá adelante como definitiva. Por lo tanto, una vez firme, la ejecución convierte la ejecución provisional en definitiva. En cambio, si la sentencia fuese aun susceptible de ser impugnada mediante otro tipo de recurso, la ejecución seguirá manteniendo el mismo carácter y continuará su curso si aun no hubiera terminado, salvo desistimiento expreso del ejecutante; y si como consecuencia del recurso interpuesto, la sentencia dictada en segunda instancia contuviera algún pronunciamiento a favor del ejecutado, éste estaría en condiciones de solicitar la ejecución provisional de aquélla con lo que en este caso coexistirían, si no media la compensación para el caso de revocación parcial, dos ejecuciones provisionales, cuya existencia quedaría condicionada a lo que resultara del recurso finalmente interpuesto.

IX. BALANCE DE UNA REFORMA.

En afortunada expresión de Prieto-Castro, "no es consustancial a la jurisdicción acertar a la primera". El derecho a la doble instancia, tal como fue configurado tras la revolución francesa, se concedió en atención al grado de desconfianza existente hacia los tribunales inferiores y no para garantizar un mayor acierto de la decisión. Ahora bien, es verdad que si aquella desconfianza pudo estar justificada históricamente, hoy desde luego no debiera servir

para fundamentar una técnica legislativa dirigida a dificultar la ejecución provisional de las resoluciones que todavía no han adquirido firmeza, salvo que el legislador parta de la base de que el condenado siempre recurre con la única finalidad de retrasar la ejecución de la misma. No obstante, y a pesar de los bienintencionados propósitos del legislador en esta materia, hay suficientes indicios como para concluir que, de momento, y tras diez años de vigencia, la solución acogida no está dando los resultados apetecidos y confirma de nuevo las enormes dificultades para encontrar un sistema que, no sólo se encuentre articulado procesalmente, sino que responda a las exigencias adecuadas a la finalidad para la que está dispuesta.

Además, el pretendido reforzamiento de la posición procesal del actor no es tal si la ejecución provisional no pasa de ser un mecanismo procesal que se lleva a cabo "a riesgo y ventura" del ejecutante. Como indicamos al principio, la ley, seguramente sin saberlo, ha configurado el derecho a pedir la ejecución provisional como una suerte de acto de disposición del derecho declarado provisionalmente en la sentencia del que surge, como contrapartida, el correlativo derecho a reintegrarse en caso de revocación. Sustituir la anterior exigencia, que obligaba a ejecutante a constituir previamente una fianza, por el reconocimiento de un título que viene a reconocer al ejecutado el derecho a verse reintegrado de los perjuicios que la fallida ejecución le ha provocado, no altera en lo sustancial el régimen de la ejecución; invertir las condiciones en que se desenvuelve la ejecución no transforma la inmediata ejecutabilidad de las sentencias dictadas en primera instancia en una acción meramente filantrópica, por mucho que la ley proclamen enfáticamente el derecho a obtener de manera provisional la ejecución de la sentencia dictada.

Por eso, si nos atreviéramos a atribuir credibilidad a determinados indicadores estadísticos según los cuales treinta y tres de cada cien sentencias dictadas en primera instancia son revocadas, posiblemente esta circunstancia no obligaría al favorecido por la sentencia de primera grado a ser extremadamente cauto a la hora de hacer valer su derecho. Sabemos que el mejor instrumento para evitar la utilización de los recursos con ánimo exclusivamente dilatorio es establecer mecanismos que garanticen una respuesta rápida frente al recurso interpuesto. El legislador, que en este aspecto dio muestras de una gran sinceridad a la hora de justificar los motivos de la reforma, consideró que el sistema se fundamentaba en "una decidida opción por la confianza en la Administración de Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia". Por eso, la eficacia de este sistema depende en gran medida del grado de fiabilidad que tengan las sentencias dictadas en el primer grado jurisdiccional, pero la precariedad que caracteriza a la sentencia sometida a recurso quizás no aconseje obrar en estos momentos de otra manera.

A todos estos inconvenientes, se suman otros que se entrecruzan de forma sobrevenida y que, en la práctica, están condicionando su ejercicio; quizás el más llamativo sea el relativo al pago de costas. Por supuesto, considerar que puede haber una eventual condena en costas en la hipótesis de que se denie-

gue la ejecución provisional, en modo alguno debiera constituir un elemento determinante para disuadir a quienes tienen una sentencia a su favor. Como hemos indicado la denegación sólo puede venir motivada por razones procesales y no por razones de fondo. Evidentemente, esta cuestión no se hubiera planteado si la ley hubiera reconocido de una forma más explícita el principio general de la inmediata ejecutabilidad de las sentencias dictadas en primera instancia porque, de haberse hecho así, nadie habría cuestionado si quien solicita la ejecución al amparo en una norma debe ser o no ser condenado en costas. Sin embargo, tal como se ha articulado parece como si la ejecución provisional estuviese sometida a un criterio diferente, salvo que se tenga conciencia de que la ejecución provisional es ejecución y, en consecuencia, que la única posibilidad que tiene el ejecutado es ejercer su derecho a oponerse o, en su caso, obtener la suspensión de la misma. Por eso, dados los motivos que el ejecutado puede esgrimir, el que prospere una causa de oposición no debe, a nuestro entender, tener trascendencia y, por lo tanto, no tendría que acarrear sanción alguna ni por supuesto constituir inconveniente para ejercer sin miedo alguno el derecho que reconoce la ley.

EL PROCESO DE EJECUCIÓN EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA DE 2000 Y EN EL CÓDIGO MODELO:

¿QUÉ DEBERÍAMOS MÓDIFICAR?

Manuel Ortells Ramos[1]

I. PRELIMINARES

Los coordinadores de esta publicación nos han pedido que moderemos la extensión. De ahí que este trabajo, sin llegar a ser telegráfico, ahorrará amplios desarrollos, sin dejar de tocar los temas clave del proceso de ejecución civil en dos textos paradigmáticos, de naturaleza ciertamente diferente. Espero que, a pesar de esa contención, continúe teniendo utilidad.

Utilizaré las siguientes siglas y abreviaturas con el significado que se indica también a continuación: LECiv (Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000), LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial), LHMPSD (Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión), LH (Ley Hipotecaria).

II. LAS LÍNEAS GENERALES DEL PROCESO DE EJECUCIÓN EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA DE 2000

1. Esquema de las principales etapas de los procesos de ejecución por obligaciones dinerarias, de dar, hacer o no hacer

El desarrollo procedimental es, en parte, común a cualquier proceso de ejecución. En parte, es diferente en atención a la clase de prestación que impone el título ejecutivo: hay un procedimiento de ejecución por prestaciones dinerarias (Título IV del Libro III LECiv; aunque con especialidades en caso de ejecución limitada a bienes hipotecados o pignorados, Cap. V Tít. IV LECiv);

1 Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València (Estudi General de Valencia). España

hay procedimientos de ejecución por prestaciones no dinerarias, que se regulan en dependencia del objeto de la prestación (Título V, Libro III LECiv).

A) Regulación común

La ejecución se inicia previa petición en forma de demanda, aunque esta forma se simplifica (simple solicitud de que se despache ejecución, identificando el título) para la ejecución de títulos que han sido formados en dentro de un proceso de declaración dirigido por el tribunal que también sea competente para la ejecución.

Con la demanda ejecutiva se presenta el título ejecutivo, se determinan ejecutante y ejecutado, se pide una tutela ejecutiva específica, concretando, dentro del alcance y límites del título, la prestación de la que se pide ejecución y pidiendo actos ejecutivos determinados entre los previstos por la ley para el deber de prestación que impone el título.

Respecto de la demanda ejecutiva el tribunal resuelve mediante auto, que puede tener diferentes sentidos: no emisión del despacho de ejecución –por abstención de emitirlo por falta de competencia (art. 546.1 LECiv) o por denegación del despacho al no cumplirse sus presupuestos (art. 552 LECiv)– o de emisión del despacho de ejecución (art. 553 LECiv).

El auto de despacho, con copia de la demanda ejecutiva, deben ser notificados al ejecutado (art. 553.2 LECiv), pero esta comunicación no es citación, ni emplazamiento, porque no invita, ni impone ninguna actividad procesal del ejecutado; sólo le informa de la pendencia del proceso, por si tiene interés en personarse. Entre otras cosas, para formular oposición a la ejecución, con el alcance que se tratará en el apartado II.7.

B) Ejecución por prestaciones dinerarias

Es adecuada si el título ejecutivo impone un deber de pago de dinero. Esa imposición puede ser, como dice el artículo 571 LECiv, directa o indirecta. Es directa si el título establece una prestación dineraria líquida o liquidable según un procedimiento legal diferente al proceso de declaración adecuado según las reglas generales. Es indirecta si el título ejecutivo establece una prestación no dineraria pero, por circunstancias legalmente previstas en el desarrollo de su ejecución, debe procederse a la ejecución dineraria.

El procedimiento para la ejecución por prestaciones dinerarias consta de los siguientes actos: 1) Embargo ejecutivo, mediante el cual son afectados o vinculados a la ejecución derechos determinados del patrimonio del ejecutado, para que sobre ellos puedan recaer válidamente los actos subsiguientes del procedimiento ejecutivo. 2) Realización forzosa de los bienes embargados, como actividad destinada a la obtención del valor de esos bienes. Esta actividad no es necesaria si el embargo recayó sobre dinero o sobre bienes y derechos inmediatamente transformables en dinero (art. 634 LECiv). En otro

caso la ley establece tres medios para la obtención del valor: la venta forzosa, la adjudicación del bien al ejecutante y la administración del bien por el ejecutante para obtener los rendimientos de su producción. 3) Pago al ejecutante.

C) Ejecución por los títulos que imponen una prestación de entregar cosas muebles determinadas

Se regula, principalmente, en el artículo 701 LECiv, y consiste en un requerimiento de entrega con fijación de plazo; si no tiene éxito, en la realización de actos destinados a la entrega de la posesión (que incluyen actos de averiguación del paradero de la cosa y de transferencia de la posesión de la misma). En su caso, se procede a dejar constancia registral de la titularidad resultante del título ejecutivo. En caso de imposibilidad de entrega de la cosa mueble, la actividad ejecutiva se reconduce al procedimiento de ejecución dineraria.

D) Ejecución de título que impone un deber de entrega de cierta cantidad de cosas muebles pertenecientes a un género

Si el ejecutado no realiza la entrega en el plazo fijado en el requerimiento ordenado en el despacho de ejecución, el ejecutante puede optar entre tres modalidades de actividad ejecutiva (art. 702 LECiv): Entrega forzosa de las cosas si se hallan en el patrimonio del ejecutado, adquisición a costa del ejecutado para la posterior entrega al ejecutante y ejecución por el equivalente dinerario.

E) Ejecución por entrega de inmuebles

La actividad ejecutiva está regulada en los artículos 703 y 704 LECiv. Consiste en: 1) Requerimiento para el cumplimiento, en cierto plazo, de lo dispuesto en el título, con regla especial en caso de que el inmueble esté destinado a vivienda (garantía legal de mayor plazo). 2) Actos dirigidos a la entrega de la posesión, en especial, los actos de desalojo o lanzamiento de personas. 3) Actividades para adecuar el Registro de la Propiedad a lo establecido en el título ejecutivo. 4) Actividades complementarias relativas a aspectos accesorios de la entrega de la posesión. Por fin, se regula La imposibilidad de ejecución en los propios términos del título ejecutivo y la procedencia de la ejecución por el equivalente dinerario de la prestación

F) Ejecución por prestaciones de hacer

Su regulación está principalmente contenida en los artículos 705 al 709 LECiv. Consiste, en todo caso, en un requerimiento de cumplimiento del título ejecutivo en sus propios términos; si no tiene éxito y existe disposición expresa del título ejecutivo para esa eventualidad, se procede de acuerdo con

ella. Si no hay tal previsión, ha de determinarse el carácter no personalísimo o personalísimo de la prestación de hacer, porque la actividad ejecutiva es distinta.

Si el hacer no es personalísimo, la actividad ejecutiva puede consistir, a elección del ejecutante, en el encargo del hacer a un tercero, con ejecución dineraria por el coste sobre el patrimonio del ejecutado, o en la ejecución dineraria sobre el patrimonio del ejecutado por el importe de los daños y perjuicios y por el equivalente dinerario de la prestación. También se procede del segundo modo si la prestación de hacer ha devenido imposible.

Si el hacer es personalísimo, hay coacción al cumplimiento de la prestación por el ejecutado mediante multas coercitivas mensuales, requerimientos trimestrales, por un año como máximo. Finalizado el período sin cumplimiento de la prestación, la ley permite que el ejecutante elija entre unas medidas no legalmente definidas o la liquidación del equivalente dinerario de la prestación debida con ejecución dineraria e imposición de una multa única. En caso de imposibilidad del hacer personalísimo procede la ejecución dineraria subsidiaria, sin multas.

G) Ejecución de títulos que imponen emitir una declaración de voluntad

Es regulada por el art. 708 LECiv con especialidades respecto de la ejecución por prestaciones de hacer personalísimo. Si el título permite constatar que la voluntad ha sido previamente declarada sobre los elementos esenciales del negocio al que se refiere el título ejecutivo, el tribunal realiza los actos formalmente necesarios para la eficacia de esa voluntad. Hay potestades judiciales de integración del contenido negocial que no suelen afectar a los elementos esenciales del negocio. Si no existen la voluntad previamente declarada, ni potestades judiciales de integración, se determina el equivalente dinerario y se ejecuta por el procedimiento adecuado al mismo.

H) Ejecución de títulos que imponen una prestación de no hacer

Está regida por el artículo 710 LECiv. En cuanto a la iniciación de la ejecución, a diferencia de los títulos que imponen otra clase de prestaciones, no basta con la existencia del título y con el transcurso del plazo del artículo 548 LECiv (veinte días desde la notificación de la resolución que impone la prestación) para que pueda ser despachada, sino que se requiere una conducta de incumplimiento. Las actividades ejecutivas dependen de las modalidades de la prestación de no hacer impuesta por el título ejecutivo y del modo de infracción: si la infracción del deber de no hacer produce resultados permanentes y se pide por el ejecutante (art. 549.1.2º LECiv) el auto que acuerde despachar ejecución ordenará que se requiera al ejecutado para deshacer lo mal hecho; si la conducta infractora del título es susceptible de repetición, el ejecutante podrá pedir que en el requerimiento de no reiterar la conducta se haga constar

un expreso apercibimiento de iniciación de persecución penal (art. 710.1, párr. 1º). Si las conductas infractoras del título ejecutivo son reiterables y la ley formula una especial previsión en este sentido, el ejecutante puede obtener que en el despacho de ejecución se decreten unos medios de carácter preventivo consistentes en privar al ejecutado, definitiva o temporalmente, de aquellos elementos instrumentales que necesita y de los que se sirve para perpetrar la conducta infractora. En todo caso, si la conducta del ejecutado ha producido resultados parcial o totalmente irreversibles, se calcula el equivalente dinerario de la prestación incumplida y se procede para su ejecución.

2. Fecha de vigencia del proceso de ejecución en España. Innovaciones en los últimos 10 años

La Ley 1/2000, de 7 de enero, por la que se aprobó la Ley de Enjuiciamiento Civil fue promulgada el 8 de enero de 2000 y entró en vigor, tras un año de *vacatio*, el 8 de enero de 2001. Aunque esa ley asumió parcialmente ordenaciones anteriores del régimen ordinario de la ejecución, introdujo importantes novedades en el proceso de ejecución civil y lo reordenó en su conjunto, de modo que puede decirse que la fecha de vigencia del mismo se sitúa en la entrada en vigor de la LEC/2000.

La regulación de LEC/2000 no experimentó hasta 2009 reformas de importancia. No obstante, deben reseñarse dos que denotan cierta inestabilidad normativa respecto de un instrumento ejecutivo que la LEC/2000 estableció por vez primera en el proceso civil español: las multas sobre el ejecutado para forzar su voluntad al cumplimiento. LEC/2000 optó por la técnica de las multas coercitivas, de las que es acreedor el Tesoro Público, y no por las astricciones, de las que es acreedor el ejecutante, y acotó los supuestos en los que podían ser impuestas.

Poco antes de que se cumplieran dos años de la promulgación de la LEC 2000, la nueva Ley de Marcas (17/2001, de 7 de diciembre) estableció, en su art. 44 que "cuando se condene a la cesación de los actos de violación de una marca, el Tribunal fijará una indemnización de cuantía determinada no inferior a 600 euros por día transcurrido hasta que se produzca la cesación efectiva de la violación. El importe de esta indemnización y el día a partir del cual surgirá la obligación de indemnizar se fijará en ejecución de sentencia". Esta disposición regula indudablemente *astreintes* y se aplica para forzar el cumplimiento sostenido de un deber de abstención (lo que no está previsto claramente en el régimen de LEC).

Aun no había pasado un año desde la ley que se acaba de mencionar, cuando la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de consumidores y usuarios, añadió al art. 711 LEC un segundo apartado, según el cual "La sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de consumidores

y usuarios impondrá, sin embargo, una multa que oscilará entre seiscientos y sesenta mil euros, por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado. Dicha multa deberá ser ingresada en el Tesoro Público". Coincide con LEC/2000 en la multa como crédito de Derecho público, pero de nuevo diverge de aquélla en la posibilidad de aplicar multas con la finalidad de forzar al condenado a respetar la prohibición que le ha impuesto la sentencia.

El 4 de noviembre de 2009 se promulgó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial. Su incidencia sobre la ejecución civil la consideraremos en el punto II.14, porque, si bien la reforma legal ya ha sido promulgada, la entrada en vigor está demorada a mayo de 2010 y ni siquiera en ese momento y en meses inmediatos habrá datos para apreciar su incidencia como Derecho vigente. Por esas razones estimo más apropiado examinarla como proyecto de reforma.

3. Títulos de ejecución diferentes a sentencia de condena firme. Presupuestos previos necesarios para habilitar el proceso de ejecución. Diferencias de trámite, según título. Ampliación –*lege ferenda*- de títulos diferentes a sentencia

Junto al título ejecutivo de sentencia de condena firme –y dejando fuera de consideración los títulos ejecutivos extranjeros y los formados en el ámbito de la Unión Europea- hay muchos otros que clasificaremos distinguiendo, por un lado, títulos judiciales y arbitrales, y, por otro, títulos que no tienen ninguna de esas dos calidades. Este criterio de clasificación se justifica, precisamente, por ciertas especialidades en el régimen de la ejecución de los títulos no judiciales, ni arbitrales, que veremos al final de este punto.

A) Títulos ejecutivos diferentes a la sentencia firme de condena

a) Títulos ejecutivos judiciales y arbitrales

La ley establece una serie de ellos, que clasificamos en los tres grupos siguientes:

1º) Títulos consistentes en una resolución judicial que declara la existencia de un deber de prestación e impone su cumplimiento: Sentencia de condena no firme, sentencia firme revocatoria de sentencia ejecutada provisionalmente, auto que acoge un allanamiento parcial, auto que aprueba la tasación de costas, auto que fija las indemnizaciones debidas al testigo por la parte que lo propuso, auto que determina una cantidad como provisión de fondos al procurador (representante procesal profesional cuya intervención es, por regla general, preceptiva), autos que condenen a indemnizar daños y perjuicios cau-

sados a la parte que hubiera sufrido una medida cautelar posteriormente alzada, auto denominado "de cuantía máxima" que delimita la indemnización cubierta por el seguro obligatorio de vehículos de motor.

2º) Títulos consistentes en determinadas actuaciones judiciales de las que resulta la constancia de un deber de prestación, pero que no son resoluciones que lo declaran e imponen: Transacción judicial, acta de avenencia en acto de conciliación preprocesal en determinados supuestos, actos y omisiones de actos que componen los títulos ejecutivos en los procesos de estructura monitoria (requerimiento válido de pago e inactividad del requerido dentro del plazo legal).

3º) Títulos de origen arbitral: Laudos o resoluciones arbitrales que impongan un deber de prestación.

b) Títulos ejecutivos no judiciales, ni arbitrales

Son los siguientes:

1º) Títulos consistentes en la constitución de una deuda ante notario (art. 517.2.4º y5º LECiv): Copia de escritura pública expedida con el expreso carácter de copia ejecutiva, póliza de contrato mercantil intervenida por notario. Esta clase de título ejecutivo es la más importante y la más frecuente entre los títulos ejecutivos no judiciales.

2º) Títulos consistentes en actos de personas privadas significativos de la constitución y existencia de una deuda, en los que la intervención de fedatario público para constatar la constitución, titularidad y objeto de la deuda, no es tan decisiva como en los títulos del apartado anterior: Documentos representativos de deuda emitidos con la técnica de talonario (art. 517.2.6º LECiv), documento acreditativo de la constancia contable de derechos sobre deuda art. 517.2.7º LECiv), dictamen pericial sobre el importe de la indemnización por hecho cubierto por el seguro obligatorio de vehículos de motor (art. 517.2.9º LECiv), póliza de contrato de seguro respecto de la primera prima o de la prima única.

B) Especialidades de la ejecución de los títulos no judiciales, ni arbitrales

En caso de títulos no judiciales ni arbitrales, la ejecución presenta especialidades. Como regla general y seleccionando las más importantes, las especialidades son las siguientes:

1ª) Según el art. 520 LECiv algunos títulos no judiciales ni arbitrales sólo son ejecutivos respecto de prestaciones pecuniarias; los otros títulos de esta clase tienen esta misma limitación por la norma que los tipifica específicamente. Esto tiene una matizada excepción: si la obligación incorporada al título es de entrega de "cosa o especie computable en dinero" (art. 520.1.3º LECiv) también existe título eje-

cutivo, aunque no puede pretenderse ejecutivamente la entrega de esas cosas (por ejemplo, la de un número de acciones en las que, según las condiciones de la emisión, se han convertido las obligaciones emitidas por la sociedad anónima), sino la ejecución por su valor en dinero, para lo cual, con la demanda ejecutiva, han de acompañarse los documentos acreditativos del cómputo (art. 550.1.3º LECiv). Además, la cuantía de la obligación dineraria ha de ser superior a trescientos euros, aunque ese mínimo necesario puede conseguirse por la adición de varios títulos.

2ª) Existen operaciones crediticias pactadas en forma documental pública en las que la fijación de la deuda resultante no puede, estrictamente, ser revestida de esa misma forma documental, porque la deuda deriva de una serie de actos cuya certeza no le consta al fedatario público. El notario no podría dar fe, por ejemplo, de las disposiciones y abonos en la cuenta corriente abierta en favor del ejecutado, operaciones de las que también depende la aplicación de intereses y la determinación del saldo final. Los artículos 572.2 y 573 LECiv –con antecedentes próximos en el art. 1435 LECiv, respecto del cual se desestimó una cuestión de inconstitucionalidad por la STC 14/1992, de 10 de febrero- posibilitan una liquidación del saldo, a efectos del acceso a la ejecución, sin necesidad de que el saldo sea aceptado por el deudor, ni de una previa actividad declarativa jurisdiccional. Para ello es necesario que en el título ejecutivo se haya pactado que "la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo". La operación técnica de aplicación de la cláusula de liquidación ha de respetar las garantías establecidas en el artículo 573 LECiv, cuyo cumplimiento deberá ser documentalmente acreditado para que el título ejecutivo se considere completo.

3ª) Trámites previos al despacho de ejecución. Dado que los títulos están formados sin necesidad de previa exigencia de pago, que sirva de advertencia al deudor de la posterior iniciación de la actividad ejecutiva (a diferencia de lo que ocurre si los títulos son judiciales o arbitrales), se establece que se requiera al deudor para el pago del principal y de los intereses devengados. El requerimiento puede ser extrajudicial (por vía notarial, realizado con un mínimo de diez días de antelación a la presentación de la demanda ejecutiva -art. 581.2 LECiv-; acreditada su realización sin éxito con la demanda de ejecución, implica que las decisiones respecto del embargo contenidas en el despacho de ejecución deberán ser cumplidas sin demora) y, en su defecto, judicial (se realizará como primer acto siguiente al despacho de ejecución, sin concesión de nuevo plazo de pago -art. 581.1 LECiv: "y si no pagase en el acto, el tribunal procederá al embargo"-,

pero con la consecuencia de diferir la eficacia de las decisiones del despacho de ejecución relativas al embargo al momento en que el requerimiento se practique sin éxito).

4ª) La amplitud de la defensa del ejecutado en la oposición a la ejecución (arts. 556, 557 LECiv), de la que se tratará en el punto II.7.

C) Ampliación –lege ferenda- de los títulos diferentes a sentencia firme

Personalmente no juzgo necesaria una ampliación de los títulos ejecutivos. No obstante tiene interés apuntar dos consideraciones acerca de la creación de títulos ejecutivos no judiciales, ni arbitrales, en Derecho español.

1ª) A diferencia de la ejecutividad de los títulos judiciales, que forma parte del núcleo del derecho a la tutela judicial efectiva, el establecimiento del acceso a la ejecución sin previa declaración jurisdiccional corresponde a la libertad de configuración normativa del legislador ordinario, quien la ejercerá de acuerdo con los criterios de política jurídica que estime oportunos.

Esto no supone que la decisión que el legislador adopte en esta materia no se halle sujeta a diversas exigencias constitucionales.

De modo muy genérico ha de tenerse en cuenta la advertencia de que "la ley, si quiere seguir siéndolo y no desvirtuarse por irracionalidad, no puede convertir en título ejecutivo cualquier objeto y ni siquiera cualquier documento" (De La Oliva). El establecimiento de títulos ejecutivos completamente absurdos podría contradecir la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

Más específicamente al legislador le vincula el principio de igualdad, en cuanto igualdad en la ley, en el sentido de que no puede conceder el acceso directo a la ejecución con criterios que, por carecer de una justificación objetiva y razonable, sean discriminatorios respecto de personas o entidades que se hallen en las mismas condiciones objetivas para instar directamente la ejecución. El Tribunal Constitucional ha hecho aplicación de este criterio en dos casos (STC 128/1994, que declaró inconstitucional la ejecución hipotecaria especial a favor del Banco Hipotecario de España; STC 14/1992, de 10 febrero, que no estimó inconstitucional un modo de liquidación de deudas dinerarias necesario para acceder a la ejecución, que sólo podían practicar las entidades de crédito, lo que el TC no consideró contrario al principio de igualdad por la justificación objetiva de la mayor garantía que ofrecían estas entidades, sujetas a riguroso control por los poderes públicos).

2ª) El establecimiento de un título ejecutivo es materia reservada a ley y, para crearlo, ésta debe utilizar la técnica de la tipificación. En efecto, sólo son títulos ejecutivos aquellos que la ley determina, bien sea en la relación de los mismos sistemáticamente contenida en el artículo 517.2.1º al 8º LECiv, bien en otra disposición legal que establezca que ciertas resoluciones judiciales o ciertos documentos "llevan

aparejada ejecución" (art. 517.2.9º LECiv). La norma que establece la eficacia procesal ejecutiva no es, por ejemplo, del siguiente tenor: "serán ejecutivos los derechos cuya certeza conste (o cuya certeza conste suficientemente)". Es, más bien, una norma que fija o describe diversos componentes, conectándoles aquella eficacia. La labor del tribunal al aplicarla no consiste en apreciar si el derecho y el correspondiente deber de prestación resultan o no suficientemente ciertos, sino en cotejar lo que se presenta ante él con los tipos legales de título ejecutivo. Esta tipificación cumple una función de garantía. Para el ejecutante, al que asegura, de entrada, la obtención de tutela sin previa discusión sobre la existencia del derecho. Para el ejecutado, al que asegura que sólo en determinados supuestos legales quedará sujeto a la potestad jurisdiccional ejecutiva.

4. Previsión legal de ejecuciones extrajudiciales en Derecho español

La cuestión sobre si, en Derecho español, hay previsión legal de ejecuciones extrajudiciales, va seguida de otras dos acerca de si existe previsión, dentro de la ejecución judicial, de realización de los bienes muebles o inmuebles en forma privada, así como sobre el tema –mucho más radical- de si la ejecución forzada es de naturaleza jurisdiccional, administrativa o privada.

Estimo que son cuestiones relacionadas. Es conveniente precisar, antes de dar respuesta, qué sentido tiene cada una para el autor de este trabajo.

La cuestión sobre la previsión de ejecuciones extrajudiciales versa, en mi opinión, sobre si la decisión de ejecutar y la actividad de hacerlo corresponden, en Derecho español y en algún supuesto, legítimamente a personas privadas.

Antes de responder, deben hacerse dos matices:

1º) "Extrajudicial" es tanto actividad privada, como actividad de una administración pública. No obstante aquí no nos extenderemos sobre el segundo significado. En Derecho español existe ampliamente la ejecución administrativa, pero no para títulos ejecutivos en los que consten deberes de prestación de naturaleza jurídico-privada, sino para los actos administrativos –y los deberes de prestación que los mismos impongan-, que las administraciones públicas tienen potestad de ejecutar por sí mismas, sin necesidad de instar la ejecución ante los tribunales (arts. 93 al 95 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas).

2º) Una ejecución no deja de ser "extrajudicial" por el hecho de que, en alguna circunstancia, el "ejecutante" precise acudir a los tribunales para superar determinados impedimentos a su acción legítima, ni –como es más frecuente en la regulación- por que el "ejecutado" pueda acudir a los tribunales para impedir una actividad ejecutiva que no se esté realizando con arreglo a Derecho.

En Derecho español están previstas ejecuciones "extrajudiciales", en el sentido de privadas, en los siguientes supuestos:

1º) Venta extrajudicial del bien inmueble hipotecado. En efecto, el nuevo artículo 129 LH prevé que "en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de Notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario". El pacto de este modo de realización en la escritura de hipoteca debe extenderse a la fijación del valor de la finca como tipo para la subasta, de un domicilio para los requerimientos y notificaciones y al apoderamiento de una persona para que otorgue la escritura de transmisión del inmueble al eventual adjudicatario. El deudor puede acudir al procedimiento declarativo común de oposición y obtener, si hay fundamento, diversas medidas cautelares respecto de la realización extrajudicial (suspensión del procedimiento, retención de la cantidad que deba entregarse al acreedor, anotación preventiva de demanda).

2º) Realización extrajudicial de la hipoteca mobiliaria (sobre bienes muebles identificables, inscribibles y efectivamente inscritos, así como su gravamen, en el Registro de Bienes Muebles), si consta en la escritura de hipoteca el tipo de subasta y el apoderamiento a persona para que otorgue la escritura de transmisión al adjudicatario.

3º) El procedimiento de realización extrajudicial de la prenda común está previsto en el artículo 1872 CC ("El acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder por ante Notario a la enajenación de la prenda. Esta enajenación habrá de hacerse precisamente en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y, si tampoco diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este caso estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito"), y el de la prenda sin desplazamiento de la posesión en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión (procedimiento similar al de la prenda común, aunque previamente el acreedor ha de obtener que el propietario de la cosa pignorada le entregue la posesión, sin que el notario tenga potestad para forzar esa entrega).

Algunas sentencias del TS consideraron que el denominado procedimiento extrajudicial para la realización de los bienes hipotecados era contrario a la exclusiva atribución a los órganos jurisdiccionales de la potestad de ejecutar lo juzgado reconocida por el artículo 117.3 CE. En mi opinión, esta tesis es errónea puesto que el notario –cuya intervención es necesaria en calidad de fedatario público, como en otros supuestos similares de obtención del valor

de bienes del deudor sin actuación judicial (arts. 1872 CC, 16.2 Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 13 de julio de 1998)- no ejerce ninguna potestad de ejecución, ninguna coerción ni jurídica ni material sobre el patrimonio del deudor. La coerción que supondría el embargo es suplida por la voluntaria constitución de la hipoteca. La que significaría la adjudicación al mejor postor en la subasta se evita también porque, al constituirse la hipoteca, ha sido designada una persona para que, de ser necesario, otorgue la escritura en nombre del hipotecante.

Para terminar este punto debe advertirse que estas actividades ejecutivas están limitadas a los bienes hipotecados o pignorados. Si el acreedor no consigue satisfacer su crédito completamente ha de instar ejecución ordinaria por obligaciones dinerarias (para lo que tiene título) y, en la misma, solicitar el embargo de otros bienes suficientes para la completa satisfacción de su derecho de crédito.

5. Previsión legal de realización de los bienes muebles o inmuebles en forma privada dentro de la ejecución judicial en Derecho español

Entiendo que esta cuestión se refiere a si, dentro de una ejecución dirigida por un juez, una parte de la actividad ejecutiva por obligaciones dinerarias puede ser realizada por personas (físicas o jurídicas) privadas.

La respuesta es afirmativa, aunque limitadamente a los supuestos y con los requisitos que se indican a continuación.

A) Venta en mercados secundarios de valores o a través de fedatario público

Tratándose de acciones y otras formas de participación sociales, en función de que coticen o no, el artículo 635 LECiv distingue entre:

a) Acciones, obligaciones y otros valores admitidos a negociación en mercado secundario, así como bienes que coticen en cualquier mercado reglado o pueda acceder a un mercado con precio oficial, que se enajenarán con arreglo a las leyes que rigen los citados mercados (art. 635.1 LECiv).
b) Acciones o participaciones societarias de cualquier clase, que no coticen en Bolsa, que se realizarán atendiendo a las disposiciones estatutarias y legales sobre enajenación de las acciones o participaciones y, en especial, a los derechos de adquisición preferente, esto es, a falta de disposiciones especiales, a través de Notario (art. 635.2 LECiv).

Propiamente no se trata de realización en forma privada, porque interviene, bien una administración pública independiente (como la Comisión Nacional del Mercado de Valores) o un fedatario público (el notario), pero sí que es cierto que ninguno de los dos se halla en relación de dependencia con el órgano jurisdiccional que dirige la ejecución.

B) Realización mediante convenio

Ejecutante, ejecutado y cualquiera que acredite un interés directo en la ejecución tienen la posibilidad de pedir al tribunal que convoque una comparecencia con la finalidad de convenir el modo de realización más eficaz de los bienes del ejecutado. Su objeto será generalmente la realización para obtención del valor en cambio, pero también puede serlo otros modos de satisfacción del ejecutante (por ejemplo, una administración para pago, adjudicación directa al ejecutante, dación en pago, pago por tercero, permuta de bienes, etc.).

El convenio requiere la voluntad expresa de ejecutante y ejecutado (art. 640.3 LECiv) y aprobación judicial mediante auto, que está condicionada a que no pueda causar perjuicio a terceros cuyos derechos proteja la ley, salvo que incluya la conformidad de los afectados. Los acreedores y terceros poseedores que hubieran anotado o inscrito sus derechos en el Registro correspondiente incluso con posterioridad al gravamen que se ejecuta, son considerados afectados, por lo que será necesaria su conformidad.

La aprobación del acuerdo produce la suspensión de la actividad ejecutiva realizada por los medios de realización ordinarios (subasta, adjudicación y administración forzosas) que resulten incompatibles. El cumplimiento del convenio deberá ser acreditado, y tendrá como efecto, en caso de que se haya obtenido la satisfacción completa del ejecutante, el fin de la ejecución (art. 570 LECiv); si la satisfacción es parcial, se sobreseerá la ejecución respecto del bien afectado por el convenio se refiriese (art. 640.4 LECiv). El incumplimiento dentro del plazo pactado o cualquier causa que haya impedido la satisfacción del ejecutante en los términos convenidos, permitirá a éste pedir que se alce la suspensión de la ejecución y que ésta continúe con aplicación de los medios de realización ordinarios.

C) Realización a través de persona o entidad especializada

La LECiv, siguiendo la línea iniciada por la Ley de Procedimiento Laboral (art. 261.1 a) LPL), introduce la posibilidad de realizar el bien o los bienes a través de persona especializada y conocedora del mercado en que se compran y venden esos bienes y en quien concurran los requisitos legalmente exigidos para operar en el mercado de que se trate, así como por medio de entidad especializada pública o privada (art. 641.1 LECiv).

Para que el tribunal acuerde esta forma de realización, es necesario que lo soliciten el ejecutante o el ejecutado con consentimiento del ejecutante, que las características del bien aconsejen que se adopte esta modalidad (este concepto indeterminado puede tener muy diversas aplicaciones, pero, en la práctica, la aplicación predominante ha sido la venta de bienes inmuebles). La persona o entidad, que será designada por el tribunal, ha de tener conocimiento del mercado de los bienes afectados y cumplir los "requisitos legalmente exigidos" para llevar a cabo la actividad; si es persona o entidad privada deberá

prestar caución en la cuantía que el tribunal determine para responder del cumplimiento del encargo (art. 641.2 LECiv); deberá actuar con arreglo a las condiciones fijadas en la resolución (respecto, por ejemplo, la remuneración de sus servicios, forma y condiciones de pago del precio, precio mínimo y plazo máximo), que serán, en primer término, las acordadas por las partes y, a falta de acuerdo, las que establezca el juez, dentro de unos límites legales principalmente referidos al precio de adjudicación de los bienes.

Cuando cumpla el encargo, la persona o entidad correspondiente deberá ingresar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la cantidad obtenida, descontando gastos efectuados y la cantidad que les corresponda como retribución. El juez deberá comprobar la operación realizada y, si la aprueba, ordenará la devolución de la caución y el pago con arreglo lo previsto en el régimen de la ejecución. Si el encargo no se cumple en plazo de seis meses, o en el más breve que pudiera haberse pactado, el tribunal dictará auto revocándolo (con pérdida de la caución) o ampliándolo si hay justificación para ello. Si lo revoca, ordenará que continúe la actividad ejecutiva con los medios de realización forzosa ordinarios.

6. Naturaleza jurisdiccional, administrativa o privada de la ejecución forzada en Derecho español

Entiendo que esta cuestión se refiere a si, existente título ejecutivo, la potestad de apreciar su existencia, de decidir que se realice la actividad ejecutiva y de realizarla efectivamente, está atribuida a un órgano jurisdiccional, a una administración pública o es facultad de personas privadas.

Sobre las opciones segunda y tercera se dio información suficiente en el anterior punto II.4.

En Derecho español, y para los títulos ejecutivos que constaten un deber de prestación de naturaleza jurídico-privada, la ejecución tiene naturaleza jurisdiccional, en el sentido de que debe ser un órgano jurisdiccional el que, como mínimo, compruebe la existencia del título ejecutivo, su eficacia objetiva (prestación que debe ser ejecutada) y subjetiva (personas en cuyo favor debe decretarse la ejecución y que concretamente deben ser sujetas a la misma) y ordene que se realice la ejecución. Hasta la entrada en vigor de una reciente reforma, aprobada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, el juez tenía, además, la potestad de realizar la mayor parte de los actos para el cumplimiento completo de lo ordenado en el despacho de ejecución, aunque, como es obvio, con el auxilio del personal no jurisdiccional al servicio del tribunal y con la colaboración de diversas personas y entidades no vinculadas a los tribunales (notarios, registradores públicos, órganos gestores de mercados de valores, depositarios de bienes, etc.). La reforma mencionada ha modificado la anterior atribución de potestades con un alcance que veremos en el punto II.14.

Ahora, sin embargo, ya puede decirse que la regla constitucional de atribución exclusiva a los órganos jurisdiccionales de la potestad de ejecución se formula en el art. 117.3 CE (según el cual forma parte de la potestad jurisdiccional, exclusiva de los tribunales, "hacer ejecutar lo juzgado") de un modo que deja al legislador ordinario un ámbito de configuración normativa bastante amplio. En efecto, la disposición no dice que la potestad jurisdiccional –exclusivamente atribuida- consista en ejecutar lo juzgado, sino en hacerlo ejecutar. Esto facilita entender que, desde el punto de vista constitucional, tan legítima es una ejecución por medios de subrogación –en la que, si la naturaleza del deber de prestación lo permite, el órgano jurisdiccional sustituye la acción del ejecutado sobre su patrimonio para satisfacer el derecho del ejecutante-, como una ejecución por medios de coacción –en la que el órgano jurisdiccional tiene instrumentos para presionar legitima y efectivamente al ejecutado para que realice la prestación-; así como también da cobertura a un régimen legal de la ejecución en el que no sea el juez quien deba realizar directamente los actos ejecutivos, siempre que conserve la potestad de ordenar que esos actos se realicen e instrumentos para hacer efectiva esta orden suya.

7. Oportunidades de defensa (alegación y prueba) del ejecutado en Derecho español: contenido y limitación de las mismas

A) Oposición por defectos procesales en incidente del proceso de ejecución

Esta oposición, cuyo régimen es el mismo para toda clase de títulos ejecutivos, puede fundarse en las siguientes causas:

1ª) Falta de competencia del tribunal, cuya estimación comporta la indicación del tribunal competente o la remisión de las actuaciones al mismo.

2ª) Todas aquellas cuestiones que el tribunal pudo y debió examinar para resolver sobre el despacho de ejecución. La diferencia radica en que el tribunal, si hay oposición, examina estas cuestiones considerando también las alegaciones y aportaciones documentales del ejecutado, lo que aumenta la expectativa de una resolución favorable a este último. Esas cuestiones son las siguientes:

   a) Capacidades para ser parte y de actuación procesal del ejecutante, la representación voluntaria del mismo si actúa de ese modo, la capacidad de postulación –integración por abogado y procurador– y su legitimación activa –según el título o, en su caso, la resolución que extiende la legitimación activa para la ejecución (art. 519 LECiv) o los documentos u otras pruebas que demuestren la condición de sucesor en el título–.

   b) Capacidad para ser parte del ejecutado y su legitimación pasiva –según el título o, en su caso, según los documentos demostrativos de la extensión de la responsabilidad en los

supuestos legales en que procede o según los documentos u otras pruebas que demuestren su condición de sucesor en la obligación–.

c) Caducidad de la acción ejecutiva fundada en títulos judiciales y arbitrales (art. 518 LECiv).

d) Cumplimiento, por los documentos presentados, de todos los requisitos legales para llevar aparejada ejecución (art. 559.1.3º LECiv). Esto impone examinar la apariencia externa o formal del documento o documentos aportados como título ejecutivo; también si el documento o documentos, atendido su contenido, son expresivos, representativos o significativos del conjunto de elementos a los que la ley vincula la eficacia ejecutiva (lo que requiere del tribunal una tarea de calificación jurídica sobre el documento o documentos aportados), para concluir que se halla ante algo correspondiente a un tipo legal de título ejecutivo; en fin, aunque es dudoso, apreciar si el acto o el negocio jurídico documentados están afectados por una causa de inexistencia o de nulidad en sentido estricto.

El acto de oposición es escrito, con la carga de acompañar al mismo los documentos relevantes para el examen de las causas de oposición, porque la ley no prevé para los defectos procesales otra clase de medios de acreditamiento. Su presentación no da lugar a la suspensión de la ejecución, pero si el ejecutado consigna la cantidad por la que se ha despachado la ejecución se suspende la práctica del embargo (arts. 585-586 LECiv), y, con ello, la de los actos subsiguientes al mismo. Si el tribunal considera que el defecto existe y es insubsanable, estimará la oposición, dejará sin efecto los actos ejecutivos realizados e impondrá las costas al ejecutante. Lo mismo hará si, siendo subsanable el defecto, no se hubiera subsanado en plazo.

B) Oposición por motivos de fondo en incidente del proceso de ejecución

La oposición por motivos de fondo posibilita poner en cuestión si existe y subsiste el deber de prestación que consta en el título, pero no en atención a lo que dice el título, sino en consideración de un cierto estado de hechos, al que son aplicables ciertas normas de Derecho privado, de lo que deriva que un derecho y correspondiente deber sea tenido por constituido y no extinguido.

Esto explica por qué las causas en que puede fundarse esta oposición son diferentes según los títulos sean jurisdiccionales o no jurisdiccionales.

En el primer caso, la cosa juzgada da cobertura a la existencia y subsistencia del derecho y deber de prestación, de modo que debe excluirse un nuevo enjuiciamiento de esos temas (art. 222.1 LECiv), salvo que la subsistencia del derecho y deber sea cuestionable en virtud de hechos posteriores a la completa preclusión de alegaciones en el proceso declarativo (art. 222.2, párr. 2º LECiv).

Si los títulos no son jurisdiccionales, la cuestión de la existencia y subsistencia del derecho y deber se halla completamente abierta. Tema diferente es el de qué aspectos de esa cuestión permite la ley que se traten en el incidente de oposición y qué otros habrán de ser hechos valer en un proceso declarativo separado.

La ley limita la oposición no sólo mediante la determinación tasada de las causas en que puede fundarse, sino también, adicionalmente, por restricción de los medios de prueba admisibles respecto de las cuestiones de hecho que pueda suscitar la verificación de una causa de oposición. Ambas limitaciones demuestran que nos hallamos ante un incidente declarativo de naturaleza sumaria.

a) Causas de oposición en caso de títulos jurisdiccionales y arbitrales en general, con excepción del título judicial denominado auto de cuantía máxima que tiene régimen especial

En el incidente de oposición sólo pueden hacerse valer las siguientes causas:

1ª) Pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia (u otra resolución, o en el acuerdo o transacción judicial, en las actuaciones del procedimiento de estructura monitoria, o en el laudo arbitral). Esta causa sólo puede ser probada mediante prueba documental.

2ª) Caducidad de la acción ejecutiva del artículo 518 LECiv. Ya indiqué antes que me parecía más correcto considerar esta causa como defecto procesal.

3ª) Pactos y transacciones para evitar la ejecución. Esta causa sólo puede ser probada mediante prueba documental pública que recoja los correspondientes convenios.

La oposición por estas causas no suspende la actividad ejecutiva (art. 556.2 LECiv). No obstante, si el ejecutado consigna la cantidad por la que se ha despachado ejecución, se suspende la práctica del embargo (arts. 585-586 LECiv).

b) Causas de oposición en caso de títulos no judiciales, ni arbitrales

1ª) Pago. Su prueba está limitada al medio documental.

2ª) Compensación de crédito líquido resultante de documento con fuerza ejecutiva. Propiamente no cabe hablar de una limitación probatoria, sino de ejercicio procesal de la facultad de compensación que, al producirse en un proceso de ejecución, sólo puede fundarse en crédito que conste también en título ejecutivo.

3ª) Pluspetición o exceso de computación a metálico de deudas en especie (lo segundo se refiere a los casos en que el título ejecutivo establezca la deuda con arreglo al art. 520.1.3ª LECiv). Estas causas no tienen limitación de medios de prueba.

4ª) Prescripción y caducidad, referidos al derecho y correspondiente deber de prestación. No tiene limitación de medios de prueba.
5ª) Quita, espera o pacto o promesa de no pedir. La prueba está limitada al medio documental.
6ª) Transacción. Su prueba está limitada a la documental pública.

La oposición fundada en estas causas tiene eficacia suspensiva de la ejecución (art. 557.2 LECiv), hasta que sea desestimada (pero aunque la resolución no sea firme: art. 561.3, párr. 1º LECiv). Hay regla especial sobre la suspensión en caso de pluspetición o exceso en la computación a metálico de las deudas en especie. Esta causa de oposición sólo suspende la ejecución si el ejecutado pone a disposición del tribunal, para su inmediata entrega al ejecutante, la cantidad que considere debida.

d) Procedimiento y efectos de la resolución

El acto de oposición es escrito, ha de formularse en plazo de diez días desde la notificación del auto de despacho. A él deben acompañarse los documentos procesales y los materiales que prueben las causas alegadas; también deberá proponerse la prueba pericial admisible en algunos casos.

Según el resultado del enjuiciamiento de las causas de oposición, son posibles tres clases de pronunciamientos principales, que comportan correspondientes pronunciamientos accesorios:

1º) Si la causa o causas de oposición se estiman completamente infundadas, se desestimará la oposición y se ordenará que continúe la ejecución si se hubiera suspendido. Las costas del incidente se impondrán al ejecutado (art. 561.1.1ª LECiv).
2º) Si la causa o causas de oposición que el tribunal estima fundadas implican sólo una negación parcial del deber de prestación por el que se ha despachado ejecución, el auto limitará el alcance objetivo del despacho de ejecución en correspondencia con la oposición estimada.
3º) Si la causa de oposición que se estima fundada implica la negación total del deber de prestación por el que se despachó ejecución, se declarará improcedente la ejecución, se alzarán las medidas ejecutivas y se acordará la "restitutio in integrum" en favor del ejecutado, con costas del incidente al ejecutante (art. 561.2 LECiv).

C) Impugnación, en proceso declarativo separado, del título ejecutivo o de la ejecución iniciada con base en el mismo

Punto de partida de esta posibilidad de oposición es el artículo 564 LECiv, según el cual: "Si, después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial,

se produjesen hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante, la eficacia jurídica de aquellos hechos o actos podrá hacerse valer en el proceso que corresponda".

El precepto se refiere expresamente al modo de dar eficacia contra la ejecución, a hechos y actos determinantes de la extinción o modificación del deber de prestación que consta en el título, no cubiertos por la cosa juzgada de un previo proceso declarativo, pero no admisibles como causas del incidente de oposición a la ejecución, sea por plantear una cuestión no subsumible en esas causas, sea por necesitar de unos medios de prueba no admisibles en el incidente. Pero también debe ser admisible hacer valer en el declarativo lo que el ejecutado, pudiendo hacerlo, no alegó en el incidente e, incluso, lo que alegó y le fue desestimado, porque, como advertimos, la resolución sobre estas cuestiones se ha dictado "a los solos efectos de la ejecución" (art. 561.1 LECiv), por tanto sin efectos de cosa juzgada.

El cauce procesal para hacer valer la eficacia de estos hechos y actos será el proceso declarativo que corresponda por la cuantía (art. 248.3 LECiv). La demanda de este proceso puede presentarse antes de que se inicie la ejecución –porque ya existe un título ejecutivo, que constata un deber de prestación que, según el que puede ser ejecutado, ya no subsiste–, durante la ejecución y después de la terminación de ésta. La presentación de la demanda no produce por si sola ningún efecto suspensivo sobre la ejecución, pero puede intentarse obtener la suspensión con arreglo al régimen general de las medidas cautelares. El Tribunal Constitucional no consideró contrario al derecho a la tutela judicial efectiva que la ejecución de una sentencia dictada en proceso sumario posesorio fuera suspendida por una medida cautelar adoptada en el proceso plenario (STC 210/1993, de 28 de junio).

8. Mecanismos sancionatorios de la inconducta procesal (mala fe procesal) del ejecutado y del ejecutante

Por regla general, una conducta procesal no ajustada a Derecho –así entiendo la expresión "inconducta", que es desconocida en la teoría y práctica procesal española- no tiene una consecuencia sancionatoria, aunque sí la consecuencia desfavorable de la falta de éxito de la actividad (o inactividad) procesal correspondiente en los términos previstos por la ley.

Adicionalmente a lo anterior, y en los supuestos previstos por las normas que consideraremos a continuación, pueden producirse otras consecuencias desfavorables.

A) Condena en costas

Significa que se impone a una parte procesal el deber de reembolsar a la contraria determinados gastos procesales (los más importantes cuantitativa y cualitativamente) que ha debido realizar a consecuencia de la actividad ejecutiva.

La regla general en el proceso de ejecución es la de que las costas deben ser impuestas al ejecutado (art. 539 LECiv). Además, un presupuesto del importe de esas costas debe ser tomado como referencia para determinar la suficiencia cuantitativa del embargo ejecutivo en la ejecución por prestaciones dinerarias (art. 575 LECiv).

Hay reglas especiales que rigen de otro modo la imposición de costas en específicas actuaciones e incidentes del proceso de ejecución. Así, por ejemplo, la condena en costas al ejecutante en caso de estimación de la oposición a la ejecución, que mencionamos en el anterior apartado II.7.

B) Norma general de tratamiento de la mala fe procesal

El 247 LECiv, que especifica la previsión del art. 11 de la LOPJ, dispone:

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 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".

De las dos clases de consecuencias desfavorables previstas por esta norma, se aplica con frecuencia –aunque, en mi opinión, no en estricta dependencia de la norma mencionada- la de desestimación de peticiones calificables como abuso de derecho o fraude, por ejemplo, desestimando, con aplicación de la doctrina de "levantamiento del velo de las personas jurídicas", solicitudes

destinadas a impedir el embargo de bienes determinados y tercerías de dominio destinadas a levantarlo.

La consecuencia de la multa –ésta sí claramente sancionadora- se aplica muy raramente en la práctica, según informa Picó i Junoy, "Mecanismos de control de la mala fe en la ejecución civil", en Cachón, M., Picó, J. (coordinadores), *La ejecución civil: Problemas actuales*, Atelier, Barcelona, 2008, págs. 59-60.

9. Régimen impugnativo en el proceso de ejecución: resoluciones impugnables, medios impugnativos admisibles y efectos sobre el curso de la ejecución

Los medios de impugnación en la ejecución civil en Derecho español presentan diversas modalidades. Las mencionaremos y trataremos un poco más de los recursos.

A) Modalidades de medios de impugnación en la ejecución

Son las siguientes:

a) Impugnaciones consistentes en incidentes de oposición

Ya hemos examinado la oposición a la ejecución. También están previstas las tercerías de dominio (para liberar del embargo bienes que han sido embargados, por error, como bienes del ejecutado) y de mejor derecho (para alterar la preferencia de cobro que el embargo genera en favor del ejecutante y dar preferencia a quien es titular de un crédito preferente con arreglo al Derecho material).

b) Reclamaciones contra actuaciones no consistentes en resoluciones judiciales en general

Es frecuente en la ejecución que la aplicación de la ley por el tribunal no se manifieste en resoluciones, sino en operaciones materiales o físicas u otras actuaciones (por ejemplo: relacionar unos bienes en el acto de embargo de bienes muebles –art. 624.1.1º LECiv–, poner bienes en posesión del ejecutante, empleando los apremios necesarios –arts. 701, 702 LECiv–).

Para posibilitar la impugnación de estas actuaciones –dado que, en principio, no sería posible el recurso porque no hay resolución–, el artículo 562.1.3º LECiv establece que la parte deberá presentar reclamación por escrito (sin dilación, porque la ley no fija plazo –art. 132.2 LECiv–), indicando la resolución o actuación que solicita para rectificar la infracción. Manifestación específica de esta ordenación es la comparecencia del ejecutado para denunciar la nulidad de pleno derecho del embargo de bienes inembargables (art. 609 LECiv).

c) Reclamación contra actuaciones manifestadas en diligencias de ordenación del secretario

Especialmente, si la actuación procesal impugnable se ha manifestado en un diligencia de ordenación del secretario –muy probable, por lo dispuesto en el art. 545.4 LECiv–, además de la posibilidad de revisión de oficio si el tribunal entiende que se ha invadido el ámbito de las resoluciones judiciales (art. 224.1 LECiv), las partes pueden impugnarla con arreglo a las normas de plazo y procedimiento del recurso de reposición (art. 224.2 y 3 LECiv).

d) Recursos, de los que trataremos a continuación.

B) Los recursos en la ejecución

a) El recurso de reposición

Puede interponerse contra toda resolución que se dicte en la ejecución (art. 562.1.1º LECiv), salvo que esté expresamente declarada irrecurrible, o recurrible mediante otro recurso (por ejemplo: el art. 561.3 LECiv establece un recurso de apelación directo).

En algunos supuestos este recurso es facultativamente previo al de apelación (arts. 552.2, 546.1 LECiv), lo que significa que la omisión de interponerlo no determina la firmeza de la resolución, impugnable con el otro recurso.

b) Recurso de apelación

La principal especialidad de su régimen en la ejecución, y salvo lo que luego expondré sobre el efecto suspensivo, consiste en que sólo son resoluciones apelables las que expresamente se prevean por la ley (art. 562.1.2º LECiv). A mi juicio esta remisión no está limitada a las previsiones de apelación contenidas en el Libro III de LECiv, sino a cualesquiera previsiones legales de la misma respecto de resoluciones que puedan ser dictadas en la ejecución (por ejemplo: art. 41.2 LECiv respecto del auto de suspensión por prejudicialidad penal –art. 569 LECiv–).

Además de otros supuestos más específicos de recurribilidad en apelación, la previsión más genérica es la del artículo 563 LECiv, en cuya virtud son recurribles en apelación –previa reposición– cualesquiera resoluciones que acuerden actos ejecutivos de títulos judiciales que se hallen en contradicción con el contenido del título. Sin embargo, en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales hay una orientación dirigida a argumentar la existencia de otras cláusulas generales de apelabilidad.

c) Sobre el efecto suspensivo de la reposición y de la apelación

La regla general es que estos recursos no tienen efecto suspensivo de las actividades ejecutivas que hubieran acordado las resoluciones recurridas (art. 567 LECiv).

Esta regla tiene dos excepciones de diferente amplitud:

1ª) De modo general, para cualquier título ejecutivo y cualquiera sea la infracción denunciada en el recurso, el ejecutado puede obtener la suspensión si acredita que el inmediato cumplimiento de la resolución le causa perjuicio irreparable y si constituye caución para indemnizar los perjuicios del retraso (art. 567 LECiv).

2ª) De modo especial, tratándose de títulos judiciales y siempre que el recurso (reposición y posterior apelación) se funde en que la actividad ejecutiva ordenada por la resolución es contradictoria con lo establecido por el título, se puede obtener la suspensión si, además de la anterior alegación, se constituye caución (art. 563 LECiv). Obsérvese que no hace falta acreditar un especial riesgo por quien sufre la actividad ejecutiva impugnada, sino que la suspensión pedida "se concederá" si presta la caución.

10. Medidas en Derecho español para efectivizar el resultado del proceso de ejecución (embargo general, embargos específicos, embargos *on line*, declaración de bienes y derechos ante organismos públicos, deber de manifestación de los bienes por el ejecutado, deber de colaboración de terceros en la información de bienes embargables, etc.)

Entiendo que la cuestión se refiere a la previsión, en Derecho español, de instrumentos ejecutivos idóneos para hacer real, verdadero, efectivo, el resultado del proceso de ejecución, es decir, su modo normal de terminación –la "completa satisfacción del acreedor ejecutante", como dice el art. 570 LECiv-.

Para la respuesta remito, en primer lugar, a la información sobre el régimen de la actividad ejecutiva en Derecho español que he presentado en el apartado II. 1. Ahora ampliaré esa información en algunos aspectos que me parecen más destacables.

A) Medidas aplicables en la ejecución por cualquier clase de deber de prestación

La LECiv ha previsto la imposición de multas coercitivas a terceros con el fin de que cumplan sus deberes de colaboración para el éxito de las actividades ejecutiva. La previsión tiene un alcance muy general en el art. 591.2 LEC, porque se refiere tanto al deber de informar de bienes embargables, como al de prestar otras colaboraciones para la ejecución. Tiene un alcance más específico en el art. 676.3 LEC, que dispone la imposición de estas multas para forzar, más que una colaboración positiva, que se mantenga una conducta de no impedir, ni obstaculizar las facultades del titular de la administración forzosa (cuando esta modalidad de realización forzosa haya sido acordada en la ejecución por obligaciones dinerarias).

B) Medidas aplicables en la ejecución por deberes de prestación no dineraria

La completa realización de la actividad ejecutiva de acuerdo con la ley requiere tiempo.

En la ejecución dineraria, el embargo ejecutivo, a la vez que afecta a la ejecución determinados bienes y derechos del patrimonio del ejecutado, posibilita, mediante la garantía o publicidad de esa afección, un aseguramiento de los bienes, en el sentido de evitar su destino a un fin diferente de aquél al que han sido afectados. En la ejecución no dineraria no existe un acto ejecutivo similar, pero existe la necesidad de unas medidas que eviten la frustración de la ejecución durante el tiempo necesario para que alcance su acto final. El artículo 700 LECiv regule unas medidas cautelares especiales, principalmente caracterizadas por no requiere que se acredite una concreta situación de riesgo, ni que el solicitante preste caución.

Las medidas pueden ser de dos clases: medidas destinadas a posibilitar que el título pueda ser ejecutado en sus propios términos (anotación preventiva de sentencia y cualesquiera medidas que puedan ser adoptadas como cautelares según los artículos 726 y 727 LECiv) y un embargo preventivo (especial, porque no está sujeto a los mismos presupuestos y procedimiento que para esa medida cuando se adopta al amparo del art. 727.1ª), que es la medida adecuada si lo que se persigue asegurar es una responsabilidad dineraria que pueda surgir como consecuencia de la crisis de las actividades para la ejecución en forma específica de prestaciones de dar cosa diferente a dinero, de hacer y de no hacer.

C) Medidas aplicables en la ejecución por deberes de prestación dineraria

Además de la potestad de imposición de multas coercitivas a terceros –a la que nos hemos referido en el inmediatamente precedente sub-apartado A)- están previstas regulaciones destinadas a lograr la mayor efectividad de la ejecución por esta clase de prestaciones.

a) No está previsto un embargo general, sino sólo de bienes suficientes

No puede acordarse un embargo general, sino que el embargo debe serlo de bienes suficientes para la satisfacción de la cantidad por la que la ejecución hubiera sido despachada. El requisito de la suficiencia es el resultado de una comparación entre un término cierto (la cantidad por la que se ha despachado ejecución: principal, intereses vencidos y una cantidad presupuestada para costas e intereses que puedan devengarse hasta la finalización de la ejecución) y un término inseguro (la suma que pueda obtenerse con la realización forzosa del bien a embargar). No sólo la valoración más rigurosa del bien se realiza después de su embargo (art. 657 LECiv), sino que aun entonces se desconoce la depreciación que puede producirse en la subasta (art. 670 LECiv). La apreciación de suficiencia ha de hacerse, pues, de modo aproximado. Sin superar

de modo obvio los límites de suficiencia (art. 584 LECiv), pero asegurándose de que se alcanzará ésta. En todo caso, a lo largo de la ejecución puede hacerse un ajuste más realista a la suficiencia, mediante la mejora o la reducción del embargo (art. 612 LECiv).

b) Deber del ejecutado de manifestar bienes y sanciones del mismo

El art. 589 LECiv establece un deber del ejecutado de proporcionar información de los bienes a embargar, declarando ordenadamente bienes que le pertenezcan y que sean suficientes para cubrir la cantidad por la que se ha despachado ejecución. No es necesario que declare todos sus bienes, pero si se embargan los declarados no tendrá gravamen a efectos de impugnar el embargo por infracción del orden, aduciendo que existen bienes prioritarios que no declaró. Ha de expresar las cargas y gravámenes, así como la existencia de ocupantes, si son inmuebles, porque todo esto influye en el valor de los bienes (art. 589.1 LECiv). El incumplimiento del requerimiento –por omisión de la declaración o por ser esta falsa, tardía o incompleta– puede comportar responsabilidad penal por desobediencia grave (art. 589.2 LECiv), pero sobre la misa se resuelve por el tribunal penal en el proceso correspondiente. Corresponde, en cambio, a la competencia del tribunal de la ejecución acordar la imposición de multas coercitivas para forzar el cumplimiento del deber (art. 589.3 LECiv).

c) Momento de perfeccionamiento del embargo y efectos del mismo

El embargo ejecutivo se considera jurídicamente trabado desde la declaración de afección de bienes embargables determinados, mediante (art. 587.1 LECiv) resolución judicial o mediante reseña de la descripción del bien en el acta de la diligencia de embargo (art. 624.1.1º LECiv). Desde ese momento, se producen los efectos del embargo, entre los que debo destacar los dos siguientes:

1º) Según el art. 613 LECiv, "el embargo concede al acreedor ejecutante el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la realización de los bienes embargados a fin de satisfacer el importe de la deuda que conste en el título, los intereses que procedan y las costas de la ejecución"; además, según el apartado 2 del artículo, este derecho se le confiere con preferencia procesal respecto de otros acreedores –que precisarán presentar una tercería de mejor derecho para que sea respetada la preferencia jurídico-material de su crédito-.

2º) Si un bien ya embargado es transmitido a tercero adquirente, en principio el embargo le afecta, en el sentido de que, a pesar de la transmisión y sin perjuicio de las acciones que le corresponden frente al transmitente, el bien continuará sujeto a la ejecución. No obstante, el artículo 587.2 hace la salvedad "de las normas de protección del tercero de buena fe que deban ser aplicadas". Si el tercero adquirió los bienes ignorando su calidad de embargados, hay normas que

protegen esa adquisición, lo que comporta la extinción de los efectos del embargo respecto de ese bien.

d) Garantías para la protección de los efectos del embargo trabado

La ley regula las que denominamos garantías del embargo, una de cuyas funciones es, precisamente, evitar o mitigar los problemas que derivan de la transmisión de los bienes embargados.

En efecto, desde que se produce el embargo hasta el momento en que culmina la realización forzosa de los bienes y el pago al ejecutante, transcurre un tiempo durante el cual el embargo se halla expuesto a riesgos que afectan a la permanencia de sus efectos, sea porque los bienes pueden desaparecer materialmente (por destrucción o deterioro), sea porque el paso de los mismos a manos de terceros puede dar lugar a adquisiciones de real o aparente buena fe, que dificulten o definitivamente impidan la continuación de la actividad ejecutiva sobre esos bienes. Las medidas de garantía del embargo, que son distintas según los bienes embargados (arts. 621 al 633 LECiv), no son un componente esencial para la existencia del embargo, sino que, precisamente, presuponen esa existencia y se destinan a proteger su eficacia frente a los riesgos apuntados.

La finalidad de garantía la cumplen de diversos modos, entre los que hay que resaltar el de facilitar la enervación de la buena fe de los posibles terceros adquirentes (art. 587.2 LECiv; p. ej., la anotación preventiva del embargo de un inmueble en el Registro de la Propiedad, impide que el que lo adquirió con posterioridad alegue con éxito el desconocimiento de la traba, dado que el propio Registro publicaba su existencia) o el de facilitar procesalmente al ejecutante la resolución de esa cuestión litigiosa (p. ej., si el bien mueble embargado, en vez de hallarse en poder del tercero que dice haberlo adquirido de buena fe, está en poder del depositario, el tribunal puede emitir órdenes de eficacia inmediata sobre el destino del bien -art. 627.1 LECiv-).

e) Medios rápidos para el cumplimiento de las garantías del embargo que se hubieran acordado

Cuando se habla de embargo *on line* debo entender, en Derecho español, la adopción *on line* de las garantías del embargo. Estrictamente la respuesta debe ser negativa, puesto que el tribunal no tiene acceso directo ni a los Registros públicos de bienes que pueden ser objeto de embargo, ni a los sistemas informáticos (públicos y sobre todo privados) que registran derechos de crédito de un eventual ejecutado a los efectos de bloquear la disponibilidad. Cosa diferente es la de si existe previsión normativa acerca de si las resoluciones judiciales en las que se acuerdan garantías del embargo decretado pueden ser comunicadas a quienes deben darle cumplimiento por vía teleinformática. La respuesta es afirmativa en cuanto a la validez jurídica de esos medios (art. 162 LECiv –que complementa el art. 230 LOPJ-). En la práctica el uso de estos medios no está generalizado y el fax es el medio más efectivo para comunicar

con la máxima rapidez una medida de anotación preventiva del embargo a los registros públicos de la propiedad inmobiliaria y de (determinados) bienes muebles.

11. Ejecuciones prendarias e hipotecarias: su carácter acelerado y diferencias con la ejecución común en Derecho español

Para la defensa del derecho de crédito garantizado con una hipoteca existen, en Derecho español, diferentes posibilidades, disponibles o no en función de que concurran o no determinados requisitos y elegibles por el acreedor si todos los requisitos concurren: procedimiento declarativo común correspondiente a la cuantía –de improbable uso, dado que, al ser la escritura pública de constitución de la hipoteca un título ejecutivo no judicial (art. 517.2.4º LECiv), normalmente el acreedor hipotecario acudirá directamente al proceso de ejecución-, actividad ejecutiva directa, que puede ser extrajudicial –véase, más arriba, el apartado II.4- o judicial -proceso ordinario de ejecución dineraria o proceso especial de ejecución hipotecaria-.

El acreedor hipotecario deberá instar el proceso ordinario de ejecución cuando en el caso concreto no se cumplan todos los requisitos previstos en los artículos 681.1 y 682 LECiv. En concreto:

1º) Cuando la ejecución no se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda, principalmente porque el valor que previsiblemente se podrá obtener de los mismos no será suficiente para satisfacer toda la cantidad por la que ha sido despachada ejecución.

2º) Cuando el acreedor hipotecario sea a su vez acreedor personal del mismo deudor y quiera reclamar conjuntamente –en un mismo proceso de ejecución– todas las cantidades que le debe dicho deudor.

3º) Cuando no se cumplan los requisitos exigidos por el artículo 682.2 LECiv; a saber: cuando en la escritura de constitución de la hipoteca los interesados no hayan determinado el precio en que tasan el bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, o no se haya fijado un domicilio del deudor para la práctica de requerimientos y notificaciones.

El procedimiento especial de ejecución hipotecaria es adecuado para la satisfacción de deudas garantizadas por hipoteca, siempre que la actividad ejecutiva se limite a los bienes hipotecados y cuando se cumplan los requisitos del artículo 682.2 LECiv.

Las especialidades más destacadas de este procedimiento especial son:

1ª) La oposición a la ejecución por motivos de fondo se caracteriza por la drástica limitación de las causas de oposición y por la simplicidad procedimental. Con esta limitación de las posibilidades defensivas del deudor se persigue una rápida realización del bien hipotecado, en beneficio del acreedor hipotecario. Las únicas causas que pueden

fundamentar la oposición a la ejecución hipotecaria por motivos de fondo son las tres siguientes (art. 695.1 LECiv): a) La extinción de la garantía hipotecaria o del crédito garantizado. b) La disconformidad con el saldo reclamado por el acreedor –pluspetición–, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre el ejecutante y el ejecutado. c) La sujeción de los bienes muebles hipotecados a una prenda, o otra a hipoteca –mobiliaria o inmobiliaria–, o a un embargo inscritos con anterioridad a la hipoteca que ha motivado el procedimiento, ya que el artículo 2 LHMPSD prohíbe la constitución de hipotecas mobiliarias sobre bienes ya hipotecados, pignorados o embargados. Estas causas de oposición sólo pueden ser acreditadas mediante los instrumentos –documentales– a que se refiere el mencionado artículo 695.1 LECiv. Formulada oposición por estas causas, se suspenderá la ejecución, y el tribunal resolverá, tras audiencia de las partes en una comparecencia.

2ª) Para que sea admitida la demanda de tercería de dominio el tercerista deberá adjuntar a la misma un título de propiedad de fecha fehaciente anterior a la inscripción de la garantía, título que, si se trata de bienes cuyo dominio es susceptible de inscripción registral, habrá de estar inscrito a favor del tercerista o de su causante con fecha anterior a la inscripción de la hipoteca, lo cual habrá de acreditarse en la forma –taxativa– prevista por el artículo 696.1 LECiv.

3ª) Cualquier otra reclamación de fondo que los ejecutados o los terceros interesados quieran formular para que se declare la improcedencia de la ejecución incluso la que se fundamente en la nulidad del título o sobre el vencimiento, la certeza, la extinción o la cuantía de la deuda, se deberá sustanciar ante el órgano jurisdiccional que según las reglas ordinarias resulte competente y en el procedimiento declarativo común que corresponda a la cuantía, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer la ejecución hipotecaria (art. 698.1 LECiv).

4ª) No obstante, también se podrá suspender la ejecución por prejudicialidad penal, cuando se acredite la existencia de una causa criminal sobre cualquier hecho de apariencia delictiva que, de ser cierto, determinaría la falsedad del título o la invalidez o la ilicitud del despacho de la ejecución (art. 697 LECiv).

Dado que no podemos descender a detalles, vale decir que el régimen es similar para los créditos garantizados por prenda.

12. Mi opinión acerca de la efectividad del proceso de ejecución en España

Esta cuestión guarda estrecha relación con temas que se tratarán en puntos siguientes, tales como las trabas que impiden la efectividad de la ejecución y las mejoras para superarlas o para reducir su incidencia. Para evitar reitera-

ciones, no me extenderé, en este apartado, en los fundamentos de mi valoración de la efectividad y su grado.

La apreciación de si un proceso civil es efectivo requiere, primero, determinar qué se entiende por esa efectividad, y, segundo, una medición del grado de la misma a partir de datos empíricos, que, habida cuenta que corresponden a una realidad social cuya entidad cuantitativa se refleja en grandes cifras, tendrán que ser datos estadísticos.

Lo que entendemos por efectividad tiene una respuesta sencilla –a condición de que moderemos las ansias de precisión-: es efectivo el proceso de ejecución que alcanza su finalidad de plena satisfacción del ejecutante en un plazo razonable.

La respuesta a la segunda cuestión es más compleja, si hay darla sin caer en la frecuente tentación de basarla en simples impresiones personales. Es imprescindible un respaldo estadístico. Y aprovecho para resaltar la importancia que, para tomar decisiones acertadas sobre reformas procesales, tiene una base estadística fiable, por las series temporales disponibles y por la riqueza y nivel de desagregación de los datos.

La estadística judicial en España ha mejorado notablemente. No obstante, la información que ofrece para apreciar la efectividad del proceso de ejecución no satisface las necesidades de datos relevantes para verificar la noción de efectividad de la que hemos partido.

En concreto, y respecto del año 2008 ("La Justicia dato a dato. 2008" y "Datos de Justicia. Boletín de Información Estadística, Julio, 2009", que pueden consultarse en el sitio Web del Consejo General del Poder Judicial):

1º) La cifra de ejecuciones registradas en el año no se deja aprehender con seguridad, a partir de los propios datos ofrecidos por la estadística oficial. La cifra más segura es la de 516.401.

2º) Hay datos sobre las ejecuciones pendientes de años anteriores al 2008 y de las concluidas en 2008 (329.495) que arrojan el resultado de 1.227.826 ejecuciones pendientes al finalizar el año 2008.

3º) No hay datos sobre si la finalización de las ejecuciones lo es con plena satisfacción del ejecutante, aunque puede pensarse que así será en la mayor parte de los casos, porque la ley no dispone que un proceso de ejecución iniciado deba finalizar por caducidad (transcurso de cierto tiempo e inactividad de las partes). Hay, sin embargo, algún dato indiciario -poco significativo, pero desalentador-, que son los resultados de las diligencias (actuaciones) ejecutivas que han sido encargadas a los servicios comunes de las oficinas judiciales –estructura organizativa que no se da en todas las oficinas judiciales, sino sólo en la de grandes núcleos urbanos-: de las 131.884 diligencias de embargo encargadas, 68.685 fueron devueltas al Juzgado ordenante con resultado positivo, 57.495 con resultado negativo, y 15.801 estaban pendientes de cumplimiento al finalizar el año; de las 26.748 diligencias de lanzamiento (desalojo de inmuebles), 17.433 se reali-

zaron con resultado positivo, 8.079 con resultado negativo, mientras que 3.166 quedaron pendientes de cumplimiento al finalizar el año.

De estos datos se deduce una sola conclusión segura: en términos generales, el proceso de ejecución no es efectivo porque no termina en un plazo razonable, dado que, al finalizar el año, continúan pendientes casi cuatro veces más procesos que los que son dados por resueltos. Y queda por conocer con exactitud de que modo terminan las ejecuciones que se consideran resueltas.

13. Mi opinión sobre cuáles son los cinco o seis principales defectos del régimen de la ejecución y sobre el modo de corregirlos

Expongo a continuación los que, a mi juicio, son los principales defectos del proceso de ejecución en la LECiv española, así como, en relación con tales defectos, las mejoras aconsejables.

1º) En la práctica judicial inciden de modo frecuente interpretaciones de normas según el criterio del *favor debitoris*. No es fácil corregir esa tendencia, porque, en definitiva, las interpretaciones las realizan los jueces. Pero al legislador sí que le resulta accesible suprimir normas fundadas en la *ratio* del *favor debitoris*, que no tienen suficiente justificación en algunos supuestos. Supuesto paradigmático es el del plazo de gracia para el cumplimiento voluntario de títulos ejecutivos judiciales y arbitrales cuya formación haya sido precedida por una reclamación del cumplimiento del correspondiente deber de prestación, que, sin duda, ha servido para avisar al obligado de que el que se afirma titular del derecho tiene intención de hacerlo efectivo tan pronto como disponga del título que le habilite para ello. También es accesible al legislador impedir aquellas interpretaciones mediante la clarificación de algunas regulaciones dudosas –por tanto, más expuestas a interpretaciones diversas- como lo es la de las resoluciones del proceso de ejecución contra las que puede ser interpuesto recurso de apelación.

2º) Estoy convencido de que la causa principal de los retrasos en la actividad ejecutiva deriva de la dificultad de descubrir un patrimonio suficiente para hacer recaer sobre el mismo las actividades ejecutivas. Consiguientemente deberían mejorarse los sistemas de información sobre el patrimonio del ejecutado. La LECiv/2000 ha realizado grandes avances en este aspecto. Las mejoras podrían consistir en la creación de una base de datos de solvencia en la que se hiciera acopio de las investigaciones patrimoniales respecto de deudores que, en algún momento, fueron sujetos a ejecución, para que los resultados de tales investigaciones se conservaran y fueran actualizados para su aprovechamiento en las diversas actividades ejecutivas contra la misma persona, de modo que se conseguiría rentabilizar el trabajo que se hubiera dedicado a una investigación tendencialmen-

te exhaustiva. Se trataría de crear un sistema de información similar a los que tiene los acreedores institucionales –como los gestores de la recaudación tributaria y de los recursos del sistema público de seguridad social-, que, actualmente, son accesibles sólo con –comprensibles- restricciones para la información patrimonial necesaria en un proceso de ejecución civil. No obstante, debe tenerse presente que, en este aspecto tan condicionante de la efectividad de la ejecución, no es legítimo cargar toda la responsabilidad de la eventual ineficiencia sobre el sistema público (judicial) de ejecución, en el caso de que el título ejecutivo reconozca un derecho a prestación que fue constituido contractualmente. En efecto, en tal caso no puede considerarse ilegítimo que el acreedor-ejecutante se vea expuesto a consecuencias desfavorables debido a una contratación que le interesó realizar sin adoptar mayores precauciones respecto de la solvencia y transparencia patrimonial de la otra parte contractual.

3º) También en relación con el defecto mencionado en el número anterior, y para corregirlo, debería implantarse, definitivamente porque existen la base jurídica y los medios técnicos para hacerlo, la utilización de medios teleinformáticos para la comunicación entre los tribunales y los registros públicos de bienes y derechos y las entidades financieras, con las finalidades de, primero, obtener una rápida, completa y detallada información sobre la situación patrimonial del ejecutado, y, segundo, de transmitir a las entidades mencionadas las resoluciones judiciales de embargo y garantías del mismo, o las que afecten a la disponibilidad de un bien o derecho –en ejecuciones no dinerarias- que recaigan sobre bienes y derechos registrados o gestionados por dichas entidades.

4º) La recepción de la técnica de las multas coercitivas en la ejecución forzosa civil constituye una de las novedades más apreciables de la LEC 2000, pero algunos defectos de la regulación y dos innovaciones legislativas sobre esta materia, realizadas asistemáticamente y aplicables en asuntos litigiosos específicos (véase el anterior apartado II.2), aconsejan una reforma legal que tenga presentes estas dos siguientes consideraciones: a) Definir con claridad la opción por el modelo de las multas coercitivas o por el modelo de las *astreintes*. Si opta por el primer modelo, se han de establecer las normas adecuadas para que, en ningún caso, la exacción de las multas sobre el patrimonio del ejecutado impida o limite la satisfacción del ejecutante mediante el equivalente dinerario de la prestación que no ha podido ser, a pesar de la imposición de las multas, ejecutada *in natura*. b) Deben ser modificados los supuestos de aplicación de las multas coercitivas en la ejecución por prestaciones de abstención, estableciendo la posibilidad de imponerlas para evitar el incumplimiento del deber de abstención, amenazando concretamente con la imposición de las

mismas cada vez que ese deber sea incumplido o mientras ese deber sea incumplido.

14. Proyectos de ley de reforma de la LECiv/2000 en materia de ejecución: Descripción sucinta y aspectos más relevantes para una mayor celeridad y efectividad de la tutela del ejecutante

El 4 de noviembre de 2009 se promulgó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial. Incide sobre la ejecución civil del modo que veremos a continuación, y ha entrado en vigor el pasado mes de mayo de 2010. La total novedad y la falta de experiencia suficiente de aplicación justifican que tratemos de la misma en este apartado.

En síntesis, y por lo que se refiere a la ejecución civil, la reforma consiste en una modificación de la distribución de funciones entre el juez y el secretario judicial (licenciado en Derecho y que ha accedido por oposición a un Cuerpo especializado de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, aunque su estatuto personal no sea el mismo que el del juez) que, actualmente, se caracteriza por mantener en manos del juez no sólo la potestad de conceder la tutela ejecutiva, sino también las potestades para realizar la mayor parte de los actos que son necesarios para llevar completamente a la práctica la tutela concedida.

La recentísima reforma distribuye esas funciones según un modelo diferente; específicamente:

1º) Corresponden al juez competente para la ejecución la potestad de ordenar que la ejecución tenga lugar -determinando a favor de quien, contra quien y por que prestación-, la potestad de dictar las resoluciones que revoquen la orden de ejecución, suspendan su eficacia, le pongan fin sin satisfacción del ejecutante o modifiquen sus determinaciones esenciales subjetivas u objetivas, la potestad de controlar la actividad o inactividad del secretario judicial que debe dar cumplimiento al despacho de ejecución. Las potestades de resolver incidentes de naturaleza declarativa conexos con el proceso de ejecución y de acordar la limitación de derechos fundamentales que pueda ser necesaria para la actividad ejecutiva.

2º) Corresponde al secretario judicial director de la Unidad de Apoyo Directo o, en su caso, del Servicio Procesal Común de Ejecución que prestan servicio al tribunal competente para la ejecución, la potestad de acordar los medios o instrumentos ejecutivos previstos por la ley para la ejecución que ha asido judicialmente despachada (art. 545.4 LECiv), salvo aquellos medios o instrumentos que, por disposición legal específica, continúan atribuidos a los jueces.

El objetivo perseguido por esta reforma es incrementar la capacidad de trabajo de los tribunales en la ejecución y mejorar su eficacia con vistas a au-

mentar la celeridad y efectividad de la actividad ejecutiva. Pare alcanzar ese objetivo se confía en dos medios:

1º) El incremento de efectivos personales habilitados para realizar los actos más importantes para la concesión de la tutela judicial ejecutiva y llevarla a la practica. A los jueces se unen los secretarios judiciales que, en 2008, alcanzaron el número de 3.662, aunque no todos ellos ejercen sus funciones en el orden jurisdiccional civil.

2º) La racionalización de la oficina judicial, como estructura organizativa de apoyo al ejercicio de la potestad jurisdiccional, y en la que prestan servicios –en toda España y en 2008- más de treinta mil funcionarios de tres cuerpos con distintos niveles de formación.

III. CONCLUSIONES SOBRE LA MEJORA DE LA EJECUCIÓN EN LA LECIV/2000 Y EN EL CÓDIGO MODELO

1. Las modificaciones necesarias, en mi opinión, para mejorar el proceso de ejecución en España

Con fundamento en lo expuesto en todo el trabajo y, principalmente, en apartado II.13 –que trata más ampliamente de esta materia-, para mejorar el régimen del proceso de ejecución en España es conveniente:

1º) Reducir una tendencia frecuente a interpretaciones judiciales de normas según el criterio del *favor debitoris*, mediante la clarificación de las regulaciones dudosas. Suprimir normas fundadas en la *ratio* del *favor debitoris*, que no tienen suficiente justificación en algunos supuestos.

2º) Creación de una base de datos de solvencia en la que se hiciera acopio y actualización de las investigaciones patrimoniales cuidadosas respecto de deudores que, en algún momento, fueron sujetos a ejecución, para que los resultados fueran aprovechables en las diversas actividades ejecutivas contra la misma persona.

3º) Implantación definitiva de medios teleinformáticos para la comunicación entre los tribunales y los registros públicos de bienes y derechos y las entidades financieras, con fines de investigación patrimonial y de rápida comunicación de resoluciones que deban producir efectos sobre bienes y derechos registrados o gestionados por dichas entidades.

4º) Mejora de los medios procesales de coerción indirecta, en el sentido de: a) definir con claridad la opción por el modelo de las multas coercitivas o de las *astreintes*, y, en el primer caso, de establecer que el crédito por las multas nunca será preferente respecto del crédito del ejecutante; b) modificar los supuestos de aplicación de estos medios ejecutivos de modo que pueden imponerse para evitar el incumplimiento del deber de abstención, amenazando concretamente con la

imposición de las mismas cada vez que ese deber sea incumplido o mientras ese deber sea incumplido.

2. Principales modificaciones que, en mi opinión, deberían introducirse en la regulación del proceso de ejecución en el Código Modelo (arts. 317 a 322)

La regulación prevista en el Código Modelo para el proceso de ejecución es muy general y, en mi opinión, continúa siendo muy apreciable.

No obstante, apuntaré alguna observación respecto de algunas disposiciones:

En el art. 319.2 me parece inadecuada la invocación de la igualdad de las partes. Las situaciones jurídicas activas y pasivas que integran el estatuto de las partes en la ejecución no son equivalentes para ejecutante y ejecutado. Por el contrario, el título ejecutivo ha colocado, por lo que se refiere al deber de prestación que el mismo establece, a la parte ejecutante en una posición de supraordinación y a la parte ejecutada en una posición de subordinación. Incluso las posibilidades defensivas del ejecutado están afectadas por la desigualdad, su ejercicio ha de ser posterior a la resolución o a la actuación pedida por el ejecutante y sin que, por regla general, implique suspensión de los efectos de la resolución o actuación decretada.

Respecto de las conminaciones económicas, a las que se refiere el art. 320, si tienen por sujeto pasivo al ejecutado, debe dejarse claro que el crédito del Fondo Judicial en ningún caso será preferente al crédito del ejecutante (por el que se despacho la ejecución o en el que se transformó un deber de prestación inicialmente no dineraria). Es correcto, en este sentido, lo previsto por el art. 331.3.

En el art. 324.4 deben clarificarse cuáles son los efectos del embargo, desde qué momento o actuación se producen los mismos (desde la decisión de embargo o desde la adopción de la garantía registral o de otra naturaleza), así como la eficacia del embargo respecto de terceros en atención alas diferentes situaciones en las que estos pueden hallarse.

En los arts. 325 al 327 podrían ampliarse los modos de realización forzosa a otros medios alternativos a la subasta judicial, en la línea de lo previsto por la LECiv española de 2000.

En el art. 330, si el título ejecutivo reconoce una propiedad cuya titularidad puede acceder a un registro público, habría que considerar alguna regulación del acceso al registro del derecho reconocido por el título ejecutivo y no limitar el régimen de la actividad ejecutiva a los actos de entrega de la posesión.

En cuanto al régimen de la ejecución de prestaciones de hacer por un tercero a costa del ejecutado (art. 331. 2 y 4), no basta con facilitar el reembolso a cargo del ejecutado de cantidades anticipadas por el ejecutante, sino que debe preverse un medio para la obtención previa de una cantidad presupuestada con cargo al patrimonio del ejecutado.

ORALIDAD E INNOVACIONES NORMATIVAS Y TECNOLOGICAS EN LA REFORMA PROCESAL

Luis Lutz [1]

1.- INTRODUCCION.-

La optimización y pluralización del acceso a la justicia constituye el paradigmade las sociedades democráticas dentro del estado de derecho, con asumido compromiso por una cada vez mas plena y efectiva vigencia de los derechos humanos, cuyo plexo normativo supranacional en la Argentina ha sido incorporado a la Constitución por la reforma de 1994.

Mi país, la Argentina, está organizado por un sistema federal, bastante análogo al de México, o de los Estados Unidos: Estados (o provincias) que concurren a conformar una "confederación" a la que delegan atribuciones de interés común y se reservan las restantes, todos los que funcionan con el principio de "división e independencia de poderes": Legislativo, Ejecutivo y Judicial.- En el orden nacional los órganos son Presidente, Congreso y Corte Suprema con tribunales inferiores.- En los Estados (o Provincias), Gobernador, Legislatura y Tribunales Superiores y también Organismos Jurisdiccionales inferiores soberanos en sus decisiones sujetas a revisión de las instancias ordinarias y extraordinarias del ordenamiento procesal.

En mi caso, soy Juez de un Tribunal Superior de un Estado (o Provincia de Río Negro), ubicado en la Patagonia, tiene el 9% de la superficie de la Argentina, se despliega desde sus costas en el Océano Atlántico a la Cordillera de los Andes con un eje central de un Valle de Regadío y una superficie de 204.000 Kms. del territorio continental, mas la jurisdicción sobre el Mar en el Golfo

1 Juez del Superior Tribunal de Justicia.
Presidente de la Comisión para la Reforma del Código Procesal Civil y Comercial.
Presidente del Comité de Informatización de la Gestión Judicial.
Vicepresidente de la Comisión Interpoderes del Digesto Jurídico.
Ex Presidente del Superior Tribunal.
Ex Presidente del Consejo de la Magistratura.

de San Antonio, o sea, dos veces y media la superficie del Estado de Jalisco. (204.000 frente a 80.300 kms 2).

La Argentina tiene veinticuatro Estados (o Provincias), mas la Capital Federal o Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cada una de ellas con la propia Constitución y las formas de gobierno autónomas, que además de la propia administración de justicia –independiente-, el deber de prestar el servicio de educación y asegurar la autonomía municipal, entre otras facultades, se reservaron la potestad de legislar sobre los sistemas procesales.- La superficie de México es un 70% del territorio de Argentina. Desde esa perspectiva de Juez de un Tribunal Superior quiero desarrollar mi exposición.- Acoto que de todos los Tribunales Superiores de los Estados (o 3 Provincias) de Argentina, el nuestro, el que integro, es el de composición mas reducida: mientras hay integraciones de nueve, siete o cinco Magistrados, en nuestro caso en alguna época fueron cinco sus miembros y actualmente desde hace tres lustros atrás, sus integrantes somos tres (3) bajo la denominación de "Juez del Superior Tribunal de Justicia", que sistemática y regularmente rotamos la Presidencia del Cuerpo cada año a partir del 1° de febrero en que se inicia el Año Judicial.- De aquí en mas usaré la sigla "S.T.J.".

Por la Constitución, nuestro S.T.J. tiene:

a) Funciones "jurisdiccionales", última instancia extraordinaria del sistema, tribunal de casación y aparte, tribunal de constitucionalidad y en los conflictos de poderes.
b) Funciones "institucionales" o de gobierno del Poder Judicial, proyectando y administrando el propio Presupuesto, fijando las remuneraciones de sus recursos humanos, a los que designa y remueve excepto Magistrados y Funcionarios Judiciales a los que nombra y remueve el Consejo de la Magistratura, extrapoder e integrado por Consejeros Legisladores y Abogados con la presidencia del titular del S.T.J.- El Ministerio Público forma parte del Poder Judicial en cabeza de un Procurador General asistido por el Fiscal General y un Defensor General que conducen el Ministerio público Fiscal y el Ministerio de la Defensa Pública y Tutelar.

¿Qué quiero significar con esta introducción? La idea de analizar la optimización del acceso a la justicia a través de a Reforma Judicial que tiene por eje la Reforma Judicial, o para ser mas preciso "la Reforma de la Gestión Judicial" desde una óptica distinta, que no es ni al de la cátedra, ni la de la Magistratura, sino la del "Gobierno Judicial".

He de reconocer que soy un "juez atípico"; con 45 años de abogado, durante casi 34 me dediqué al ejercicio de la profesión en SAN CARLOS DE BARI-

LOCHE y hace algo mas de 11 años que soy Magistrado del S.T.J., al que fui nominado por el Colegio de Abogados de mi Ciudad, llevando a la función judicial el bagaje de experiencia de la abogacía libre.- También a nosotros nos nombra un Consejo de la Magistratura compuesto por doce (12) abogados y doce (12) Legisladores, con representación de mayoría y minoría.

La actual composición de los tres (3) Jueces del S.T.J. lleva diez años, a partir de cuando iniciamos el proceso de "Reforma Judicial".- Ninguno de los tres provenimos de la carrera judicial, sino el ejercicio liberal de la profesión, tenemos perfiles, personalidades, ideologías y "currículum vitae" completamente distintos y en tanto en las decisiones "institucionales", como en las "jurisdiccionales" no hay mayorías automáticas, con un adecuado equilibro interno.

2.- LA GENESIS DE LA "REFORMA JUDICIAL".-

Ese objetivo, o paradigma de optimización del acceso a la justicia, nos puso ante el desafío de concebir, diseñar, establecer, implementar y ejecutar desde el Gobierno Judicial dicho proceso de "Reforma Judicial", que en gran medida tuvo una caja de resonancia en la profunda crisis socioeconómica, y también política, que tuvo la Argentina en los inicios de la primer década del segundo milenio.

Las formas tradicionales de prestación del servicio de justicia, la denominada "cultura del expediente", debía ser abordada y cambiada con acciones puntuales y prudentes para evitar la resistencia a ese cambio por las tradiciones conservadoras del sistema que imbuyen a las instituciones tribunalicias, los jueces y los abogados.

El primer aspecto a tener en cuenta fue comunicar adecuadamente y sumar a los operadores a través de la participación de las corporaciones representativas, o sea el Colegio de Magistrados y Funcionarios, los Colegios de Abogados, el Sindicato de Empleados…

Cada paso a dar en procura de avanzar en la Reforma, fue comunicado, consultado y en la medida de lo factible, consensuado. Con las lógicas marchas y contramarchas de todo proceso social.

3.- VISION PLURAL DE LA REFORMA.-

A continuación, se abrieron de modo gradual las diversas alternativas de concebir y ejecutar una Reforma eficaz y consolidada en el tiempo, a sabien-

das de la existencia de condiciones negativas, dadas por una parte por la incomprensión o falta de capacitación de algunos operadores y otras, por limitaciones normativas o reglamentarias y carencias de Presupuesto.

"Ab initio" comento que fuimos bien acompañados desde lo individual de cada puesto de trabajo por los Empleados de la Justicia, mas que por los propios Magistrados o Funcionarios.- Los agentes judiciales fueron protagonistas y dinamizadores de la Reforma Judicial, en particular en áreas como la informatización de la gestión judicial.

Nuestro Estado (o Provincia) tiene significativas diversidades regionales que caracterizan a cada una de las cuatro Circunscripciones Judiciales:

- Primera: Costa atlántica y ganadería
- Segunda: Valle de regadío con producción e industria
- Tercera: Cordillera con recursos naturales, principalmente acuíferos
- Cuarta: Producción e hidrocarburos

Coadyuvó al adecuado encaminamiento una visión plural del contenido de la Reforma, con objetivos precisos:

- Reforma normativa y reglamentaria de los sistemas procesales, fundados en la oralidad y publicidad de los procesos por expresa disposición de la Constitución.
- Informatización de la gestión judicial.- Incorporación de TIC´s.
- Desarrollo de la R.A.D. o métodos alternativos de resolución de conflictos.
- Expansión territorial de la prestación elemental del servicio de justicia en acciones de menor cuantía.
- Fijación de reglas claras para los operadores del sistema judicial: Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia; Reglas de Brasilia; Reglas de Bangalore; Normas de Ética para Abogados; etc.
- Fortalecimiento de la independencia y gravitación del Consejo de la Magistratura –extrapoder- en la selección, disciplina y remoción de Magistrados y Funcionarios.
- Depuración y ordenamiento sistematizado de la legislación en vigencia a través del Digesto Jurídico.

4.- LA REFORMA PROCESAL EJE DE LA REFORMA JUDICIAL.-

En ese contexto, he de decir que la Reforma Procesal, principalmente en lo Civil y Comercial, se convirtió en el eje de la Reforma Judicial.

Nuestro Poder Judicial está organizado por fueros o especialidades:

- Civil, Comercial y de Minería (primera instancia y Alzada).
- Familia y Menores (primera instancia y Alzada).
- Penal
    - de Instrucción (primera instancia, unipersonal)
    - en lo Correccional (tribunales de sentencia unipersonales, instancia única)
    - en lo Criminal (tribunales de sentencia colegiados, instancia única)
    - de la Ejecución Penal (primera instancia, unipersonal)
- Laboral (tribunales colegiados, instancia única)
- Electoral (tribunal colegiado provincial)
- Contencioso-administrativo (tribunales colegiados doble instancia)
- Justicia de Paz (unipersonales, legos, acciones de menor cuantía). Incluye Código Contravencional (y Rural).

El C.P.C.Cm. (Código Procesal Civil y Comercial) es de necesaria aplicación supletoria en todos los fueros.

El régimen procesal penal es de naturaleza mixta con juicio oral y público.

Para el fuero de Familia y Menores hay una ley de procedimientos análoga al C.P.C.Cm.- Idem en lo Contencioso-administrativo.

En el ámbito del fuero del Trabajo, la normativa procesal prevé centralmente una audiencia de vista de causa.

Los arts 43 al 45 de la Constitución instituyen el "amparo", el "habeas corpus", el "mandamus" y el "prohibimus" ante cualquier juez letrado inmediato por causa de urgencia y con excepcionalidad cuando haya que preservar, garantizar o restituir derechos de raigambre constitucional o "derechos humanos".

5.- VALIOSOS COMPLEMENTOS AL SISTEMA JUDICIAL.

La Reforma Judicial incluyó la complementación del sistema judicial con valiosos complementos que se insertaron en la legislación procesal:

a) Los métodos alternativos de resolución de conflictos, con:
   - la mediación prejudicial obligatoria en las cuestiones patrimoniales y familiares
   - la "conciliación obligatoria" en los juicios laborales.
   - el arbitraje institucional.

Se organizaron los Centros Judiciales de Mediación en cada Circunscripción Judicial.

b) La reasignación y potenciación atribuciones jurisdiccionales) de los Jueces de Paz "legos" con facultades para resolver acciones de menor cuantía con una más eficiente dispersión del servicio básico de justicia en toda la geografía del territorio estadual (o provincial).
c) La implementación de modalidades "no jurisdiccionales" de comunicación social que faciliten el acceso a la justicia a través de:
   - Oficinas de atención al ciudadano
   - Oficinas de atención a la victima
   - Unidades Fiscales de Atención Primaria ante el delito
   - Casas de Justicia (sistema multipuertas).

6.- EL ANTERIOR CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL Y LA NECESIDAD DE LA REFORMA.

Cuando el S.T.J. puso en marcha la Reforma Judicial, regía un Código Procesal Civil y Comercial enmendado o "emparchado" que virtualmente era una copia del vigente en los Tribunales Federales y Justicia Nacional.

Así, se resolvió emprender una Reforma Procesal "de fondo", que posibilite:

- una adecuada instrumentación de la Reforma Judicial, en especial en orden a la gestión a través de la informatización;

- que al propio tiempo cumpla con el mandato de la Constitución de aplicar los principios de:

  - Oralidad
  - Publicidad
  - Recurribilidad de los pronunciamientos judiciales unipersonales.

- que inserte en el sistema la prejudicialidad obligatoria de la R.A.D.

- también las acciones de menor cuantía a cargo de Jueces de Paz "legos".-

7.- EL PROCESO DE LA REFORMA DEL C.P.C.CM.-

El proceso de reforma del C.P.C.Cm. duró aproximadamente cuatro años y medio, concluyendo con la puesta en marcha del nuevo Código el 1-6-2007.

La Constitución reconoce al S.T.J. la potestad de "iniciativa legislativa".

Con tal fundamento, creó una "COMISION PARA LA REFORMA", presidida por
el suscripto e integrada por:

- Cuatro Jueces de Cámaras de Apelaciones en lo Civil y Comercial, uno por cada Circunscripción.
- Cuatro Jueces de primera instancia en lo Civil, Comercial y de Minería, uno por cada Circunscripción.
- Los cuatro Presidentes de los Colegios de Abogados de cada una de las cuatro Circunscripciones Judiciales.- Nuestra legislación prevé que dichos Colegios son "públicos" y tienen el registro obligatorio y el gobierno de la matrícula profesional.
- Dos Funcionarias Judiciales del S.T.J., la Secretaria Civil y Comercial; y la Directora del Area Relaciones Institucionales.

El Profesor Dr. ROLAND ARAZI, de la Universidad de Buenos Aires, ofició de "consultor técnico" de la Comisión.

La Comisión fue avanzando gradualmente en diversos documentos de trabajo, receptando por una parte las novedades de la doctrina, por otra las experiencias y necesidades derivadas de la aplicación del anterior Código y la adecuación de los componentes de la informatización de la gestión judicial, en particular:

- Uso de la "firma digital".
- Comunicaciones electrónicas jurisdiccionales con los operadores e interjurisdiccionales con los Organismos del sistema o vinculados al servicio de justicia.
- Notificaciones electrónicas.
- "Expediente virtual".

Quizás los aspectos mas sustanciales al culminar esos cuatro años y medio de elaboración, fueron:

- que la Comisión arribó por consenso a un texto que fue aprobado por unanimidad de sus miembros.
- y que la Legislatura aprobó "a libro cerrado" por unanimidad la nueva ley, luego de una sesión legislativa en que la Comisión expuso dicho texto en el recinto del Parlamento.

8.- LA CONCEPCION DE LA REFORMA.- INNOVACIONES NORMATIVAS DEL C.P.C.CM.

La concepción original de la Reforma Procesal tuvo una clara definición en cuanto a la dinamización de los procesos a través de la oralidad.

En consecuencia, receptó los criterios fundadores del "Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica" de los Dres. ADOLFO GELSI BIDART, LUIS TORELLO y ENRIQUE VESCOVI para el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal de MONTEVIDEO a fin de instrumentar un "sistema por audiencias", con una "preliminar" saneadora y ordenadora y otra de "vista de causa" para la producción probatoria.

Si bien se consultaron numerosos antecedentes doctrinarios y de la legislación comparada, se tuvieron en cuenta la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil de España y un anteproyecto para la Provincia de Mendoza auspiciado por la Dra. AIDA KEMMELMAJER DE CARLUCCI.

Se revisaron y redujeron los tipos de proceso, reformulándose el "ordinario" en formas más modernas, ensamblando aspectos puntuales en particular respecto a plazos del "sumario" (que fue suprimido), manteniendo el "sumarísimo" y creándose el "proceso monitorio". Asimismo, entre otros institutos se incorporaron:

- El "sistema por audiencias" para fortalecer la oralidad en el proceso civil, caracterizado por:
  - "audiencia preliminar"
  - "audiencia de vista de causa" (o prueba)
- La protección de los derechos individuales homogéneos.
- La modalización en la ejecución de la sentencia.
- El "amicus curiae" en la instancia extraordinaria de S.T.J.
- Las otras modalidades del "amparo" (amparo ambiental e intereses difusos; habeas data; amparo informativo).
- Los ya descriptos en cuanto a:

- Descentralización de acciones de menor cuantía en Jueces de Paz "legos".
- R.A.D. prejudicial obligatoria.

9.- LA GESTION JUDICIAL: CLAVE DE DINAMIZACIÓN EN LOS PROCESOS.

Contar con un sistema moderno de gestión judicial con apoyatura en la tecnología y en las reglas procesales es clave para la dinamización de los procesos.

En nuestro caso, tenemos en aplicación "LEX DOCTOR VERSION 9", que es un "software" desarrollado en Argentina a partir de una licencia alemana, que usan los Poderes Judiciales mas avanzados.

Dicho sistema permite una constante y ordenada registración y seguimiento de cada una de las causas, con acceso universal y condicionado a la base de datos, que posibilita dar información en tiempo real a los operadores del sistema judicial, tanto Magistrados y funcionarios, como los abogados que ejercen la profesión en sus Estudios.

10.-EL AREA DE INFORMATIZACIÓN DE LA GESTION JUDICIAL. EL OBJETIVO DE LA DESPAPELIZACION.- EL SITIO WEB.

La apoyatura tecnológica del servicio de justicia está dada por un Área de Informatización de la Gestión Judicial a cargo de un Comité que dirige y administra las prestaciones, integrado por:

Presidente, un Juez del S.T.J.

Vicepresidente 1ro. El Administrador General, o "gerente general" del Poder Judicial.

Vicepresidente 2do. El Secretario de Superintendencia del Ministerio Público. Secretario: Director de Informatización

Vocales:

Gerente de Sistemas

Coordinador del Plan de Desarrollo Organizacional e Informático

Coordinador de Proyectos del Ministerio Público

Coordinador de Implementación y Operaciones

Jefe de la Oficina de Doctrina Legal e Información Jurisprudencial.

Cada Magistrado, Funcionario o Empleado del Poder Judicial tiene una PC por puesto de trabajo con conexiones de:

- correo electrónico
- SMS
- Internet.-

Los Magistrados y Funcionarios Judiciales cuentan con "firma digital". En una de las cuatro Circunscripciones Judiciales y por convenio con el Colegio de Abogados de la jurisdicción con asiento en S.C. BARILOCHE, también los abogados cuentan con "firma digital" para desarrollar una Experiencia Piloto de "Expediente Virtual", orientado a un proceso de plena "despapelización", fundado en la tecnología y la oralidad.

Las salas de audiencia cuentan, en general, con equipamiento de video grabación con vínculo al sistema informatizado de gestión judicial, receptado en la legislación procesal civil reformada.

Una herramienta esencial del funcionamiento del Poder Judicial es el Sitio Web (www.jsurionegro.gov.ar) que brinda la información sobre la organización y sus normas y reglamentaciones; actividades institucionales, académicas y administrativas; concursos; y pronunciamiento jurisprudenciales, diarios, de todos los tribunales del territorio.

Permite conocer al día las sentencias, los interlocutorios y providencias simples de todas las causas con el acceso al Sitio.

Asimismo, desde el Sitio Web se opera el "CAMPUS VIRTUAL de la ESCUELA

DE CAPACITACION JUDICIAL, un Organismo de raigambre constitucional para al formación y capacitación de Magistrados y Funcionarios, que a la vez sirve para igual tarea de los Agentes Judiciales (o Empleados), para ingresar y prosperar en la carrera administrativa.

11.- LA DOCTRINA LEGAL Y RESTANTE INFORMACION JURISPRUDENCIAL

Por disposiciones procesales, la doctrina legal sentada por el S.T.J. en los últimos cinco años, revista carácter de aplicación obligatoria por los tribunales inferiores, que en sus fallos pueden dejar a salvo la discrepancia de criterio. Se trata de una norma de gran sentido práctico que contribuye a la economía procesal, pero fuertemente controversial para algunos Magistrados de esos tribunales inferiores.

Una Oficina de Doctrina Legal e Información Jurisprudencial elabora los "abstracts" (o sumarios) de las sentencias del S.T.J., las clasifica conforme un tesauro y las publica en el Sitio Web del Poder Judicial (www.jusrionego.gov.ar).

Un Magistrado o un abogado, desde sus despachos, o un justiciable o el público en general puede acceder al conocimiento del estado de las causas, cuya información se rige por las "REGLAS DE HEREDIA" declaradas de aplicación obligatoria en el Poder Judicial.

12.- EL DIGESTO JURIDICO: LA CONSOLIDACION DE LA LEGISLACION VIGENTE.

El Poder Judicial participa de un plan de consolidación de la legislación en vigencia a través del "DIGESTO JURIDICO" (www.legisrn.gov.ar DIGESTO JURIDICO), que analizó formal y epistemológicamente el conjunto de leyes.

Una Comisión interpoderes, integrados por tres Legisladores (uno, que preside); dos Magistrados y dos Secretarios de Estado del Poder Ejecutivo, conducen ese plan desde 2005, que limitó sustancialmente la polución legislativa, que al final de la primer consolidación con una "ley ómnibus" redujo el volumen de leyes a un veinte por ciento (20%) de las existentes y que desde entonces se actualiza anualmente a través de una nueva ley de consolidación de los únicos textos en vigencia al 1° de abril de cada año, incorporando las leyes del último período legislativo.

El ordenamiento del "DIGESTO JURIDICO" es de gran trascendencia operativa y utilidad para los operadores del sistema judicial.-

13.- COMISION MIXTA DE DERECHOS HUMANOS (LEY B 4323).

Paralelamente y en conjunción con la anterior, el Poder Judicial integra junto con los otros dos Poderes del Estado una "Comisión Mixta de Derechos Humanos –Ley B 4323-", cuyo objeto es la elaboración de informes y comunicaciones que deben ser remitidos al Estado Nacional o los Organismos internacionales respecto de Tratados y Convenciones de derechos humanos, incorporados a la Constitución federal con la reforma de 1994.

14.- LA CUESTION PRESUPUESTARIA.-

El Presupuesto Judicial es nodal en el gobierno del Poder Judicial.

La adecuada consecución de recursos para el servicio de justicia en cada Ejercicio Financiero del Estado, constituye un factor de independencia con el contrapeso en el equilibrio de la división de Poderes.

Nuestra Constitución prevé que el Poder Judicial:

a) Elabora el proyecto de Presupuesto Judicial, que aprueban los otros dos Poderes.

b) Ejecuta las partidas del Presupuesto Judicial que se le asignan dentro del Presupuesto General del Estado.

c) Nombra y remueve al personal, menos Magistrados y Funcionarios que son designados por el Consejo de la Magistratura.

Los porcentajes de participación del Poder Judicial:

4% sobre el Presupuesto General del Estado.

3% sobre el total de agentes públicos, son agentes judiciales (incluyendo Magistrados y Funcionarios). Si bien el Poder Judicial administra la infraestructura judicial, la construcción de edificios está dentro del Plan General de Obras Públicas que ejecuta un Ministerio del Poder Ejecutivo (Ministerio de Hacienda, Obras y Servicios Públicos).

En ese contexto el costo "per capita" anual del servicio de justicia es de U$S 97.- (sin incluir inversión pública en infraestructura, a cargo de ese otro sector del Estado).

15.- EL COMPROMISO ETICO DE LA REFORMA.-

Nada de cuanto he descripto pudo o puede realizarse sin una conducta proactiva y participadora de los operadores del sistema judicial, o sea los Magistrados, Funcionarios y Empleados y principalmente los Abogados que ejercen la profesión de auxiliares del servicio.

Esa conducta requería un plexo normativo ético de la Reforma Judicial, para lo cual se incorporó a la legislación orgánica y procesal en vigencia:

- la Carta de derechos de los ciudadanos de la Patagonia argentina ante la Justicia".
- las "Reglas de Brasilia"
- los "Principios de Bangalore"
- las "Normas Éticas de la Abogacía" (F.A.C.A., 1932)
- las "Reglas de Heredia".

Por la Constitución del Estado, la selección por concurso, la nominación, el contralor disciplinario y la remoción de Magistrados y Funcionarios Judiciales, o sea todos los Jueces y los Representantes del Ministerio Público (Fiscales, Defensores de Pobres y Ausentes y Defensores de Menores), está a cargo de un Consejo de la Magistratura, que:

- Preside el Presidente del Superior Tribunal de Justicia.
- Integran:

- Tres Legisladores, dos por la mayoría legislativa y uno por la minoría.
- Tres abogados, por elección directa de sus pares a través de los Colegios de Abogados, dos por la lista mayoritaria y uno por la minoritaria.
- Un Magistrado, Presidente de uno de los tribunales de alzada.

16.- CONCLUSIONES.-

Para optimizar el acceso a la justicia con una Reforma Judicial moderna y transformadora, sintetizo las realizaciones:

- Innovaciones normativas y tecnológicas en los sistemas y codificaciones
- procesales.
- Oralidad.
- Informatización.
- Despapelización.
- Digesto Jurídico.
- Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos.
- Sitio Web.
- Doctrina legal e información jurisprudencial.
- Descentralización del servicio elemental de justicia.
- Atención al ciudadano.
- Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia.
- Reglas de Brasilia.
- Principios de Bangalore.
- Normas Éticas para Abogados.
- Reglas de Heredia.

LA MEDIACION Y OTROS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS EN EL NUEVO C.P.C. (LEY 8037) DE SAN JUAN

Roberto M. Pages Lloveras [1]

Sumario: I- Introducción; II- La Mediación Judicial; III- La Mediación Previa; IV- La Mediación Extrajudicial; V- La Mediación Obligatoria Previa en los juicios en que interviene el Estado como parte; VI- La Mediación en el nuevo Código Procesal Civil (Ley 8037); VII- El Procedimiento de Mediación; VIII- Estadísticas del Centro Judicial de Mediación; IX- La Conciliación; X- El Arbitraje; XI- Reglamentación del Registro de Mediadores; XII- Lo que nos queda por incorporar; XIII- Conclusión.

I- INTRODUCCION

El método tradicional de resolver las controversias en un proceso judicial puede resultar costoso y lento. Ante el reclamo para una resolución pronta, oportuna y eficaz de los conflictos, como formas distintas de resolverlos a la manera tradicional del proceso judicial, encontramos –entre otros métodos alternativos o complementarios- a la mediación, a la conciliación y al arbitraje.

La mediación es el método de resolución pacífica y colaborativa de conflictos en el cual un tercero neutral actúa como facilitador de la comunicación entre las partes en conflictos con el objetivo que las mismas construyan una solución al problema, y comenzó su implementación en la provincia de San Juan con la experiencia piloto de mediación voluntaria ordenada por Acuerdo de Superintendencia N° 60/98, de la Corte de Justicia de San Juan. Se instrumentó a partir del 22/05/ 1998, mediante un "convenio marco", celebrado entre la Corte de Justicia y el Foro de Abogados de San Juan, cuya finalidad fue la de

1 Profesor de Derecho Procesal Civil I y II de la U.C.Cuyo; Juez de la Cámara Civil de San Juan (Sala II); Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal; Miembro de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Reforma del hoy vigente nuevo Código Procesal Civil y Comercial de San Juan.

convocar a un período experimental y de observación relativo al instituto de la mediación, como etapa previa a los procesos judiciales.

La Corte de Justicia de San Juan, en el acuerdo N° 22/02 amplió la experiencia piloto a todos los juzgados del fuero civil, y a los juzgados de paz letrados del Gran San Juan, correspondiente a los departamentos de Rawson, Santa Lucía, Rivadavia y Chimbas.

Posteriormente fue regulada por la Ley 7.454[2], y comprende a la mediación comunitaria, a la escolar, a la extrajudicial y a la judicial.

Por Ley 7.675[3] se instituyó la mediación previa obligatoria a todo juicio en que la provincia, sus entes descentralizados y empresas y sociedades provinciales sean parte (actora o demandada), y en el nuevo Código Procesal Civil (Ley 8037), se hace expresa referencia a la mediación.

La mediación, como método alternativo y/o complementario de resolución de conflictos, no pude dejar de ser considerada a los fines de brindar un mejor servicio de justicia[4] y haremos en este trabajo un comentario sobre la citada normativa vigente y de lo que queda –a nuestro entender- por realizar. También nos referiremos a los cambios introducidos en la regulación de la conciliación y el arbitraje, como otros modos de resolver los conflictos.

II- LA MEDIACION JUDICIAL[5].

Para ser mediador en sede judicial se requiere ser abogado, haber cursado y aprobado los módulos introductorio, de entrenamiento y pasantía del nivel básico del Plan de Estudios del Ministerio de Justicia de la Nación, y estar matriculado en el Foro de Abogados de San Juan.

Por Acuerdo General N* 23, de fecha 27/10/2004, la Corte de Justicia de la Provincia de San Juan, crea el Centro Judicial de Mediación, el que depende de la misma, y reglamenta todo lo atinente a su funcionamiento y al procedi-

2 Aprobada en sesión de la Cámara de Diputados de fecha 27/11/2003. B.O. de fecha 13/08/04(ADLA 2004 - D, 5797).

3 Sancionada en fecha 23/12/2005. B. O. de fecha 13/01/2006.

4 Así, por ejemplo, en el año 2007 la Comisión Europea para la eficacia de la Justicia (CEPEJ) aprobó las directrices para una mejor aplicación de las recomendaciones existentes relativas a la mediación. A la luz de estas decisiones, la CEPEJ, entre cuyos objetivos en su Estatuto encontramos el de "permitir una mejor aplicación de los instrumentos jurídicos internacionales del Consejo de Europa relativo a la eficiencia y la equidad de la justicia ", ha incluido entre sus prioridades una nueva actividad dirigidas a facilitar la aplicación efectiva de instrumentos del Consejo de Europa y las normas sobre solución de controversias alternativo. El Grupo de Trabajo sobre Mediación (CEPEJ -GT -MED) creado para medir el impacto en los estados miembros de las recomendaciones pertinentes del Comité de Ministros, dicto Recomendación (98) 1 sobre la mediación familiar; la Recomendación (2002) 10 sobre la mediación en asuntos civiles; la Recomendación (99) 19 relativa a la mediación en materia penal; y la Recomendación (2001) 9 sobre las alternativas a los litigios entre la Administración y los particulares. Ver en: http://wcd.coe.int/...Intranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864.

5 Tal como sostiene Gladys Álvarez, entenderemos por mediación en sede judicial, los servicios de mediación que se ofrecen a los ciudadanos o justiciables como un servicio más de la administración de justicia.

miento de la mediación judicial en las dos circunscripciones judiciales de la Provincia.

Con relación a la mediación judicial, la Ley 7454 regula a la "mediación voluntaria" (a pedido de parte) como un método alternativo de resolución de conflictos en el ámbito judicial (art 10), y se la diferencia de la "obligatoria" (de oficio), en la cual lo único obligatorio es la concurrencia de las partes a la primera audiencia.

Esta última -la obligatoria- está establecida para las causas que tramiten con beneficio de litigar sin gastos (salvo las excluidas en el art. 13), para las causas en las el que Juez considere conveniente derivarlas a mediación, y en causas por alimentos régimen de visitas, tenencia de hijos y conexas con ésta), pues en esta primera audiencia o en cualquier momento, las partes podrán manifestar su voluntad de no continuar en el proceso de mediación; de ello se dejará constancia en acta que será agregada al expediente (art. 11).

Como causas no mediables, se indica: a- los procesos penales por delitos de acción pública, con excepción de las acciones civiles derivadas del delito y que tramiten en sede penal, y se señala que en las causas penales donde se haya instado la constitución de actor civil de las cuales el actor no se halle privado de su libertad, podrán ser sometidas a mediación en el aspecto civil una vez vencidos los términos de la oposición a la constitución del mismo sin que ello implique suspensión de término alguno; b- las acciones de divorcio vincular o separación, nulidad de matrimonio, filiación, adopción, patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales provenientes de éstas, alimentos, tenencia de hijos, régimen de visitas y conexas con éstas; a los procesos de declaración de incapacidad, inhabilitación y rehabilitación; c- al amparo, hábeas corpus e interdictos; d- a las causas de quiebras; e- a las medidas cautelares; f- a los juicios sucesorios y voluntarios con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstos; g- a las diligencias preliminares y prueba anticipada; y h- en general todas aquellas causas en que esté comprometido el orden público o sea materia indisponible para los particulares (art. 13).

En lo que respecta al procedimiento de mediación, se establece que el Tribunal declarará la apertura del proceso de mediación a pedido de parte o de oficio. La apertura a pedido de parte, podrá ser solicitada en cualquier oportunidad procesal y en todas las instancias.

La apertura de oficio corresponde sólo en los supuestos del Artículo 11 en las oportunidades siguientes: En el Inciso a), al proveerse la prueba; en los Incisos b) y c), en la oportunidad procesal que el Tribunal considere oportuno. Y se fija que en todos los casos en que intervengan Defensores Oficiales, la apertura del proceso de mediación sólo procede a pedido de parte (art. 15).

El procedimiento de mediación tendrá carácter confidencial. Las partes, sus abogados, los mediadores, peritos y todo aquel que intervenga en la mediación tendrá el deber de confidencialidad, pudiendo suscribir el compromiso en la primera audiencia en la que intervenga.

No se dejará constancia alguna de las manifestaciones o dichos de las partes, ni podrán ser ofrecidas como prueba. En ningún caso quienes hayan intervenido en el proceso de mediación, podrán ser llamados a absolver posiciones, ni prestar declaración testimonial sobre lo manifestado en la audiencia de mediación (art. 23).

A los fines de incentivar el uso de este método alternativo se prevé que cuando el actor propusiere a mediación una causa que no esté incluida en el Artículo 11, abonará el cincuenta por ciento (50%) de la tasa inicial de justicia. De mediar acuerdo quedará eximido del pago del cincuenta por ciento (50%) de la tasa restante. De no mediar acuerdo o éste sólo fuere parcial, se completará el pago de la tasa de justicia en proporción a las pretensiones subsistentes, a los fines de la continuidad del proceso (art. 24).

Como sanción, en caso de incomparecencia injustificada de alguna de las partes a la primera audiencia de mediación, se impondrá a favor del Centro Judicial de Mediación una multa cuyo monto será el equivalente a 800 U.T. (art. 26).

De mediar acuerdo total o parcial, se confeccionará un convenio en el que se dejará constancia de los términos de éste, de la retribución del mediador, debiendo ser firmada por las partes, sus letrados, el mediador y agregada al expediente. Cualquiera de las partes o el mediador pueden solicitar la homologación del acuerdo. El Tribunal podrá negar la homologación fundando su resolución, cuando el acuerdo afecte a la moral, las buenas costumbres o el orden público. Esta resolución será recurrible por las partes. Firme la resolución, el acuerdo le será devuelto al mediador para que junto con las partes, en una nueva audiencia, subsanen las observaciones o, en su caso, den por terminado el proceso (art. 28).

El plazo fijado para el procedimiento de mediación es de hasta treinta (30) días hábiles a partir de la primera audiencia, pudiendo prorrogarse por acuerdo de partes (art. 30).

Se prevé que los honorarios de los letrados de las partes, si no estuvieren convenidos, se regirán por lo establecido en la Ley Nº 2.150 (art.31).

En todas las causas y si mediare consentimiento de las partes, se ha establecido que podrá requerirse el apoyo de expertos en la materia objeto del conflicto, cuyos honorarios serán abonados por la parte solicitante, salvo acuerdo en contrario.

III- LA MEDIACION PREVIA

En los supuestos de procesos sumario (ahora, ordinario u abreviado según el monto en el nuevo C.P.C.C. de San Juan) por el monto o cuantía que determine la Corte de Justicia de la Provincia y de desalojo y cobro de alquileres, cualquiera sea el monto, previo a la presentación de la demandada, quien va a iniciar el juicio, deberá presentar un formulario de Iniciación en Mesa de En-

trada, la que asignará el Juzgado y notificará al Centro Judicial de Mediación para la iniciación del trámite correspondiente remitiéndole las actuaciones que a tal efecto se formarán (art. 12, Ley 7454).

Si una de las partes no acepta iniciar la mediación o el mediador estima que no es recomendable el procedimiento o en caso de incomparecencia del requerido o del requirente, o en el supuesto de no llegar a un acuerdo, se labrará un acta dejándose constancia, la que habilita el inicio del juicio (art. 35).

Los honorarios del mediador podrán ser convenidos libremente entre las partes. En su defecto, los honorarios serán regulados por el Juez, en base a lo establecido en el Artículo 221º, de la Ley Nº 2.150.

IV- LA MEDIACION EXTRAJUDICIAL

La Ley 7454 establece que habrá mediación extrajudicial cuando las partes, sin instar proceso judicial adhieran voluntariamente a la mediación para la resolución del conflicto (art. 49).

El acuerdo a que se arribe tendrá el mismo efecto de un convenio entre partes. Cualquiera de las partes o el mediador podrán solicitar la homologación del acuerdo en sede judicial, según las prescripciones al respecto contenidas en el Código Procesal Civil y Comercial de San Juan. El trámite de homologación estará exento de tasa de justicia y de todo otro gasto (art. 51).

En este tipo de mediación, para actuar solo se requiere: a) poseer título universitario; b) haber aprobado el curso introductorio, entrenamiento, pasantías, nivel básico del Plan de Estudios del Ministerio de Justicia de la Nación u otro equivalente de jurisdicción provincial; c) estar matriculado en el Registro correspondiente a la profesión que pertenece (es decir, puede no ser abogado); d) y disponer de oficinas adecuadas para un correcto desarrollo del proceso de mediación, habilitadas por el Centro que nuclea a la profesión a la que pertenece (art. 52).

V- LA MEDIACION OBLIGATORIA PREVIA EN JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL ESTADO PROVINCIAL COMO PARTE

Por Ley N* 7675, según lo indicamos, se instituyó con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio por acciones comprendidas en la misma, en que el estado Provincial, sus Entes Descentralizados y Empresas y Sociedades del Estado, sean parte, cuyo trámite se regirá por dicha Ley y, en lo pertinente, por el Título IV de la Ley nº 7454 y sus normas reglamentarias dictadas y a dictarse por la Corte de Justicia (art. 4).

Esta ley hace que San Juan sea unos de los pocos lugares de Sudamérica en que se prevé la regulación de la mediación pre-jurisdiccional en casos en que una de las partes del conflicto es el Estado.

Se dispone que toda persona que se proponga iniciar una acción judicial contra el estado, Entes Descentralizados y Empresas y Sociedades del Estado, previo a abrir la instancia judicial, se deberá presentar ante la Mesa de Entrada Única según el fuero, peticionando la apertura del procedimiento de mediación mediante la presentación formal respectiva. El jefe procederá a registrar el ingreso, adjudicará la causa al Tribunal que corresponda y le remitirá la petición. Ingresada la causa al Juzgado, se notificará a la contraparte, corriéndole vista del pedido por cinco (5) días, y producido su comparendo, se remitirán las actuaciones al Centro Judicial de Mediación (art. 5).

El procedimiento se rige por lo establecido en la Ley 7454 en lo que fuere pertinente a la mediación obligatoria, y por las normas reglamentarias que dicte la Corte de Justicia.

Esta Ley fue declarada de orden público y es aplicable de oficio. El juez competente no debe dar trámite a presentaciones que impliquen introducción de la instancia judicial, sin que sean acompañados del respectivo certificado que dé cuenta del fracaso de la mediación.

Una vez que el juzgado de origen haya cumplimentado con la notificación y vista a la futura demandada que prevé el Art. 5º, remitirá al Centro Judicial de Mediación el aludido formulario.

En dicho Centro se recibe la causa, se sortea al mediador y continúa el procedimiento de mediación conforme las previsiones de la ley 7.454 por remisión expresa formulada por la ley 7.675. De mediar acuerdo, se confecciona el convenio, el que debe ser aprobado por el Fiscal de Estado en el supuesto de que no haya actuado personalmente en el procedimiento, y por el Poder Ejecutivo. Aprobado por éste, se solicita la homologación al juez interviniente.

Por Ley nº 7.967[6]se modifica parcialmente a la Ley 7.675 y se prevé para los casos de expropiaciones irregulares o inversas, a la mediación como paso previo. Además de la intervención de la Fiscalía de Estado, esta ley establece la intervención de la Asesoría Letrada de Gobierno y del órgano correspondiente a quien se pretenda demandar, pudiendo estos dos últimos coadyuvar con la Fiscalía de Estado, exclusivamente en el trámite de mediación.

De mediar acuerdo, se confeccionará el respectivo convenio, el que será aprobado por el Fiscal de Estado y por el Poder Ejecutivo, a cuyos efectos el primero de ellos remitirá el acuerdo a la Asesoría Letrada de Gobierno.

6 B. O. Nº 23.463 de fecha 20/03/2009

VI- LA MEDIACION EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL CIVIL[7] (LEY 8037)[8]

Por iniciativa de la Directora del Centro Judicial de Medición, Dra. Delia Quintar de Massara, se propuso y luego quedó establecido en el nuevo Código Procesal Civil vigente a partir del 01/02/2010, que en los casos que fueren de aplicación la Ley 7454, 7675 y sus sustitutivas modificatorias, en todo lo que no regule este Código, se aplicará la normativa vigente citada.

El texto legal prevé:

ARTÍCULO 283.- En los casos que fueren de aplicación la Leyes 7454, 7675 y sus sustitutivas modificatorias, en todo lo que no regule este Código, se aplicará la normativa legal vigente citada. Cuando se llegare a un Acuerdo de Mediación en el Centro Judicial de Mediación, el Juez una vez tomado conocimiento del mismo, si correspondiere lo homologará y protocolizará, adquiriendo autoridad de cosa juzgada. Si no se diere cumplimiento al acuerdo de mediación homologado, podrá ser ejecutado a pedido de parte, por el trámite de ejecución de sentencia.

Los jueces tienen así un papel importante en el desarrollo de la mediación. Deben ser capaces de dar información sobre la mediación y, en su caso, invitar a las partes a recurrir a la mediación y/o remitir el asunto a la mediación.

VII- EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACION.

Las técnicas y estrategias que deben emplearse para favorecer la comunicación entre las partes en conflicto, no están reguladas ni en el Código Procesal Civil ni en las leyes referidas precedentemente.

En el curso de este procedimiento de mediación, las partes están invitadas para abrir o reanudar un diálogo y evitar la confrontación. Lograda la comunicación, las partes desempeñan un papel particularmente activo en tratar de lograr por sí mismas la solución que más les convenga.

Este método ofrece la oportunidad de ir más allá de las posiciones puramente legales y llegar a una solución personalizada atendiendo a los intereses y la verdadera naturaleza de la controversia. Este enfoque basado en el consenso acrecienta las probabilidades de que una vez que las partes han resuelto sus diferencias, puedan mantener la actividad normal o relaciones personales.

Por ende, es fundamental para lograr una adecuada calidad en el servicio de mediación ofrecido que se realice con mediadores debidamente formados[9].

7 Ley 7942 ORDENADA, MODIFICADA Y CORREGIDA POR LEY N. 8037

8 B.O. de fecha 18/09/2009

9 Además de los cursos de capacitación que deben realizarse obligatoriamente y que son organizados por el Foro de Abogados de San Juan o el Poder Judicial de la Provincia de San Juan, en el año

El conflicto como tensión entre dos o más entidades sociales (individuos, grupos u organizaciones) que proviene de la incompatibilidad de respuestas reales o deseadas[10], puede resultar una oportunidad para lograr una mejora en la convivencia social, pero es muy peligroso cuando no se logra resolverlo.

Ahora bien, existen ciertos tipos de conflictos que se puede resolver a través de la mediación pero los conflicto por razones de conducta solo puede resolverse en terapia[11]. Y es más probable una mediación resulte exitosa cuando las partes en disputa necesitan mantener una relación que cuando no avizoran ninguna futura relación.

Para resolver el conflicto hay que facilitar la comunicación y gestionar el mismo, con el uso de técnicas especiales[12].

Existen distintos modelos de mediación a los fines de facilitar la comunicación y la gestión de los conflictos, entre los que encontramos a:

1- El método Fisher-Uri o modelo Harvard[13];

2- El modelo transformativo de Baruch Bush-Folger[14]

2010 la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y la de Filosofía y Humanidades de la U.C.Cuyo han iniciado una Diplomatura en Mediación.

10 Cfr. Raven and Kruglanski; "Power and conflict", 1970, p. 70, citado por John F. Gaski en "The Teory of Power in Channel of Distribution". Ver en: http://bear.warrington.ufl.edu/weitz/mar7786/Articles/gaski.pdf

11 Ver en http://www.psicopedagogia.com/modificacion-de-conducta.

12 Ver a Haynes, John; "Metaphors and Mediation" en http://www.mediate.com/articles/metaphor.cfm, quien indica, por ejemplo, que utilizaba como metáfora la frase "***siempre se necesitan dos para bailar un tango***" para dar a las partes en conflicto una perspectiva distinta que implica que puedan entender de que ambos pudieron tener una participación en la creación de la controversia, y si uno acepta tener aunque sea un 1% de responsabilidad en la producción del conflicto, ello ya representa un cambio de actitud al que tiene quien niega toda responsabilidad en el mismo; o la metáfora alemana "***ambos perdieron las plumas***" referida a la vida rural en una granja, que al igual que "dos para bailar un tango", le recuerda a los participantes que ambos forman parte de la disputa It is useful because it takes the parties a small step from the battle metaphor and translates it to two chickens in a squabble which they both lose.y lo traduce a dos pollos en una pelea en que ambos pierden.

13 Ver en http://www.negociaccion.net/index.php?option=com_content&view=article&id=169:el-modelo-de-harvard&catid=33:negociacion&Itemid=53 y en: http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/la-mediacion-una-panoramica-de-sus-fundamentos-teoricos. Se señala que este método nació como un proyecto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard (Harvard Negotiation Project) y que fue creado inicialmente para la negociación bilateral en los ámbitos de la Economía y el Derecho, a diferencia de los enfoques transformativo y circular-narrativo que están destinados propiamente a la mediación; pero que a pesar de ello, las ideas y el proyecto del grupo de Harvard en relación con las disputas y con la negociación han influido decisivamente en las prácticas de los mediadores. Se ve a la mediación como un modo de solucionar disputas que tiene como fin principal llegar a acuerdos que satisfagan en la mayor medida posible a todos los individuos implicados, y se asienta sobre los valores de respeto absoluto por el individuo y la concepción del conflicto como un problema que entorpece el desarrollo y la felicidad individuales. Y se busca la colaboración entre las partes en discordia, de manera que en el proceso no resulten vencedores ni vencidos, sino que cada parte pueda obtener una porción de su pretensión inicial, y por tanto, se sienta satisfecha en alguna medida, con el acuerdo alcanzado.

14 Se indica que se considera a la mediación como una entidad singular que va más allá de ser una alternativa a la resolución de conflictos, y lo que confiere singularidad a la mediación es que en el proceso de búsqueda de soluciones en el que los participantes tienden a entender el conflicto como una fuente de enriquecimiento personal y una oportunidad de desarrollo moral. Este método trata

3- El modelo circular-narrativo (Sara Cobb)[15]

Se necesita, como se indicara precedentemente, garantizar un nivel adecuado en la formación y en la experiencia que ha obtenido el mediador como requisito previo a que intervenga en el servicio de mediación ofrecido[16], teniendo en cuenta –también- que hay determinados aspectos del proceso de la mediación que dependen estrictamente del medio en que está trabajando.

de lograr el potenciamiento del protagonismo del individuo (empowerment), y busca comprender al otro por conducto de la revalorización y el reconocimiento. El objetivo de la mediación no es ya el acuerdo, sino el desarrollo moral de los participantes, como condición esencial para una relación adecuada entre las partes. Ver en: Baruch Bush, R. A. y Folger, J.P., "*La Promesa de la Mediación"*, Ed. Granica, Barcelona, 1996.

15 Se señala que adoptar este modelo en un caso de mediación convierte el proceso ya no en una negociación en sentido estricto sino en una experiencia narrativa a través de la cual se trata de construir el nuevo orden y se convierte en la construcción de universo simbólico exclusivo de los participantes y únicamente útil para ellos, lo que es precisamente el factor de cohesión según este enfoque. La mediación es así un canal útil de transformación de la conducta hostil a la cooperativa, para que sea posible analizar y dar solución a un problema. Se alude también a que el método que se utiliza en este tipo de mediación consiste en aumentar las diferencias ya existentes entre las partes protagonistas del conflicto. En este intento las partes explican el problema que les afecta, individualizando su postura y llevándola muchas veces hasta el extremo. El mediador escuchará ambas partes que se manifiestan en tesitura semejante dejándolas hacer casi hasta el absurdo, con la intención de que una vez que las partes hayan expuesto sus posturas, y comprobada la imposibilidad del acuerdo si cada una de ellas se mantiene inflexible, se proceda a crear una historia alternativa que posibilite la modificación de la relación, y con ella la posible solución del conflicto". Cfr. Soleto Muñoz, H. y Otero Parga, M. (Coord.), citados por Helena Nadal Sanchez en "*La Mediación: una panorámica de sus fundamentos teóricos*"; ver en: http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/la-mediacion-una-panoramica-de-sus-fundamentos-teoricos.

16 Así, por ejemplo, el artículo 1º de la Res. M.J. Nº 480/02 establece una instancia de evaluación de idoneidad de los aspirantes a ingresar al Registro de Mediadores, como se prevé una capacitación continua, actualización y especialización, para mediadores inscriptos en el Registro de la Ley Nº 24. 573**.** Como criterio de evaluación se indica que se fundamentan en el perfil de mediador considerado idóneo para su desempeño en el ámbito prejudicial y se considerará aprobada la evaluación de un aspirante cuya producción escrita evidencie: a- Conocimiento de las normas vigentes aplicables al caso; b- Capacidad para identificar y describir fundamentalmente las características del proceso de la mediación, la utilización de los recursos según lo requiera el proceso, las herramientas e intervenciones del mediador en el caso planteado (parafraseo, utilización de sesiones privadas, detección de posiciones e intereses, confección de agenda y manejo de temas sustanciales, manejo del diálogo y de las intervenciones para replantear el conflicto, elaborar opciones y formular acuerdos); c- Capacidad de analizar el problema desde el rol del mediador y de elaborar un plan estratégico para mediar en el caso planteado; d- Conocimiento de estrategias comunicacionales pertinentes para neutralizar cargas emocionales, formular preguntas que permitan indagar intereses y necesidades, obtener información, promover la comunicación entre las partes o a través del mediador, intervenir para hacer agente de la realidad y replantear adecuadamente el motivo del conflicto.

VIII- ESTADISTICAS DEL CENTRO JUDICIAL DE MEDIACION

PERÍODO 01/07/2010 AL 31/10/2010

Causas Ingresadas----------738
Causas Concluidas----------644
Causas Efectivamente Mediadas------282 (44% de las concluidas)
De las causa Mediadas ----------144 Con Acuerdo (51%)
----------138 Sin Acuerdo (49%)
De estos guarismos generales los porcentajes por materia resultan los siguientes:
Causas Patrimoniales ----------Con Acuerdo 40%
----------Sin Acuerdo 60%

Causas de Familia----------Con Acuerdo 75%
----------Sin Acuerdo 25%

Causas Laborales ----------Con Acuerdo 56%
----------Sin Acuerdo 44%

Causas en que el Estado Provincial es Parte Con Acuerdo 58%
----------Sin Acuerdo 42%

Causas de la Justicia de Paz----------Con Acuerdo 88%
----------Sin Acuerdo 12%

IX- LA CONCILIACION

Se podría distinguir mediación de conciliación prevista en el C.P.C. de San Juan, en cuanto que la mediación es un procedimiento (método) en la que el mediador utiliza determinadas técnicas y sigue unas reglas para facilitar la comunicación entre las partes con el fin de que ellas logren la solución de la controversia, y la conciliación es la ocasión en la que las partes pueden llegar a un acuerdo en una audiencia fijada por el Juez.

En el nuevo Código de Procesal Civil, Comercial y de Minería (Ley 0837) que entró en vigencia el 01/02/2010, la conciliación está prevista dentro de las facultades ordenatorias e instructorias del juez, quien sin requerimiento de parte, podrá disponer la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación total o parcial del conflicto.

El texto legal establece:

ARTÍCULO 33.- Son deberes de los Jueces:1)… En los juicios de divorcio y de nulidad de matrimonio, en la providencia que ordena el traslado de la demanda se fijará una audiencia a la que deberán comparecer personalmente las partes y el representante del ministerio tutelar de incapaces, en su caso. En ella el Juez tratará de avenirlas sobre las cuestiones relacionadas con la

tenencia de hijos, régimen de visitas y atribución del hogar conyugal…3)… La convocatoria a audiencia de conciliación no interrumpe los plazos para dictar sentencia, pero podrá ser invocada para solicitar su prórroga por un máximo de diez días. El sometimiento a mediación lo suspenderá hasta su conclusión

ARTÍCULO 35.- Aún sin requerimiento de parte, los Jueces y Tribunales podrán:… 2) Intentar una conciliación total o parcial del conflicto o incidente procesal, pudiendo proponer y promover que las partes deriven el litigio a otros medios alternativos de resolución de conflictos. En cualquier momento podrá disponer la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación. 3) Proponer a las partes fórmulas para simplificar y disminuir las cuestiones litigiosas surgidas en el proceso o respecto de la actividad probatoria. La mera proposición de fórmulas conciliatorias no importará prejuzgamiento.

Como uno de los modos anormales de terminación del proceso se ha previsto que:

ARTÍCULO 273.- Los acuerdos conciliatorios celebrados por las partes ante el Juez, y homologados por éste, tendrán autoridad de cosa juzgada. Se procederá a su cumplimiento en la forma establecida para el trámite de ejecución de sentencia.

Este nuevo Código Procesal incorpora en el proceso de conocimiento ordinario a la "audiencia inicial" (preliminar) de manera facultativa para el Juez o a pedido de las partes, antes de la apertura a prueba, en que las partes y sus letrados deberán concurrir personalmente. La incomparecencia injustificada de la actora se considerará como desistimiento del proceso, y respecto del demandado se tendrán por reconocidos los hechos aseverados por la contraria (art. 325).

En esta audiencia, el juez deberá intentar la conciliación respecto de todos o de alguno de los puntos controvertidos. En caso de que no pudiera conciliar, el juez deberá informar a las partes sobre la posibilidad de la derivación de la causa a mediación (art. 326).

En el proceso de conocimiento abreviado también está prevista la posibilidad de fijar la audiencia inicial a pedido de parte o a criterio del tribunal, o derivar la causa a mediación si correspondiere (art. 451).

Se considera, y coincidimos, que esta posibilidad de conciliación se debe desarrollar a través de varias fases: a) la fase inicial, en la cual se define el contexto de la conciliación; b) la fase de intercambio de historias, donde se definen los puntos de vista de cada uno de los actores, los hechos y sentimientos; c) la fase de situación del conflicto, es decir, donde se concretan los puntos a tratar y se enfatiza en lo conciliable; d) la fase donde se generan soluciones,

promoviendo su búsqueda y su selección; y e) la fase en la cual se establecen los acuerdos y el cierre que se especifican en un acta[17].

No debe consistir en un simple trámite en el que sólo se pregunte a las partes si han arribado a un acuerdo, sino que se debe buscar el acuerdo estableciendo un diálogo positivo entre las partes, aplicando las técnicas de mediación a los fines de que ese acuerdo sea favorable para ambas[18] [19].

17 Cfr. Muñoz, Helena Soleto; "*La Conciliación: Una nueva función del Secretario Judicial*", ver en: www.cej.justicia.es/pdf/nueva_oficina_judicial/mediacion_y_conciliacion/CONCILIACION_PARA_SECRETARIOS.PDF

18 En España la conciliación es una de las funciones asignadas a Secretarios Judiciales en los términos establecidos por las leyes procesales. Ver en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_spa_en.htm.
En Francia encontramos el intento de conciliación previa ante el órgano jurisdiccional de primera instancia y el tribunal local, en donde los solicitantes lo requieren por vía oral o por escrito al secretario del tribunal. The clerk of the court calls the parties together by means of an ordinary letter. El secretario del tribunal cita a las partes entre sí por medio de una carta normal. If the conciliation is successful, the report, signed by the parties, the judge and the clerk of the court, is legally binding. Si la conciliación es exitosa, el informe, firmado por las partes, el juez y el secretario de la corte, es jurídicamente vinculante. In the absence of conciliation, the case may either be heard immediately if the parties agree, or there may be a summary or a declaration to the court office, depending on the seriousness of the claim and the nature of the dispute. A falta de conciliación, el caso se puede escuchar de inmediato si las partes están de acuerdo, o puede haber un resumen o una declaración a la secretaría del tribunal, según la gravedad de la demanda y la naturaleza de la controversia. In practice conciliation hearings are held before a judge in most courts of first instance. En la práctica se llevan a cabo audiencias de conciliación ante un juez en la mayoría de tribunales de primera instancia.
También se prevé la conciliación cuando se haya iniciado el proceso legal con el consentimiento de las partes. En este caso, el tribunal de primera instancia o tribunal local, con el consentimiento de las partes, designa un conciliador para intentar una conciliación. He sets the duration of this mission, which may not exceed one month but which may be renewed once only. Se establece la duración de esta misión, que no podrá exceder de un mes, pero que podrá ser renovado una sola vez. The conciliator receives the parties in complete confidentiality. El conciliador recibe a las partes en completa confidencialidad. In the event of a memorandum of agreement being produced, it must be submitted for the judge's approval. En el caso de llegar a un acuerdo, éste debe ser sometido a la aprobación del juez. Ver en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_fra_en.htm.
En Italia la conciliación judicial y extrajudicial está regulada en los artículos 183, 185, 320, 322, 420 y 447 bis del Código de Procedimiento Civil, como en leyes especiales (Ley n* 108/90 referida a la conciliación extrajudicial en asuntos de derecho laboral -colectiva y administrativa- como condición para iniciar procedimientos legales en casos de despido; Ley n* 580/93 relativa a la creación del arbitraje y conciliación adjunta a las Cámaras de Comercio; Ley n*192/98 que regula la conciliación y el arbitraje para los conflictos de subcontratación de la industria; y Ley n* 320/63 referida a la conciliación obligatoria antes de la incoación del procedimiento en materia agrícola). Ver en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ita_en.htm.

In the event of failure, the proceedings resume their course once more.

19 Señala Gladys Alvarez que en los tribunales norteamericanos, suele denominarse a esta actividad "Settlement Conference", a veces está a cargo de un Magistrate Judge (Juez adjunto) o de otro juez que no va a decidir el cas, e indica que en esta reunión con las partes y sus abogados, el juez además de emplear técnicas de mediación para mejorar la comunicación entre las partes, puede proponer soluciones, emitir opinión sobre las debilidades y fortalezas de las posiciones legales de las partes. Personalmente tuve la oportunidad de ver como funciona en el U.S. district Court for the district of Maryland, donde el District Judge Peter J. Messite nos presentó a su Magistrate Judge, que realizaba dicha tarea con el consentimiento de las partes.

X- EL ARBITRAJE

En el nuevo Código Procesal está regulado el juicio arbitral como otro método para resolver los conflictos y por medio del cual las partes podrán someter a resolución de un tribunal arbitral toda cuestión o contienda individual o colectiva, salvo las que estén excluidas o no puedan ser objeto de transacción (arts. 730 a 756).

También se prevé todo lo atinente al juicio de amigables componedores, ya que podrá someterse a la decisión de éstos todas las cuestiones que pueden ser objeto del juicio de árbitros (arts. 757 a 763).

Se establece que la pericia arbitral procederá en los casos de liquidaciones o cuentas muy complicadas y de lenta y difícil justificación, o que requieran conocimientos especiales, como para la liquidación de sociedades, incluida la determinación del carácter propio o ganancial de los bienes de la sociedad conyugal, impuesta por sentencia, y cuando las leyes establezcan ese procedimiento con el nombre de juicio de árbitros, arbitradores, peritos árbitros, para que resuelvan cuestiones de hecho concretadas expresamente.

Son de aplicación las reglas del juicio de amigables componedores, debiendo tener los árbitros peritos especialidad en la materia; bastará que el compromiso exprese la fecha, los nombres de los otorgantes y del o de los árbitros, así como los hechos sobre los que han de laudar, pero será innecesario cuando la materia del pronunciamiento y la individualización de las partes resulten determinadas por la resolución judicial que disponga la pericia arbitral o fueren determinables por los antecedentes que la han provocado.

Si no hubiere plazo fijado, deberán pronunciarse dentro de un mes a partir de la última aceptación. Si no mediare acuerdo de las partes, el Juez determinará la imposición de costas y regulará los honorarios (art. 764).

XI- REGLAMENTACION DEL REGISTRO DE MEDIADORES –ACTA Nº 1507 DEL DIRECTORIO DEL FORO DE ABOGADOS DE SAN JUAN[20].

Se creó dentro del ámbito del Foro de Abogados de San Juan, a cuyo cargo está el control de la matrícula, el Registro de Mediadores y el Registro de Mediadores Judiciales.

Para obtener la matrícula de mediador se requiere: a- Datos personales del Mediador; b- Constancia de inscripción en la matrícula de Abogados del Foro local; c- Acreditar haber aprobado la formación básica en mediación, según el plan de Estudios del Ministerio de Justicia de la Nación u otros equivalentes de jurisdicción provincial; d- Constituir domicilio profesional en la provincia de San Juan; e- Fotocopia del documento de identidad.

20 De fecha 20/11/06

La inscripción es anual y para obtener la reinscripción el mediador deberá acreditar: a- Que subsisten los requisitos del art. 2 de la reglamentación; b- Constancia de la realización de los cursos de actualización en mediación con un mínimo de 30 horas cátedra en el año, organizados por el Foro de Abogados y/o el Centro Judicial de Mediación dependiente de la Corte de Justicia (art. 14 de la ley 7454) y/o por otro organismo autorizado por el Ministerio de Justicia de la Nación, así mismo deberá acreditar como mínimo 10 horas de mediación y/o su equivalente a cinco Mediaciones Judiciales mediante certificación del Centro Judicial de Mediación.

Quienes se inscriban por primera vez como Mediadores Judiciales deberán cumplir con los requisitos exigidos en la ley, acreditar como mínimo, 10 horas de observación mediante certificado expedido por el Centro Judicial de Mediación, y haber asistido al curso de "Procedimiento Judicial de la Mediación" que se dictara en el Foro de Abogados de San Juan en el mes de noviembre.

La ética de los mediadores judiciales, sus infracciones, y el correspondiente procedimiento disciplinario, se rige por el Código de Ética que el Directorio del Foro de Abogados apruebe al efecto, conforme al proyecto que presente el Instituto de Mediación (art. 46, ley 7454).

El Foro de Abogados de San Juan debe remitir al Centro Judicial de Mediación la Lista de Mediadores en sus respectivas especialidades, todos los años en la última semana de Diciembre, sin perjuicio de remitir mensualmente las bajas, si las hubiera (art. 8).

XII- LO QUE NOS QUEDA POR INCORPORAR.

1. En los conflictos del fuero penal

No se ha instituido la posibilidad de la mediación penal como método alternativo de resolución de conflictos, a los fines de que el fiscal pueda solicitar el asesoramiento y el auxilio de personas o entidades especializadas para procurar el acuerdo de las partes en conflicto o instar a los interesados para que designen un mediador[21].

Si es posible acceder al método de mediación en las acciones civiles derivadas de un delito que hayan sido promovidas en sede penal (art. 13, ley 7.454).

2. En los conflictos de la régimen procesal penal juvenil

Entendemos que resultaría importante que se instituyera un régimen procesal penal juvenil en el que se estableciera que el Ministerio Público Fiscal pueda utilizar, dentro de los mecanismos de resolución de conflictos, a la me-

21 Cfr. CODIGO CONTRAVENCIONAL, art. 41 de la LEY Nº 1.472 de la Ciudad Autónoma de Bs. As.. Ver también la Ley 13.433 de la Provincia de Bs. AS.

diación con el fin de pacificar el conflicto, procurando la reconciliación entre las partes como la posible reparación voluntaria del daño causado, evitando la re victimización, y promoviendo la autocomposición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando a su vez, los perjuicios derivados del proceso penal, para el caso que los supuestos autores de una infracción de tal índole resultaren ser personas menores de dieciocho (18) años punibles[22].

3. En los conflictos de derechos del consumidor

En materia de derechos del consumidor, nos parece muy interesante el trabajo que realiza la Comisión Europea, que está detrás de la creación de dos redes europeas de órganos judiciales a los fines de facilitar el acceso del consumidor a los procedimientos extrajudiciales para la solución de los litigios transfronterizos en caso de que el comerciante esté establecido en un Estado miembro distinto de aquel en el que el consumidor reside.

Con la Red Extrajudicial Europea ("ECC-Net") se crea una estructura de asistencia e información para los consumidores, que consiste en puntos de contacto nacionales en cada Estado miembro y en Noruega e Islandia. Cada uno de los puntos de contacto actúa como un relevo de información para los 400 órganos considerados por los Estados miembros que cumplen las exigencias de las dos recomendaciones de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios de los consumidores (independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación).

También encontramos a la red para las reclamaciones de los servicios financieros ("FIN-NET") que ofrece a los consumidores frente a un problema relativo a los servicios financieros (banca, seguros, inversiones) el acceso directo a uno de los servicios de resolución extrajudicial de controversias. Y la SOLVIT, que es una línea gratuita para la solución de problemas transfronterizos causados por la incorrecta aplicación de la normativa comunitaria en el mercado interior por las autoridades públicas.

Además, la Comisión ha participado financieramente en la puesta en marcha de la "ECODIR" (Electronic Consumer Dispute Resolution Platform) que instituye una plataforma electrónica de solución de controversias[23].

XI- CONCLUSION

El propósito de estas normas es dar una oportunidad significativa de las partes para lograr una solución de sus controversias en forma oportuna, más

22 Ver REGIMEN PROCESAL PENAL JUVENIL, art. 55 de la LEY N° 2.451 de la Ciudad Autónoma de Bs. As.

23 Ver en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_eng_en.htm

económica, manteniendo -y en ocasiones mejorando- la relación entre las partes.

Es que la relación entre las partes es planteada en términos de cooperación, con una proyección en el futuro y con un resultado en el cual todos ganan. Se busca también de evitar el abuso de la vía judicial, reservándola únicamente para aquellos casos en los que sea necesaria.

Con estos modos alternativos de solución de conflictos los seres humanos pueden ejercitar la autonomía de la voluntad y con ella su derecho a la dignidad y el ejercicio de la responsabilidad de una forma mucho más completa que mediante la vía judicial[24]. Pero ello no debe olvidar el debido consentimiento informado a las partes y la existencia de una igualdad real y efectiva entre las mismas.

La mediación puede ser una herramienta muy útil en la solución de conflictos de distintos tipos que, salvo en los casos en los que no es aconsejable, permite que las personas utilicen una manera distinta y no competitiva de buscar la solución de sus problemas. Es que cuando las partes tienen en cuenta sus intereses entablando un diálogo y no un debate, la mediación puede también traducirse en un acuerdo que crea más valor que el que se habría creado si no hubiese surgido la controversia que dio origen al conflicto, siempre en una cultura de la paz, en un contexto de pacificación y dejando a un lado la violencia.

Pero se indica que ésta resulta una práctica que si bien deja libre a los participantes en su toma de decisiones, queda adecuadamente determinada por el marco de convivencia mínimo que establece el Derecho y por los sistemas de negociación que ofrecen los diversos modelos teóricos[25], resultando –por ende- fundamental que se asegure la calidad del servicio de mediación que se ofrece al ciudadano, lo cual conlleva una adecuada formación del mediador y una necesaria evaluación sobre su desempeño profesional[26].

24 Cfr. Soleto Muñoz, H. y Otero Parga, M., citados por Helena Nadal Sanchez en "*La Mediación: una panorámica de sus fundamentos teóricos*". Ver en: http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/la-mediacion-una-panoramica-de-sus-fundamentos-teoricos.

25 Cfr. Helena Nadal Sanchez en "*La Mediación: una panorámica de sus fundamentos teóricos*". Ver en: http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/la-mediacion-una-panoramica-de-sus-fundamentos-teoricos. Esta autora aclara que si bien es cierto que el mediador debe poseer cierta aptitud inicial (como en tantas otras profesiones) no lo es menos el hecho de que la mediación es una disciplina regulada a nivel interno y que ofrece parámetros claros y consolidados de actuación que el mediador debe conocer, y que sólo atendiendo a dichos parámetros el mediador conseguirá que las soluciones a las que lleguen los participantes contemplen tanto las peculiaridades de cada contexto como los referentes de justicia y equidad más universales.

26 Cfr. Gladys S. Álvarez, clase dictada en la Diplomatura en Medición en la U.C.Cuyo (Julio de 2010), donde señaló que la forma de efectuar un control de calidad del sistema de mediación pasa por el monitoreo y la evaluación que son dos procesos diferentes.

El Rol del Juez en la Adjudicación de Derechos Individuales de Incidencia Colectiva: Una Oportunidad para el Litigio Estructural en México

Jaime Olaiz-González [1*]
Juan Bosco López [2**]

Para Owen Fiss

Introducción. I. Reforma en Materia de Acciones Colectivas en México. II. Trasplante de Instituciones Jurídicas Extranjeras. III. La Protección de los Derechos Individuales de Incidencia Colectiva como Pivote para el Litigio Estructural. IV. La Función Judicial como Clave para la Introducción del Litigio Estructural en México para Proteger Derechos Individuales de Incidencia Colectiva. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La figura del litigio estructural ha servido desde los años sesenta en los Estados Unidos para corregir las deficiencias o inequidades que conlleva la aplicación de prácticas o políticas públicas que no solamente resultaban inconsistentes con los derechos tutelados en la Constitución, sino que implicaban una violación sistemática de derechos civiles, políticos y sociales que

1* Profesor e investigador, Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México. J.S.D. Candidate '14, Yale Law School; LL.M. '09, Yale Law School; Becario Fulbright-García Robles y de la Secretaría de Educación Pública (México).
2** Candidato a la licenciatura en Derecho, Universidad Panamericana, México.

profundizaban las desigualdades de carácter racial, de género, entre otras, en los Estados Unidos durante esa época.[3]

Este tipo de litigio vertebrado en la prerrogativa constitucional para ejercitar -en el marco de las cláusulas de debido proceso e igualdad ante la ley, acciones encaminadas a la protección de los derechos violentados por la aplicación de políticas inconsistentes con aquellos, revolucionó la estructura de las instituciones públicas en los Estados Unidos, particularmente en materia educativa,[4] laboral, penitenciaria[5] y más recientemente, de protección al consumidor. La experiencia que arrojan esas transformaciones puede resumirse en dos aspectos fundamentales:

(a) Por un lado, el rol insustituible que asumió el poder judicial para impulsar, legitimar y en ocasiones, encabezar la agenda transformadora de las estructuras diferenciadoras/discriminatorias prevalecientes,[6] como el único participante legitimado para determinar –a pesar de su naturaleza contramayoritaria,[7] el alcance de las garantías previstas en la Constitución con la finalidad de asegurar la igualdad de todos los ciudadanos frente a la aplicación de la ley –y consecuentemente, de las políticas públicas que resultasen de las leyes secundarias, así como el libre acceso a la tutela de esos derechos mediante mecanis-

3 Owen M. Fiss, "The Law as It Could Be," New York University Press, 2003. Owen Fiss, Profesor Sterling en la Universidad de Yale, ha dedicado su trayectoria académica al análisis y defensa de las posibilidades de erradicar las diferencias sistémicas que resultan violatorias de derechos fundamentales que tutelan la igualdad jurídica de los ciudadanos y su libre acceso a la justicia, mediante el cabal ejercicio de los derechos procesales que la propia Constitución de Estados Unidos les otorga, con la finalidad de ecualizar a los ciudadanos mediante el litigio para enfrentar en el marco de la legalidad vigente, las asimetrías inherentes a las relaciones entre los gobernados y las estructuras burocráticas o privadas. Esta vocación se refleja con prístina elocuencia en dos piezas del autor que han resultado de particular relevancia para el presente trabajo: *The Forms of Justice,* publicada en el número 93 del Harvard Law Review en 1979; y *The Social and Political Foundations of Adjudication,* en el volumen editado por Robert A. Goldwin y William A. Schambra titulado "How Does the Constitution Secure Rights?" de 1983. Ambos ensayos aparecen en la obra referida al inicio de esta nota, en las páginas 1 y 48 respectivamente.

4 Brown v. Board of Education, 1954. 347 U.S. 483 (1954); 349 U.S. 294 (1955).

5 Ruiz v. Estelle, 503 F. Supp. 1265 (S.D. Tex. 1980).

6 Owen M. Fiss, *supra,* nota 1, p. 244. En lo que se denomina "Segunda Reconstrucción" en los Estados Unidos con motivo de la declaración de inconstitucionalidad de la política "separados pero iguales," el profesor Fiss describe en los siguientes términos el rol de la Corte Suprema: "The Second Reconstruction refers to a period of American history dedicated to the eradication of the social structures that had been used for almost a century to perpetuate the subjugation of blacks. At the center of this reconstructive enterprise was the Supreme Court, which spurred, legitimated, and sometimes even managed the reforms. The Court, however, did not act alone, and many achievements of that period of history can be traced to the involvement of the other branches of government and society in general. The Court drew on this involvement and, in fact, did all that it could to nourish it."

7 Alexander Bickel, "The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics." 1986. Esta alusión se ubica en lo que Alexander Bickel denominó en su tiempo como la "dificultad contramayoritaria," del poder judicial y consiste en las complejidades para legitimar la autoridad de la Corte Suprema a la luz de su naturaleza ajena a la designación mayoritaria o plebiscitaria, que confiere legitimidad democrática a los poderes ejecutivo y legislativo. Véase tambien Roberto Gargarella, "La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del podel judicial," Ariel, 1996, 279 pp.

mos procesales efectivos y oportunos que garantizaran la solución más práctica para remediar la violación sufrida o enmendar la política entonces inconsistente con el marco constitucional;[8]

(b) Por el otro, la definición de aquéllas materias que con base en el pulso social y la realidad marcada por las preocupaciones más atingentes de la comunidad, fueran susceptibles de una protección con incidencia colectiva por parte de los tribunales, con una doble finalidad: la inmediata, para remediar los daños inflingidos a los quejosos, y la ulterior, consistente en reformar las estructuras políticas y/o corporativas que mediante la implementación de sus políticas, violaban derechos fundamentales de los ciudadanos.

La vía predominante por la que se ha encauzado este modelo de litigio ha sido a través de las acciones colectivas o "de clase," las cuales con independencia de sus óptimos resultados en el contexto de la impartición de justicia en los Estados Unidos, no acaban de ofrecer empero, la panacea con la que se les presenta frecuentemente en el exterior. Es cierto que a lo largo de los últimos cuarenta años su ejercicio ha contribuido a transformaciones radicales en las estructuras públicas y privadas garantizando el goce de los derechos previstos en la Constitución de los Estados Unidos, sin embargo, incluso dentro del foro y academia jurídicas estadounidenses existen aproximaciones críticas acerca de la pertinencia y empleo de estas figuras procesales con la finalidad de conservar su objetivo original de proteger los derechos de una colectividad con identidad de intereses jurídicos de manera más expedita y eficaz que en el escenario de que cada uno de sus integrantes, promoviera la defensa de sus derechos de manera individual.[9]

Pero dichas críticas no se reducen a su pertinencia, sino también al análisis de su conveniencia, justificando esta última solamente en términos de provecho patrimonial para los afectados o la eliminación de políticas públicas que no guardan coherencia con los derechos tutelados en el texto constitucional.

A lo largo de las siguientes páginas, analizaremos las posibilidades de armonizar la iniciativa de reforma constitucional en materia de acciones colectivas aprobada en diciembre en el Senado y que acaba de pasar por unanimidad en la Cámara de Diputados,[10] con la figura del litigio estructural como meca-

8 Owen M. Fiss, "The Forms of Justice," *supra,* nota 1, p. 20, 37-42. El remedio en el marco del litigio estructural se implementa a través del mandato judicial que ordena la suspensión del acto reclamado que constituye una violación o amenaza a los derechos del quejoso. A diferencia del modelo convencional de litigio de tipo adversarial, el remedio estructural no se centra en la compensación por el daño causado ni en la aplicación de una pena, sino en la erradicación de las políticas inconstitucionales y la modifiación de la estructura agente de esas violaciones. Por eso advierte Fiss, que el mandato judicial como remedio por excelencia del litigio estructural es característicamente prospectivo, y no retrospectivo como sucede en los litigios de tipo adversarial.

9 Owen M. Fiss, "The Political Theory of the Class Action," en *supra,* nota 1, p. 122-132. Las referencias específicas a los beneficios de la defensa colectiva de derechos aparecen en las páginas 123 a 127.

10 Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados. Proyecto de decreto por el que se adiciona un párrafo tercero y se recorre el orden de los párrafos subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Aprobado en la Cámara de Diputados

nismo para proteger derechos individuales de incidencia colectiva, previstos en la reforma de mérito. Como veremos a continuación, el ponente ha asignado una responsabilidad de la mayor trascendencia al juzgador como agente del esperado éxito y consolidación de un nuevo modelo de litigio en México.

I. REFORMA EN MATERIA DE ACCIONES COLECTIVAS EN MÉXICO

La reciente aprobación unánime en ambas Cámaras, de la reforma mediante adición constitucional de las denominadas "acciones colectivas" representa la única alternativa efectiva e independiente de organización y acción colectivas para modificar las estructuras públicas y privadas que actualmente fomentan las desigualdades y abusos sobre los sectores más vulnerables de la sociedad: campesinos; indígenas; personas en situación de pobreza extrema; consumidores; por citar los grupos más relevantes.

Esta reforma pone en manos del poder judicial la facultad para impulsar, legitimar y encabezar la defensa de los derechos cuya protección individual resulta a todas luces impracticable a la luz del sistema jurídico prevaleciente, y que solamente en conjunto o colectivamente pueden ser defendidos ante los tribunales de manera más eficaz, justa y con la expectativa razonable no solamente de una retribución o compensación por los daños causados, sino más aún, de una transformación de las estructuras inequitativas predominantes, mediante la sanción del único intérprete autorizado de la Constitución.

La forma en que se ha discutido la reciente iniciativa de reforma para introducir la tutela de derechos colectivos en la Constitución mediante adición al artículo 17 de la ley fundamental de disposiciones sustantivas que confieran legitimidad procesal a pluralidades de individuos para solicitar la protección de sus derechos ante los tribunales, representa un avance significativo en la aproximación de nuestro ordenamiento a estándares propios de sistemas jurídicos desarrollados con amplia tutela de derechos ciudadanos.

Empero, debemos reconocer también que la reforma en comento no es suficiente y desde nuestra perspectiva, se ha emprendido sin la posibilidad -como resultado de las complejas negociaciones políticas que le antecedieron y que se relatan por el ponente en la exposición de motivos de la iniciativa de mérito- de integrar elementos fundamentales en la confección de lo que se anticipa como un nuevo lenguaje de derechos en México.[11]

con 319 votos en pro y 1 abstención. Ha pasado a las Legislaturas estatales para los efectos constitucionales. Véase en la Gaceta Parlamentaria, número 2976-IV, jueves 25 de marzo de 2010.

11 No hay lugar a dudas que estamos atravesando por un momento de profundas transformaciones normativas en México, que consisten en cambios de los paradigmas que prevalecieron durante décadas. En últimos meses se ha pasado de la protección individual de derechos a su tutela colectiva; del interés jurídico en el juicio de amparo al interés legítimo; de la relatividad de las sentencias de amparo a la declaración general de inconstitucionalidad –excepción hecha en material tributaria. Estas transformaciones tienen como divisa la mutación del paradigma individualista tradicional

En este ensayo, trataremos de abonar la presente iniciativa ya aprobada en su cámara de origen, con componentes que a la luz de la experiencia comparada y la realidad tanto de la función judicial cuanto de la justiciabilidad de estos derechos, permitirá construir una narrativa más sólida sobre las acciones colectivas en nuestro país.

No nos detendremos en la distinción semántica entre derechos sociales, colectivos, difusos, entre otras categorías, que han ocupado a la doctrina durante varios años,[12] por la finalidad funcional que persigue el presente trabajo, para cuyos efectos la noción de derechos colectivos se identifica con la existencia de una pluralidad de individuos que tienen una identidad en el objeto de sus reclamaciones por las violaciones sufridas o en los daños causados por la existencia de una política pública que vulneró sus derechos fundamentales, que encuentran la defensa conjunta de sus derechos como la alternativa más práctica para solicitar la protección de la justicia, en tanto que de hacerlo individualmente las posibilidades para financiar su litigio serían mínimas o inexistentes y sus expectativas de compensación significativamente menores a las que tendrían de actuar conjuntamente.[13]

Esta aproximación conceptual a los derechos y acciones colectivas es coincidente en lo general con las definiciones expuestas en la iniciativa que nos ocupa, por lo que asumimos esta identificación como punto de partida para los argumentos que se expondrán en las siguientes páginas.

---

a una aproximación de justiciabilidad colectiva como expresión más realista del pulso social de nuestra época. Ana Laura Magaloni se ha dedicado los últios años a confeccionar una narrativa sobre estas transformaciones que requiere nuestro país para consolidar un autético y efectivo estado de derecho. En el tema que ocupa este ensayo, resulta muy pertinente un artículo sobre acciones colectivas que Magaloni inicia con una pregunta que debe ocupar las preocupaciones de todos los participantes vinculados con la vigencia y efectividad de la ley. Magaloni inquiere "¿Qué relación existe entre el Estado de Derecho y el nivel de litigiosidad de una sociedad? Muchos asuntos en tribunales, ¿hablan de una mayor o menor eficacia de la ley? [Quiénes] y por qué litigan son preguntas clave para evaluar la utilidad social de los tribunales. [Las acciones colectivas] sirven para que una sola persona u organización, en representación de un grupo o colectividad indeterminados, haga valer los derechos de éstos. La sentencia tiene efectos para toda la colectividad o grupo y no sólo para el individuo en particular. Este tipo de litigios en otras partes del mundo, ha sido un instrumento efectivo para igualar la cancha del juego entre consumidores y proveedores de bienes y servicios. [La solución] real al conflicto pasa por que la empresa modifique su patrón de conducta. [Ello] sólo va a suceder si la sentencia judicial protege a todos los consumidores de ese servicio y no sólo al individuo concreto que demandó." Ana Laura Magaloni, "Acciones Colectivas," Periódico Reforma, 16 de agosto de 2008.

12 Entre los autores que han trabajado con profundidad estas distinciones encontramos entre otros a: Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal, "Las Acciones Colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado," Lexis Nexis Argentina, 2005; Victor Abramovich y Christian Courtis, "El Umbral de la Ciudadanía, El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional," Editores del Puerto, 2006; y "Los derechos sociales como derechos exigibles," Editorial Trotta, 2002; Eduardo Ferrer Mac Gregor y Antonio Guidi (comps.), "La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica," Editorial Porrúa; Antonio Guidi, "Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en Brasil, Un modelo para países de derecho civil," Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2004; Juan Antonio Cruz Parcero, "El Lenguaje de los Derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos," Editorial Trotta, 2007.

13 Owen M. Fiss, *supra*, nota 7.

Asimismo, en el marco de análisis sobre la reforma de mérito, este trabajo se propone ofrecer argumentos a favor de una aproximación más flexible al principio de relatividad de las sentencias de amparo previsto en el artículo 107 constitucional. Mucho se ha discutido acerca de la imposibilidad de modificar esta disposición por el impacto deficitario por necesidad que tendría en las finanzas públicas anticipando una quiebra absoluta del Estado en caso de abrir la "caja de Pandora."[14]

Nuestra intención no apunta a semejante resultado por más legítimas que puedan ser las reclamaciones que en materia de responsabilidad patrimonial del Estado puedan hacer los quejosos favorecidos por el otorgamiento definitivo de la justicia de la Unión vía amparo. No es esa nuestra finalidad ni interés temático. Más bien, nuestra propuesta está dirigida a la necesidad cada vez mayor de introducir figuras procesales que permitan la tutela de derechos sustantivos que trascienden la esfera individual de los justiciables y que requiere necesariamente de una regulación adecuada y efectiva para permitir que aquéllos se organicen para proteger de manera más eficiente sus derechos y también faciliten la labor del juzgador en el proceso de adjudicación, mediante la lógica reducción de causas litigiosas ante este último por la acumulación necesaria de acciones jurídicas individuales en una sola colectiva, cuya finalidad primordial consiste en la erradicación o modificación de políticas públicas que conculquen sistemática y estructuralmente sus derechos fundamentales. En este rubro también se advierten marcadas coincidencias con la categoría de "derechos individuales de incidencia colectiva," que postula la iniciativa recientemente aprobada por el Congreso de la Unión.

Sobre la importancia de la protección constitucional de estos "derechos individuales de incidencia colectiva," versará buena parte del ensayo que el lector tiene en sus manos. A nuestro juicio, esta variable es la que refleja mayor conformidad no solo con las instituciones de derecho comparado que han mostrado probada eficacia, sino con la teleología de las acciones colectivas en el contexto del acceso a la justicia en México. Pensemos por un momento los beneficios que representaría la defensa colectiva de derechos como los relativos a una educación pública adecuada y competitiva o a la erradicación de tratos crueles, inhumanos y degradantes en materia penitenciaria, cuya situación de hacinamiento resulta cada día un problema de mayor envergadura para nuestros sistemas eufemísticamente denominados "de readaptación social." Estos derechos que se refieren como mero ejemplo, son los que activaron transformaciones estructurales radicales en los Estados Unidos en materia de segregación racial con Brown v. Board of Education (c. 1954) o penitenciaria con el caso Ruiz v. Estelle (1980), los cuales sentaron las bases de la eliminación absoluta de las políticas segregacionistas contra la población afro

14 Cfr. Primera lectura del Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan, y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 100, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 8 de diciembre de 2009.

americana en los Estados Unidos o los abusos cometidos contra los reclusos en el Estado de Texas en los años setenta, que eran sometidos constantemente a tratos inhumanos, crueles y degradantes mediante políticas de sobrepoblación penitenciaria.

La protección colectiva de estos derechos no resultó necesariamente en indemnizaciones cuantiosas que hicieran a los quejosos millonarios de un día para otro, por vía de compensación material. Por el contrario, resultó en la eliminación y consecuente mejora de las políticas públicas en materia de no-discriminación y protección de la integridad de los ciudadanos lo que significó una modificación profunda del funcionamiento y regulación de las instituciones educativas y penitenciarias respectivamente, para hacerlas consecuentes con el texto constitucional.

De tal forma que el presente ensayo se propone poner en la mesa elementos a favor del reconocimiento de las acciones colectivas como una expresión de las bondades del litigio estructural mediante la tutela de derechos individuales de incidencia colectiva en nuestro ordenamiento jurídico, poniendo especial énfasis o más bien, reconociendo como núcleo de la propuesta, la función insustituible del poder judicial en la interpretación de los derechos previstos en la Constitución y la manera de expresar su contenido mediante la adjudicación.[15]

II. TRASPLANTE DE INSTITUCIONES JURÍDICAS EXTRANJERAS

Es muy frecuente escuchar voces críticas acerca de la introducción en nuestro sistema jurídico de instituciones extranjeras que a juicio de los especialistas, escépticos o enemigos de este tipo de iniciativas, refleja la falta de aprecio por nuestra cultura y tradición jurídicas o muestra también tendencias para asemejar al ordenamiento legal mexicano con otros sistemas o tradiciones que no le son propios.

No hay lugar a dudas que estas críticas en muchas ocasiones y a la luz de los resultados no sólo son entendibles sino justificadas. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la comprensión de la regulación y funcionamiento de figuras de protección colectiva de derechos en otros países era imperativa y se tornó indispensable en la justificación de la iniciativa de reforma y sus alcances.

En la exposición de motivos el ponente ofrece un paneo de la regulación y aplicación de las acciones colectivas en varios países de impronta continental

15 Owen Fiss define la adjudicación en los siguientes términos: "La adjudicación es el proceso social que permite al juzgador dar significado a los valores públicos consignados en un ordenamiento autoritativo, como el texto constitucional." Asimismo, nos explica la reforma estructural como un tipo de adjudicación que se distingue por el carácter constitucional de los valores públicos tutelados y el encuentro mediante el litigio, entre el juzgador y las estructuras burocráticas. Ver Owen M. Fiss, supra, nota 1, p. 3 y 49.

como la nuestra, en específico Brasil y Colombia, o de tradición comunitaria como los Estados Unidos. Aunque en los casos de Brasil y Colombia la tutela es a nivel constitucional, en lo que toca a los Estados Unidos, debe señalarse que su protección se ha dado vía interpretación judicial de los derechos relativos a las cláusulas constitucionales de igualdad (prevista en la Enmienda XIV) y debido proceso (prescrita en las Enmiendas V y XIV), reservando la regulación de las acciones colectivas al numeral 23 de las Reglas Federales del Procedimiento Civil. Ahora bien, la clave para justificar la adopción de instituciones jurídicas exitosas en otros países radica en dos aspectos puntales:

Por un lado, la coherencia del "trasplante" de la institución extranjera con nuestro ordenamiento constitucional y sus leyes secundarias. Tal como sucede en la Medicina, la labor quirúrgica relativa al diagnóstico sobre la compatibilidad del "órgano trasplantado" con el "receptor," es propia del legislador. Como veremos a continuación, no basta señalar la utilidad del trasplante, sino que la institución jurídica trasplantada debe ser compatible con el ordenamiento jurídico-constitucional que la asimila para que su justificación sea satisfactoria, y más aún, eficaz.

Por el otro, que el "trasplante," una vez realizado, se adapte armónicamente al funcionamiento del resto del cuerpo jurídico. La justificación de la variable fisiológica del trasplante corresponde al poder judicial.

Este diagnóstico previo sobre la pertinencia y justificación del trasplante es lo que de manera intuitiva puede advertirse obvio a la luz de las necesidades de defensa colectiva de derechos frente a los abusos de estructuras públicas y privadas más poderosas, pero que contra-intuitivamente, nos sorprenderá verificar que el trasplante –de origen y tal como está previsto en la iniciativa recientemente aprobada, no es compatible con el receptor, a menos de preparar a éste último para que reúna las condiciones óptimas que permitan realizar exitosamente el trasplante. Vamos por partes:

En México, por la naturaleza de nuestro proceso legislativo, existe la tendencia de empezar las reformas institucionales a partir de las enmiendas a la Constitución, para que de ahí, se proceda a su regulación específica en las leyes secundarias correspondientes. Todo esto estaría muy bien si al momento de la adjudicación judicial en caso de controversias por la tutela de esos derechos, las resoluciones del juzgador obedecieran a una interpretación funcional de los derechos violados y existiera la obligación de parte de los tribunales inferiores de ser consecuentes con el precedente que haya sentado aquél juzgador. En pocas palabras, el proceso legislativo produciría a partir de la enmienda constitucional un efecto "en cascada," que sería completado por la interpretación que hicieran los tribunales de los derechos recientemente añadidos al texto constitucional.

Sin embargo, las enmiendas constitucionales en numerosas ocasiones no pasan de la inclusión en la ley fundamental, porque no se realizan las adecuaciones indispensables en las leyes secundarias aplicables o porque los tribunales en ausencia de estás últimas, no pueden pronunciarse con fundamento

en prescripciones adjetivas o procesales que doten de legalidad y seguridad jurídica sus decisiones.

Por el contrario, si en México bastara la tutela constitucional de los derechos para que automáticamente esto justificara la actuación de los tribunales y vía interpretación de estos últimos, se establecieran con base en los grados de litigiosidad del derecho o derechos en cuestión, las reglas a las que habrían de ajustarse para su efectiva protección ante los tribunales, el proceso de "trasplante," de las acciones colectivas en México sería más halagüeño.

Basta apreciar las enormes dificultades que se han enfrentado en los tres niveles de gobierno para implementar la reforma en materia de impartición de justicia aprobada en 2008.[16] En realidad, los avances han sido mucho menores de los que originalmente se esperaban al publicarse la reforma, por la sencilla razón de que nuestros juzgadores no estaban preparados para asimilar el "trasplante" de un procedimiento significativamente distinto al acusatorio tradicional, y además, persisten varias lagunas que impiden la integración satisfactoria del nuevo modelo en nuestra cultura jurídica.

En el caso de las acciones colectivas, de no tomar nota de la última reforma constitucional a la que se refiere en el párrafo anterior, se corre el riesgo de incurrir en la misma parálisis, por la incompatibilidad del trasplante con el receptor.

Ya lo advertía el ponente y las comisiones dictaminadoras en el proyecto de reforma: "[Los juzgadores] tendrán la misión de cuidar que los principios de interpretación para las acciones y procedimientos colectivos sean compatibles con el espíritu de éstos y con la protección de los derechos e intereses de los individuos, grupos o colectividades. Ello implicará necesariamente que nuestros juzgadores deberán comenzar a elaborar estándares y guías que les auxilien en su labor, pues los paradigmas procesales actuales, en muchos aspectos, serán insuficientes e incluso contrarios al espíritu de las acciones y procedimientos colectivos (las cursivas son de los autores). En un inicio será necesario que nuestros juzgadores revisen el espíritu de éstos de acuerdo con las interpretaciones que se han llevado a cabo en otras jurisdicciones. Deberán asimismo abstraer su función esencial y adaptarlos a las peculiaridades del sistema procesal mexicano."[17]

Esto no es un tema menor porque de la adecuada recepción del trasplante en el "cuerpo" constitucional dependerá la justiciabilidad de los derechos sustantivos tutelados en el objeto de la reforma de mérito. Pero en este caso nos estamos enfrentando a lo que Roberto Gargarella atinadamente ha descrito

16 Diario Oficial de la Federación del 18 de junio de 2008 con el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, p. 3 a 11. Se reformaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20 y 21, las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115; y la fracción XIII del apartado B del artículo 123.

17 Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Gobernación; y de Estudios Legislativos, respecto a la iniciativa que adiciona el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de acciones colectivas, del 3 de diciembre de 2009, p. 9. Véase también *supra,* nota 8.

como "trasplantes constitucionales fallidos" por la notoria incompatibilidad de la institución trasplantada con el modelo y práctica constitucionales del receptor.[18] Trataremos de explicarnos:

Nuestro ordenamiento constitucional y su consecuente práctica jurisprudencial corresponden al modelo que se forjó en el decimonónico después de las prolongadas disputas entre conservadores y liberales para definir los aspectos básicos de la organización del Estado constitucional que se caracterizó por el consenso de ambas facciones sobre forma de gobierno y defensa de los derechos individuales –en especial la propiedad privada. Así, el texto constitucional apareció como la expresión sincrética de los principios, valores y visiones de la organización política, social y económica que habían coexistido en México –con distinto grado de intensidad y penetración en las estructuras sociales por supuesto, durante casi tres siglos.

Sin embargo, a este modelo constitucional dualista (conservador y liberal a la vez), que fue cimentando una cultura que incluso hasta nuestros días sigue definiendo la relación del Estado con sus gobernados, experimenta una inflexión al momento de promulgarse la Constitución de 1917, que en la caracterización de Gargarella representa la corriente del "constitucionalismo radical," como tercera vía de organización política para proteger los derechos de los grupos entonces más vulnerables y que devino en las cláusulas sociales sobre las que no se regatea mérito a la novación del Constituyente de Querétaro.[19]

El problema entonces, como ahora, es que la nueva constitución no era consistente con la cultura y práctica jurídico-constitucionales de la época y fue muy difícil realizar los ideales sociales de la Constitución del 1917, sino hasta bien entrada la segunda mitad del siglo pasado.

En el actual escenario, es muy probable que nos enfrentemos al mismo reto de hacer compatibles instituciones de modelos constitucionales radicales ajenos a nuestras bien arraigadas prácticas e instituciones de corte constitucional dualista, claramente insuficientes para la protección colectiva de derechos.

No obstante, esta incompatibilidad puede superarse si se emprende el trasplante de manera integral, evitando reducir el alcance de la iniciativa a la adición en el texto constitucional, sino extendiéndolo a la regulación simultánea de normas adjetivas y principios en las leyes secundarias más relevantes –Ley de Amparo y Código Federal de Procedimientos Civiles- con la finalidad de ofrecer rudimentos al juzgador para verificar la compatibilidad material del trasplante con el receptor, y en caso de experimentar disfunciones –como necesariamente sucederá, aquél pueda sincronizar adecuadamente el funcionamiento de la institución trasplantada.

18 Roberto Gargarella, "Latin American Constitutionalism Then and Now: Promises and Questions," p. 5 a 9. Ensayo presentado en el *Comparative Politics Workshop*, organizado por el Departamento de Ciencias Políticas de la Universidad de Yale, New Haven, CT, el 23 de febrero de 2010.

19 *Idem*.

Así, el juzgador estará en condiciones de cumplir la misión que la propia reforma le ha asignado para superar en el marco legal vigente, las inconsistencias de los paradigmas procesales tradicionales con los que trae consigo la tutela de los derechos colectivos.

No obstante lo anterior, dada la complejidad de realizar estos ajustes integrales del modelo constitucional radical a nuestra tradición constitucional dualista, vale la pena detenernos durante el siguiente apartado en el supuesto que la misión asignada a los juzgadores no se acredite satisfactoriamente y las acciones colectivas queden "atrapadas" en el laberinto de los paradigmas procesales actuales ¿Existiría una salida?

III. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE INCIDENCIA COLECTIVA COMO PIVOTE DEL LITIGIO ESTRUCTURAL

La forma en que se ha proyectado la adición de las acciones colectivas en nuestro ordenamiento constitucional implica una actualización de la práctica judicial que permita la asimilación paulatina de los derechos que trascienden la esfera individual y la protección de éstos por parte de nuestros tribunales a través de paradigmas distintos a los de la adjudicación judicial propia del modelo convencional de litigio que supone la existencia de dos particulares en igualdad jurídica y material de circunstancias que acuden frente a un tercero imparcial y objetivo –el juzgador- para que dirima sus diferencias.[20]

La integración de las acciones colectivas supone una teoría y práctica jurídicas diferentes a las del modelo convencional de litigio ya que en la mayoría de los casos que ameritan la defensa colectiva de derechos, la parte quejosa además de integrarse por una pluralidad de individuos con identidad de pretensiones o por un individuo con titularidad sobre derechos que tienen una incidencia colectiva, se enfrenta a una estructura pública o privada que le supera significativamente en tamaño, que genera una asimetría de tal grado insostenible que el legislador y el juzgador respectivamente, se ven en la necesidad de procurar un equilibrio entre las partes en conflicto ya sea a través de reformas normativas –como ahora nos ocupa con la iniciativa de mérito- o del agotamiento de todas las alternativas procesales al alcance de ambas partes para garantizar a cada una de ellas la defensa adecuada de sus derechos.

Naturalmente, la determinación de qué tanto proceso es debido al demandante y demandado en el contexto de este tipo de litigio corresponde al juzgador.[21]

20 Owen M. Fiss, *supra,* nota 1, p. 51.

21 Owen M. Fiss y Judith Resnik, "Adjudication and Its Alternatives," Foundation Press, 2003. Ambos autores postulan que la pregunta más importante en el marco del proceso consiste en la determinación que hace el juzgador del grado de proceso que es debido a las partes, de conformidad con los hechos del caso y en particular, los jurídicamente relevantes. Fiss y Resnik abogan por la

Ahora bien, con lo anteriormente expuesto, quisiéramos detenernos en la descripción y justificación de este modelo de litigio que dista del convencional y que se caracteriza por la asimetría o desequilibrio material entre las partes, porque una de ellas se enfrenta a abusos por parte de una organización de gran escala -que de no establecerse mecanismos que atemperen su superioridad sobre la parte actora, esta quedaría completamente desincentivada para promover aquéllas acciones encaminadas a la tutela de sus derechos, generando una predecible indefensión por la complejidad de materializar el enfrentamiento de David contra Goliat en el marco de la normatividad vigente. A este modelo –como se anticipaba al inicio de este trabajo- se le ha denominado "Litigio Estructural,"[22] toda vez que está encaminado a la reforma radical o paulatina de todas aquellas estructuras cuyas políticas o prácticas conllevan un abuso sistemático de los derechos de los ciudadanos o de los usuarios a los que dichas estructuras están obligadas a prestar un servicio.

La reforma de mérito en su exposición de motivos ha puesto especial énfasis en la necesidad de proteger los derechos de los usuarios o consumidores frente a los abusos de las grandes corporaciones –estructuras en nuestra narrativa- privadas o públicas, que en el contexto de la defensa individual del modelo convencional no amerita los costos que conlleva un litigio contra dichas estructuras, ni entraña un incentivo suficiente para el actor toda vez que el daño inflingido puede resultar menos gravoso que el financiamiento del litigio. Más aún, en la mayoría de los casos la cuantía de las pretensiones individuales hace inviable el litigio frente a los tribunales ordinarios.

Este tipo de circunstancias serían superadas –como se desprende de la iniciativa y es propio de las acciones colectivas- si los intereses de dichos usuarios o consumidores se integraran en una sola acción y ésta se ejercitara unívocamente en contra de la estructura. En este contexto es que el ponente justifica el trasplante de las acciones colectivas que operan de forma análoga en Brasil, Colombia o Estados Unidos.

Sin embargo, como se explicó en el apartado anterior, no basta con el trasplante de la institución en nuestro texto constitucional para aguardar su deducción en normas secundarias. Tampoco puede reducirse la finalidad de la iniciativa a la adición textual, sino a la implementación efectiva del trasplante en las esferas litigiosa y de adjudicación judicial. Estas adecuaciones son las que en la reforma de mérito se encomiendan al juzgador y de ahí que anticipemos la enorme complejidad que este último enfrentará para producir la pues-

exhaustividad del litigio, maximizando en la medida de la razonabilidad y practicabilidad jurídicas, las posibilidades de las partes para defender sus intereses ante el juzgador directamente o mediante representación de sus abogados, en el contexto de la máxima que actualiza el valor tutelado por las Enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos, sobre derecho al debido proceso y garantía de audiencia: "The ideal of each person having his or her day in court." Para lograrlo, apuestan por lo que denominan "proceso educativo" en el que se involucran las partes con el juzgador, que al final del día, es el único participante material y formalmente investido de la razón pública para realizar la adjudicación que resolverá las diferencias que motivaron el litigio.

22 Owen M. Fiss, *supra,* nota 1, p. 48-58.

ta al día de nuestra regulación y práctica jurídico-procesal con la institución y funcionamiento de las acciones colectivas.

Entre muchos otros aspectos, la puesta al día de nuestro sistema con el objeto del trasplante requerirá resolver temas que todavía ocupan doctas y prolongadas discusiones en el máximo tribunal estadounidense sobre la utilidad de las acciones de clase; la forma en que se determina la representación de los miembros de la clase y el alcance de los actos que realiza el representante en nombre de los integrantes de esta última; la forma, oportunidad procesal y efectos de las notificaciones a los miembros, así como a cargo de quién correrán los costos de la notificación en el contexto de las disparidades materiales inherentes a las acciones de clase; los efectos de la adjudicación; la determinación de las costas judiciales; por mencionar solamente algunos de los problemas que desde hace cinco décadas se discuten al respecto.

Así, es legítimo preguntarse a la luz de la reforma que se pretende implementar en México ¿Cuánto tiempo tomará definir los criterios y su consecuente prescripción normativa en nuestro sistema jurídico? Y más allá, mientras estos ajustes se realizan ¿Qué ocurrirá con los derechos de naturaleza o incidencia colectiva que en ese lapso sean violados?

Con base en la complejidad que conlleva la armonización o adaptación de estas instituciones ajenas en nuestro sistema jurídico, nos ha parecido que la forma más adecuada para abordar las posibilidades del litigio estructural en México consiste en desmarcarse del entusiasmo que de primera mano pueden producir las acciones colectivas y por el contrario, poner especial énfasis en promover las adecuaciones normativas necesarias para potenciar una de las modalidades de defensa que el ponente anticipaba –los derechos individuales de incidencia colectiva, y que a nuestro juicio, representan el asidero más realista de protección de intereses colectivos y ulteriormente, la introducción del modelo de litigio estructural en nuestro país.

Para explicar nuestra postura, quisiéramos adelantar una medida de prevención metodológica que en el fondo obedece a cuestiones de carácter sustantivo: Nos hemos inclinado por ofrecer argumentos a favor del litigio estructural como un marco óptimo para la protección de todos aquellos derechos de naturaleza individual con incidencia colectiva, cuya principal característica es la existencia de una parte actora que indistintamente de la cuantía de los daños sufridos o de sus pretensiones económicas, busca el pronunciamiento del juzgador mediante adjudicación respecto de la aplicación de prácticas o políticas por parte de instituciones o estructuras públicas o privadas que al final del análisis, resultan violatorias de sus derechos fundamentales.

Nos referiremos pues, a las posibilidades de reformas estructurales en nuestro país a través del litigio y no vía legislativa, como se ha acostumbrado durante décadas.

Semejante posibilidad permitirá por ejemplo, a través de la adjudicación judicial y del valor jurisprudencial que se acumule en este rubro, la protección de derechos que por su simple identidad con los conceptos de violación esgri-

midos por el actor (nótese que no lo reducimos a quejoso por la posibilidad de ejercitar estos litigios en contra de estructuras privadas) en un caso precedente, son susceptibles de protección por parte de la autoridad y yendo más allá, obligaría a la estructura agente de las violaciones o abusos a modificar radicalmente sus políticas y prácticas para garantizar su no repetición.

Semejante posibilidad permitirá también sentar precedentes sobre lo costoso que puede resultar para estas estructuras de gran escala la violación hasta ahora imperceptible sobre cada uno de sus usuarios, beneficiarios o consumidores, por el valor acumulado que traería consigo la integración de los intereses individuales en uno solo colectivo o por el contrario en la protección de un interés individual pero cuya incidencia es de tal grado colectiva que al final del día, el mantenimiento de la violación puede resultar contraproducente para la estructura demandada, obligándola a modificar su organización y políticas prevalecientes.

En síntesis, queremos concentrarnos en aquéllos derechos de naturaleza no patrimonial cuya violación afecta de manera significativa la calidad de vida de sus titulares, para explorar sus posibilidades de protección efectiva en el marco de la normatividad vigente y en el contexto de la dinámica que ha detonado la reciente discusión sobre la tutela de los derechos colectivos en México.

Pero vamos por partes.

¿Qué debemos entender por derechos individuales de incidencia colectiva?

Aunque las distinciones entre los derechos colectivos, sociales y difusos ha merecido la atención de importantes trabajos en los últimos años, desde la perspectiva funcional que orienta este trabajo, consideramos derechos individuales de incidencia colectiva aquellos cuya titularidad y potencial protección corresponde invocar al individuo directamente afectado por la acción u omisión del agente de la violación –la estructura a la que repetidamente hemos mencionado- caracterizándose esta última por su aplicación colectiva no individualizada que anticipa afectaciones análogas a las que sufrió el titular de dichos derechos individuales que por no reducirse estrictamente a su esfera particular y por el amplio espectro de influencia de la estructura sobre otros titulares de derechos, la afectación o incidencia colectiva es una consecuencia necesaria de la aplicación de las políticas, prestación de servicios o consumo de los productos que la estructura predominante ofrece o dirige a la colectividad.

La incidencia colectiva del derecho individual afectado se verifica al momento en que se identifica con afectaciones semejantes a otros derechos individuales cuyos titulares se ubican en el mismo supuesto normativo del demandante o quejoso.

Una vez delimitado el concepto de este tipo de derechos, vale la pena continuar nuestro análisis en un plano hipotético para hacer más comprensible la

incidencia colectiva que podría resultar de la violación y ulterior protección de un derecho individual.

Pensemos por ejemplo dentro de esta lógica de derechos de naturaleza no patrimonial cuya violación afecta significativamente la calidad de vida de sus titulares, en el derecho establecido en el artículo 3º constitucional a una educación que "contribuirá a mejorar la convivencia humana robusteciendo en el educando el aprecio por la dignidad de la persona, la integridad de la familia, el interés general de la sociedad, la conciencia de los ideales de fraternidad e igualdad de los derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, religión, grupos, sexos o individuos" y que también "el criterio que orientará a la educación será democrático considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y de organización política, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo."

Con estos dos extractos del artículo 3º de nuestra Constitución nos parece suficientemente elocuente la redacción del "ideario educativo mexicano" y su lamentable incoherencia con la realidad. Y en este contexto, en que las políticas educativas de nuestro país materialmente son dictadas e implementadas por un sindicato magisterial más poderoso que los gobiernos democráticamente electos, el derecho individual de cada alumno a recibir una educación gratuita, democrática, fomentadora del aprecio por la dignidad humana, del valor de la familia, del interés general y de los ideales de igualdad y fraternidad entre los individuos se ve diariamente violentado con centros educativos de educación básica, media y superior y sus maestros, que por cuestiones políticas, incapacidad o falta de recursos, no están en condiciones de honrar los derechos previstos en el artículo 3º, y mientras tanto, los padres de familia o las organizaciones o individuos interesados en hacer que el Estado en su carácter de obligado principal de ofrecer educación con los estándares ahí previstos, se encuentran en absoluta indefensión al carecer de rudimentos procesales efectivos que les permitan ejercitar acciones para detener las violaciones que vía acción u omisión de las estructuras públicas y sindicales impiden que sus hijos tengan un acceso provechoso a una educación que satisfaga los lineamientos que postula el artículo constitucional de referencia.

Pero imaginemos por un momento que mediante la interposición de un juicio de amparo, los interesados logran una suspensión provisional que obligue a la estructura demandada a implementar políticas que modifiquen radicalmente la forma en que opera el sistema educativo nacional que sirve más a intereses políticos que pedagógicos. E imaginemos también que al final del día, esos interesados obtienen la protección de la justicia de la Unión de manera definitiva, habiéndose encontrado a las autoridades competentes, responsables de las violaciones invocadas por los quejosos.

Un logro de esta envergadura nos animaría a considerarlo como un paso firme en el sentido de una reforma estructural de la mayor importancia en el sistema educativo de nuestro país, si no fuera por un elemento que a la luz

de la protección de derechos individuales de incidencia colectiva como el que aquí se retrata, resulta lastimosamente dislocador, y consiste en la relatividad de las sentencias en materia de amparo.

El gran paso que pudieron dar los interesados al promover un amparo por la violación en lo individual de sus derechos a la educación en los términos del artículo 3º, que idealmente hubiera servido para sentar un precedente que serviría al doble propósito de modificar las políticas violatorias implementadas por la estructura pública y el sindicato para cumplir con los dictados del artículo 3º; y proteger en el marco de la incidencia colectiva de los derechos a la educación al resto de los alumnos del país ipso iure, se reduce a una quimera al encontrarnos con que dicha sentencia de amparo solamente beneficia a los directamente interesados, sin tener ningún efecto en los intereses de todos aquellos individuos que se ubiquen en el mismo supuesto normativo que esos interesados, pero que a diferencia de ellos, no promovieron un juicio de amparo.

Ante este escenario, solamente se abren dos alternativas:

Una de ellas consiste en la flexibilización del principio de relatividad en materia de amparo, respecto de aquéllos derechos de naturaleza no patrimonial cuya violación afecte la calidad de vida de sus titulares. Tal sería el caso del derecho que tratamos de ejemplificar en líneas anteriores.

La otra alternativa apunta a la introducción de las acciones colectivas como mecanismos efectivos de protección de pluralidades de individuos –incluso indeterminadas- para obtener la compensación por los daños inflingidos, además de modificaciones en el funcionamiento de la estructura que atentaba contra los derechos de los integrantes de la clase.

Ambas alternativas desde nuestra perspectiva son plausibles, sin embargo, a la luz de la experiencia comparada, la segunda requiere la generación de una cultura por parte de jueces y abogados que tomará varios años, lo cual impediría en el corto y mediano plazo atacar los esquemas prevalecientes de sometimiento que mantienen dichas estructuras públicas y privadas respecto de sus ciudadanos, usuarios, consumidores o beneficiarios.

Por esto, nos inclinamos por sugerir la revisión del principio de relatividad en materia de amparo para ofrecer en su contexto y peculiaridades propias, una vía al juzgador para cumplir con la misión de aggiornamento en materia de acciones colectivas que le ha asignado el legislador. Y como podremos apreciar en nuestro siguiente apartado, el trasplante de las acciones colectivas en nuestro ordenamiento jurídico y su deseable consolidación descansa predominantemente en el rol que desempeñen los juzgadores para lograr en el marco de la legalidad vigente, que el "receptor" se adecue favorablemente al "órgano trasplantado."

IV. LA FUNCIÓN JUDICIAL COMO CLAVE PARA LA INTRODUCCIÓN DEL LITIGIO ESTRUCTURAL EN MÉXICO PARA PROTEGER DERECHOS INDIVIDUALES DE INCIDENCIA COLECTIVA

Las Comisiones Dictaminadoras de la iniciativa de mérito y el propio ponente en la exposición de motivos, encomendaron al juzgador la misión de asegurar la compatibilidad entre los principios de las acciones y los procedimientos colectivos con los intereses de aquellos individuos, grupos o colectividades que los ejercitaran para la protección de sus derechos fundamentales. Para hacerlo –anticipaban- el juzgador deberá superar los paradigmas procesales actuales que son insuficientes y sobre todo, contrarios a la tutela y litigio colectivos, mediante la elaboración de estándares y guías que orienten su labor de interpretación y adjudicación en esta materia, y con ese objetivo, incluso le facultan informarse de las interpretaciones que se han realizado en otras jurisdicciones, para adaptarlas a nuestro sistema jurídico.

Contrario a las posturas convencionales que pugnan por minimizar las facultades interpretativas de los juzgadores, exigiendo a éstos la aplicación estricta y prácticamente automática de los supuestos normativos correspondientes a los diversos hechos jurídicos relevantes, a nuestro juicio, esta misión que el legislador le asigna a los juzgadores reviste no solamente una facultad indispensable para la consolidación efectiva de la protección colectiva de derechos, sino algo más importante: reconoce el valor medular de la función judicial como puntal de la organización democrática de la sociedad y garante de su convivencia pacífica y ordenada al derecho.[23]

Se ha previsto también que la materia de la reforma de mérito en su fase inicial, será competencia exclusiva de los jueces federales, lo cual garantiza una aproximación más informada y sensible a las interpretaciones que en esta materia se han hecho en jurisdicciones distintas. Esto permitirá que se vaya forjando un cúmulo de precedentes que sirva ulteriormente a los tribunales de justicia locales para orientar su labor de adjudicación en materia de dere-

23 Aharon Barak, "The Judge in a Democracy," Princeton University Press, 2006. El profesor Aharon Barak, quien fungió como Presidente de la Corte Suprema de Israel, de 1995 a 2006, es considerado por muchos especialistas como la voz más respetada para comprender el rol que en el marco del constitucionalismo democrático de nuestra época, debe desempeñar el juzgador, y particularmente, las expectativas de imparcialidad e independencia que éste debe acreditar a través de su función, para que prevalezca el estado de derecho en un régimen democrático. El profesor Barak lo resume elocuentemente en estos términos: "Si nosotros no protegemos a la democracia, la democracia no nos protegerá." Véase también Owen M. Fiss, "The Right Degree of Independence," en *The Role of the Judiciary in the Transition to Democracy in Latin America*, p. 55 (Irwin Stotzky, ed., 1993); 25 University of Miami Inter-American Law Review 57 (1993); Revista Derecho y Humanidades (Facultad de Derecho Universidad de Chile Santiago) 71 (1997) (versión en castellano); Jaime Olaiz-González, "Questioning Impartiality. The Role of a Judge in Transitions to Democracy Confronting Radical Evil," 2008. Ensayo presentado en el *Aspiring Scholars Symposium*, organizado por Yale Law School, New Haven, CT.

chos colectivos, en el caso que algún día tengan competencia para conocer de controversias relacionadas con ellos.

Por otra parte, esta misión implica también un reconocimiento de mayor trascendencia ya que ubica al juzgador como la única voz autorizada para expresar la razón pública en el marco de los principios y valores que informan y ordenan nuestra convivencia. Más aún, este reconocimiento concibe al juzgador como el único agente facultado formalmente y legítimamente informado para proveer de contenido a los valores previstos en la Constitución mediante la adjudicación que realiza para resolver los conflictos que se le presentan.

Ahora bien, si esta misión trae consigo semejantes atribuciones, estas adquieren todavía mayor entidad cuando ubicamos el rol del juzgador en el contexto de lo que en este ensayo hemos descrito como el modelo de litigio estructural y en particular, respecto de los derechos individuales de incidencia colectiva. Esto se explica porque en ese contexto, el juzgador es el encargado no solamente de resolver las diferencias entre las partes, sino de equilibrar las disparidades o asimetrías que por necesidad existen entre ellas. En esa lógica, el juzgador se erige al mismo tiempo, como tercero imparcial, autoridad subsidiaria, árbitro calificado, agente equilibrador, reformador de relaciones entre individuos y colectividades con estructuras, y portavoz de la razón pública que sirve de norte moral para la adjudicación, que a diferencia del modelo convencional de litigio, no se agota con la ejecución de la sentencia a favor de alguna de las partes, sino que trasciende a ésta y se prolonga para la supervisión, implementación y conclusión de las reformas estructurales que debe realizar el condenado para prevenir la comisión de políticas públicas que violentan los derechos que inciden en la colectividad.

Aunque no es objeto de este trabajo, el ejercicio de estas atribuciones por parte del juzgador puede ser interpretado por algunos actores como un exceso respecto de las funciones propias de la labor judicial, ya que a través de la adjudicación dirigida a la reforma de diversas estructuras y las políticas públicas o privadas que aquéllas apliquen, se puede concebir por algunos como una invasión a las facultades propias del legislador, al fijar políticas y prescripciones normativas desde la esfera judicial. Esta interpretación se mantendrá latente si nos limitamos a fundamentar estas atribuciones del juzgador solamente a la exposición de motivos de la reforma de mérito, ya que la adición específica que hasta el momento se ha aprobado por el Congreso del artículo 17 constitucional y sus consiguientes artículos transitorios, no establecen expresamente esta facultad del juzgador para determinar los estándares y guías que permitan adecuar los paradigmas procesales actuales con el espíritu de las acciones y procedimientos colectivos. Nos parece que de no resolverse esta falta de explicitud sobre las competencias del juzgador en este rubro, será muy complejo que éste realice con eficacia la puesta al día que en la exposición de motivos le ha asignado el legislador.

Más aún, esta reforma supone también la posibilidad de resolver con efectos generales en lo relativo a violaciones a derechos individuales de incidencia

colectiva con base en lo que en las iniciativas de reforma a la Ley de Amparo, se ha denominado "Declaración General de Inconstitucionalidad."[24]

De acuerdo con la doctrina constitucional mexicana dicha Declaración admite dos supuestos, en primer lugar puede presentarse en el caso de revisión del amparo indirecto, es decir en contra de cualquier resolución emitida en ejercicio de las funciones ejecutiva, legislativa o judicial, que no ponga fin al proceso; en segundo lugar en el recurso de revisión en amparo directo, en cuyo caso se impugna la fundamentación que ha sostenido un tribunal en sentido amplio y se señala que un precepto legal va en contra de la Constitución, en tanto que este ha sido invocado en la resolución definitiva que pone fin a una controversia. Lo anterior significa que los órganos legitimados para emitir la declaración en cuestión serían los Tribunales Colegiados de Circuito y la Suprema Corte de Justicia actuando en Pleno o en Salas.

A este respecto la Cámara de Senadores aprobó por unanimidad las reformas constitucionales y a la ley de Amparo que pretenden superar el principio de relatividad que por años se ha debatido, aduciendo en sus razonamientos que éste entra en colisión con los siguientes principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico: supremacía constitucional, igualdad ante la ley, economía procesal y administración de justicia pronta y expedita.

El dictamen de la Comisión antes citada que pretende entre otros importantes temas, reformar la fracción segunda del artículo 107 constitucional, establece diversas limitaciones para que se genere la declaración de inconstitucionalidad: Primero, es admisible solamente respecto de la revisión en amparo indirecto, lo cual significa un avance paulatino en cuanto a la integración de estas figuras en el ordenamiento mexicano, aunque no se ha llegado a la reforma integral que los ciudadanos han requerido.

Además la declaración sólo procede en caso de que se estudien en el proceso normas generales, es decir, no se admite en contra de actos formal y materialmente administrativos o judiciales; lo cual se entiende, ya que la propia naturaleza de estos actos no permite generalizar su inconstitucionalidad, con excepción de lo analizado anteriormente en cuanto a revisión de amparo directo.

El procedimiento para conseguir estas declaraciones inicia con el informe que presenta la Suprema Corte de Justicia a la autoridad que emitió la norma respecto de la segunda resolución que declara inconstitucional la misma, estas resoluciones pueden ser emitidas por cualquier órgano del Poder Judicial Federal que conozca del amparo indirecto en revisión.

El segundo punto es la adopción de un criterio jurisprudencial por reiteración respecto de dicha norma general, ante lo cual la Suprema Corte notifica, de nueva cuenta, a la autoridad que emitió la norma, para que esta, en un plazo de 90 días, realice las modificaciones respectivas y se supere el problema de inconstitucionalidad. De no ser así, la Corte someterá a análisis dicha norma y contando con la mayoría de ocho Ministros emitirá la declaración

24 *Supra,* nota 14, p. 9 a 11.

general de inconstitucionalidad, la cual deberá publicarse en el Diario Oficial de la Federación.

El último límite que el Constituyente ha puesto a estas declaraciones es la excepción que concierne a normas generales en materia tributaria, ya que esto afectaría directamente a la recaudación y significaría un golpe a la Ley de Ingresos, lo que resulta consistente con el tipo de derechos de naturaleza no patrimonial en los que nos hemos concentrado en este trabajo.

Esta declaración de inconstitucionalidad tiene como consecuencia dejar sin efectos los preceptos violatorios en cuestión, derogando o abrogando, según sea el caso, las normas generales que se han sometido a deliberación judicial. Es decir, la declaración tiene efectos erga omnes y puede ser esgrimida en juicio para que la aplicación de la norma objeto de la declaración general de inconstitucionalidad, no afecte la esfera de derechos de los particulares que se ubiquen en ese caso hipotético de violación.

La vigencia de esta declaración general de inconstitucionalidad y sus efectos en el marco de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos en su esfera tanto individual cuanto colectiva, supone también la mutación del paradigma del interés jurídico sobre el que se ha ejercitado tradicionalmente el juicio de amparo, al denominado en la iniciativa de reforma aprobada por la Cámara de Senadores, como "interés legítimo,"[25] que debe entenderse como el derecho de acción que tiene su titular no solamente en el contexto de sus intereses de carácter individual, sino en los que se afecten –además de la esfera jurídica del quejoso o demandante, las de aquellos titulares que potencialmente resulten afectados por la aplicación general de la norma en cuestión. Este interés legítimo es consistente con los efectos que líneas arriba delineábamos al explicar la naturaleza de los derechos individuales de incidencia colectiva.

Ahora bien, tanto la armonización de las acciones colectivas cuanto la superación de los efectos relativos del amparo en aspectos inherentes a los derechos individuales de incidencia colectiva requieren por necesidad de disposiciones procedimentales y sustantivas que faculten al juzgador con amplios poderes interpretativos en esos rubros para cumplir con la misión que el propio legislador le anticipaba en la exposición de motivos ya referida.

En la medida en que se conciba la función judicial como pivote de la protección eficaz y sólida consolidación de estas reformas a nuestro ordenamiento jurídico –acciones colectivas y declaración general de inconstitucionalidad, podremos vislumbrar cambios graduales pero trascendentes en el modus operandi de los ciudadanos, sus abogados y las estructuras en el marco de litigios que suponen la defensa de derechos con impacto colectivo desde una pluralidad de demandantes hasta la individualización de éstos a través de una clase o de un representante, que de verse favorecido(s) mediante adjudicación judicial, su protección se extendería mediante los efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad de las políticas que violentaron sus

25 *Idem*, p. 8 y 9.

derechos fundamentales, a todos aquellos titulares del mismo derecho que padezcan los mismos agravios, suponiendo además la reforma de la estructura agente de las violaciones a través de políticas inconsistentes con el texto constitucional.

Esto también prevé que el juzgador funja como la última y única voz autorizada para determinar lo que en el contexto de la razón pública en él conferida, es lo justo y correcto en el caso de conflictos asimétricos entre los individuos y las estructuras. Para este propósito, el legislador deberá confiar en el ejercicio adecuado de las atribuciones que estas reformas le asignan al juzgador para darle plena libertad a quien desde la perspectiva de la reforma, es el participante más calificado para armonizar nuestro ordenamiento jurídico con los objetivos de estas transformaciones.

BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. El Umbral de la Ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, 2002.

Barak, Aharon. The Judge in a Democracy, Princeton University Press, 2006.

Bickel, Alexander. The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics, 1986.

Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954); 349 U.S. 294 (1955).

Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados. Proyecto de decreto por el que se adiciona un párrafo tercero y se recorre el orden de los párrafos subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la Gaceta Parlamentaria, número 2976-IV, jueves 25 de marzo de 2010.

Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos. Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan, y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 100, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 8 de diciembre de 2009.

Cruz Parcero, Juan Antonio. El Lenguaje de los Derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

Diario Oficial de la Federación del 18 de junio de 2008. Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Guidi, Antonio (comps). La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica, Editorial Porrúa, México, 2008.

Fiss, Owen. The Law as it Could Be, New York University Press, 2003. Versión en castellano El derecho como razón pública, Marcial Pons, Barcelona, 2007.

Fiss, Owen. The Forms of Justice, 93 Harvard Law Review 1, 1979.

Fiss, Owen. The Social and Political Foundations of Adjudication, 6 Law and Human Behavior 121, 1982.

Fiss, Owen. The Political Theory of the Class Action, 53 Washington and Lee Law Review 21, 1996; 1 Revista Jurídica de la Universidad de Palermo 5, 1996.

Fiss, Owen. The Right Degree of Independence, en Stotzky, Irwin (ed.) "The Role of the Judiciary in the Transition to Democracy in Latin America," p. 55, 1993; 25 University of Miami Inter-American Law Review 57, 1993; Revista Derecho y Humanidades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile 71, 1997 (versión en castellano).

Fiss, Owen y Resnik, Judith. Adjudication and Its Alternatives, Foundation Press, 2003.

Gargarella, Roberto. La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, Ariel, 1996.

Gargarella, Roberto. Latin American Constitutionalism Then and Now: Promises and Questions, ensayo presentado en el Comparative Politics Workshop, organizado por el Departamento de Ciencias Políticas de la Universidad de Yale, New Haven, CT, el 23 de febrero de 2010.

Guidi, Antonio. Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2004.

Magaloni, Ana Laura. Acciones Colectivas, Periódico Reforma, 16 de agosto de 2008.

Maurino, Gustavo; Nino, Ezequiel, y Sigal, Martín. Las Acciones Colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado, Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2005.

Olaiz-González, Jaime. Questioning Impartiality. The Role of a Judge in Transitions to Democracy Confronting Radical Evil, ensayo presentado en el Aspiring Scholars Symposium, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, New Haven, CT, el 17 de abril de 2009.

Ruiz v. Estelle, 503 F. Supp. 1265 (S.D. Tex. 1980).

ACCIONES DE CAMBIO EN EL SISTEMA DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA AGRARIA MEXICANA.

Sergio Luna Obregón[1].

INTRODUCCIÓN.

La temática de la obra colectiva donde se publica este trabajo gira en torno a la transformación de los sistemas de impartición de Justicia Civil. El cometido es evidenciar acciones pasadas y presentes de trascendencia real en el mejoramiento constante de la función jurisdiccional, para favorecer el objetivo fundamental de eficientar y hacer eficaz el servicio de impartición de justicia.

Entendemos, se refiere a la impartición de justicia en las otras materias diferentes a la penal y a propuestas de cambio normativo y estructural o en la gestión judicial, con resultado de transformación y mejoría comprobables en beneficio del justiciable y, con ello, del fortalecimiento del Estado de Derecho, el orden público y la paz social.

La temática es, entonces, destacar cambios de dirección o mutaciones generales e integrales del sistema judicial igual que acciones particulares modificatorias de la gestión judicial en beneficio de la justicia y el justiciable.

En este orden de ideas, el documento aborda el tema de la impartición de justicia agraria en México, ahora depositada en órganos jurisdiccionales con autonomía constitucional y de plena jurisdicción creados en 1992, que sustituyeron a la resolución de los conflictos en esta materia en sede administrativa a cargo del Presidente de la República desde 1917, apoyado en órganos administrativos y procedimientos cuasi-jurisdiccionales de variadas denominaciones y trámite complejo.

La primera parte se ocupará de resaltar las características propias de la transformación normativa e institucional de manera simplemente fenomenológica, por la trascendencia que la decisión tuvo y tiene para el campo y los campesinos mexicanos. Comprenderá, entonces, una breve semblanza de la función administrativa decisoria de conflictos referida y el análisis somero

1 Titular del Tribunal Unitario Agrario del Distrito 13, con sede en Guadalajara, Jalisco, México. Maestro en Derecho Constitucional y Amparo. Profesor de licenciatura en la Universidad Jesuita de Guadalajara (ITESO) y de maestría en la Universidad del Valle de Atemajac (UNIVA).

de las características de los tribunales agrarios, como órganos autónomos y de plena jurisdicción, por una parte, encargados transitoriamente de abatir el rezago de expedientes sin resolver iniciados antes en el ejecutivo y, por la otra, de atender las nuevas controversias de intereses entre sujetos del derecho agrario, mediante una vía sumaria y otra de jurisdicción voluntaria en aras de impartir justicia pronta, expedita, gratuita, debida y honesta.

También contendrá esta parte, el análisis de resultados sobre esta etapa de transformación en el fondo y la forma de impartir justicia en la materia.

La segunda parte hará énfasis en la naturaleza sumaria y las características propias del juicio oral en el Derecho Agrario Mexicano y se dará cuenta de una estrategia implantada en el curso del proceso, para mejorar sustancialmente el servicio a favor de las personas solicitantes, como medio eficaz para hacer justicia pronta y otorgar seguridad y certeza jurídica en casos específicos de juicios y procedimientos.

Esta estrategia alternativa e innovadora de índole procesal aplica a un número importante de casos cuya suma, en promedio llega a ser el 35% de los asuntos presentados ante los tribunales unitarios agrarios de primera instancia.

Los resultados objetivos, cuantificativos y cualitativos de la puesta en marcha de esta estrategia serán expuestos precisando los parámetros de la evaluación del servicio.

Así se pretende construir la evidencia demostrativa en el sentido de que la gestión judicial transformadora del sistema, no solo se puede lograr a través de las grandes decisiones de cambio normativo, estructural, presupuestal o de capacitación y evaluación generales, sino también puede arrancar de medidas prácticas ordenados y consistentes, aparentemente simples o limitadas, pero, sin duda, con resultados trascendentes comprometidas con la calidad y eficiencia del proceso jurisdiccional.

Para ello, hermenéuticamente, se llegó a la sustentación especulativa sobre la posibilidad de tramitar un juicio sumarísimo, no sólo sumario como en general es el proceso agrario, en ciertos e identificados asuntos planteados por el demandante, con posibilidades amplias de ser sentenciados de inmediato en audiencia única y en brevísimo plazo.

Es una experiencia innovadora basada en la interpretación normativa de textos legales existentes, para eficientar el sistema de trabajo operativo-jurisdiccional. Evita excesos en el trámite de estos asuntos, a partir de la función instrumental del Derecho Procesal, la fijación previa de criterios, el compromiso y especialización del personal, la selección de los casos y la participación eficiente del asesor particular o institucional.

Finalmente, como se advierte de esta introducción, el documento consta de dos partes, una referida a la transformación de la justicia agraria en 1992, sus impactos y la otra a la estrategia del juicio sumarísimo agrario, para darle

calidad y eficiencia al proceso jurisdiccional agrario, para terminar con un capítulo de consideraciones finales.

Sólo resta agregar, para dejar constancia, el reconocimiento a los autores de la idea de publicar una obra de estas características, así como a los Centros de Estudios Superiores que la auspician. También mi agradecimiento al doctor Santiago Pereira Campos, por la generosa invitación a participar.

Primera Parte.
CONVERSIÓN JURÍDICO-PROCESAL DEL SISTEMA DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA AGRARIA.

I. La resolución de conflictos en el poder ejecutivo.

Es preámbulo necesario precisar el origen del derecho agrario mexicano, sin entrar al análisis casuístico de los hechos de la historia nacional forjadores de la aparición de una nueva disciplina jurídica como la rural, pues ello es un tema amplio y podría ser materia de otro trabajo.

Sin embargo, podemos partir de afirmar que la revolución mexicana de 1910 enarboló como bandera de lucha el reparto de la riqueza, en particular la tierra rural, a partir de aceptar que durante más de tres centurias de la colonia española se generó el fenómeno económico, político, jurídico y social del acaparamiento de la tierra producto de un comprobado despojo histórico a las comunidades indígenas.

En este aspecto, se pronuncia el Plan de Ayala de 1911 y el propio manifiesto de San Luis de 1910, el primero suscrito por Emiliano Zapata, el segundo por Francisco I. Madero.

La solución a la dicotomía dialéctica entre la legalidad del acaparamiento de tierras y la obligación del estado social de distribuir la riqueza fue resuelta por la Constitución Mexicana de 1917, al incorporar derechos y prerrogativas en favor de la clase campesina, para obtener tierras, sea vía la restitución de ellas en favor de las comunidades indígenas despojadas o la dotación de las mismas a grupos de campesinos sin tierras. Estas facultades o prerrogativas se incorporan al texto constitucional y con ello, dicho de manera muy sencilla, se constituye la garantía social otorgada por el Estado en materia agraria, junto con otras de esta naturaleza en la laboral y educativa.

La decisión política-ideológica antes reseñada se basó en la declaración franca y abierta de combatir el latifundio o sea, el acaparamiento lacerante de tierras en pocas manos, en perjuicio de otros.

La propia Constitución de 1917 antes referida reconoce y con ello designa al Presidente de la República, como máxima autoridad agraria, llevando a esta disciplina jurídica al mundo del derecho administrativo, luego autónomo por la reforma de 1992.

Por ello, la actividad de resolución de conflictos agrarios por el ejecutivo federal inicia en esas fechas históricas y concluye en 1992, con motivo de la reforma al artículo 27 constitucional, la abrogación de la Ley Federal de Reforma Agraria y vigencia de la Ley Agraria a partir del 27 de febrero del año indicado.

La larga etapa de 75 años de resolución de conflictos agrarios en sedes administrativas permitió la conformación de diversos y variados procedimientos, para resolver las controversias agrarias sucedidas en el campo. Primero, las llamadas acciones de tierras y aguas, en donde figuraron importantemente las de dotación, ampliación, creación de nuevo centro de población ejidal y las vías para el reconocimiento y titulación de bienes comunales, así como la restitución de tierras luego revertida a una acción de dotación de tierras *sui generis*. También el de conflicto por límites y juicio de inconformidad del conocimiento y resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tratándose de comunidades.

Mediante estos procedimientos administrativos, generalmente tardados y complejos, se crearon aproximadamente 30,000 ejidos, como personas jurídicas del derecho social agrario, por tanto, con personalidad y patrimonio propio protegido por la constitución y las leyes reglamentarias, estructurado mediante un sistema corporativo, compuesto por la asamblea general de ejidatarios, que decide el destino del ejido; al comisariado ejidal, que representa al ente colectivo y el consejo de vigilancia, supervisor de la actividad del mandatario.

También se reconocieron y titularon aproximadamente 3,500 comunidades indígenas, como personas jurídicas con características similares, que no iguales, respecto del ejido, dada la obligada explotación colectiva de la tierra, integrada por comuneros.

Adicionalmente, se crearon procedimientos individuales de nulidad de actos y contratos; la nulidad de fraccionamientos simulados; el de la suspensión y privación de derechos agrarios; el de certificación de inafectabilidad de propiedades agrícolas, ganaderas y forestales; el procedimiento de sucesión de derechos agrarios; el de permutas, fusión, división y expropiación de tierras ejidales; de conflictos internos de los ejidos y comunidades, también otro de reposición de actuaciones, por citar solo la mayoría

Los ordenamientos jurídicos de la época *"…fueron constituyendo, paulatinamente, los procedimientos administrativos y estableciendo las facultades competenciales. Una a una incorporan nuevos procedimientos; por ejemplo, el Código Agrario de 1943 reglamentaba 16 diversos procedimientos y la Ley Federal de Reforma Agraria los aumenta, particularmente en materia de nulidad, privación de derechos agrarios, conflictos internos de ejidos y comunidades y la reposición de actuaciones. En opinión de Luis Ponce de León Armenta*[2]*, el proceso agrario antes de 1992* ***"...se presentaba disperso en más de veintisiete figuras procesales con diversa regu-***

2 La Nueva Jurisdicción en Materia Agraria. Memoria XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, 1996, pág. 157

lación, diversos términos y diversos órganos jurisdiccionales, que complicaba la justicia agraria.- Tuvimos necesidad en un tiempo de clasificar el proceso agrario por la diversidad de instituciones procesales en: proceso agrario general, proceso agrario ejidal, proceso agrario comunal, proceso agrario de la pequeña propiedad y proceso agrario laboral. (...) Las fracciones X, XII Y XIII del artículo 27 Constitucional y la Ley Federal de Reforma Agraria desarticulada compuesta por varias autoridades y órganos agrarios (...) Pasaban *(los expedientes)* ***de mano en mano, de autoridad a autoridad, de autoridad a órganos para perjuicio del justiciable...".***[3]

Resulta, entonces, que "*…de 1917 a 1992, la justicia agraria se realiza en sedes administrativas, teniendo como máxima autoridad "Jurisdiccional" al presidente de la república, y como "Juzgados Instructores" a las diversas dependencias del ejecutivo, sin descuidar la participación de los gobernadores de los Estados en dichos procedimientos, también con facultades resolutorias de primera instancia en algunos casos. Hay razones para considerar porqué, en su momento, el constituyente de 1917 entregó la facultad tramitadora y decisoria al órgano administrativo del Estado. Tal vez, los autores de la gesta revolucionaria, luego dirigentes políticos y máximas autoridades del país, recogieron la inconformidad y desconfianza del pueblo, respecto de los tradicionales órganos jurisdiccionales…*"[4]

II. La transformación en su etapa transitoria.

La reforma de 1992 a que se ha hecho referencia dispuso dar por terminada la participación del Presidente de la República en la resolución de las controversias agrarias; también dio por concluido el reparto de tierras en el campo de México; consolidó la personalidad de los ejidos y las comunidades; otorgo libertades a los ejidos y comunidades y a sus integrantes, para decidir el destino y uso de las tierras de carácter social; reiteró el combate al latifundio y precisó un consistente objetivo de dar certidumbre jurídica a la tenencia de la tierra rural, no sin reiterar el derecho a la restitución de tierras despojadas y establecer la posibilidad de que los sujetos agrarios pudieren realizar asociaciones productivas entre ellos, con terceros o con el gobierno. Instituyó la reforma los Tribunales Agrarios, como órganos constitucionalmente autónomos, por una parte, para sustituir al ejecutivo en la función decisoria de conflictos rurales y, por la otra, para conocer de los nuevos casos.

La terminación del reparto de tierra trajo como consecuencia, en el ámbito procedimental de resolución de conflictos, la cancelación de las vías de dotación y ampliación de ejidos, así como la de creación de nuevos centros de población ejidal y comunal. Ante esta circunstancia los asuntos del llamado coloquialmente "*expedientes de rezago agrario*" se turnarían, unos en estado de resolución y otros en el que se encontrarán, a los nuevos órganos jurisdiccio-

3 IMPARTICIÓN DE JUSTICIA AGRARIA. Reflexiones Sobre el *'Ser'* y la *'Forma de Ser'* de los Tribunales Unitarios Agrarios. Sergio Luna Obregón, Editorial La Sallé, México, 2001.

4 Ibíd.

nales agrarios para resolverlos, en sustitución, como se dijo, del presidente de la república.

Los transitorios del decreto de reformas a la Constitución y de la Ley Agraria que entraban en vigor refieren los procedimientos temporales a seguir por los órganos jurisdiccionales creados a fin de resolver las controversias pendientes en sede judicial y ya no administrativas. Así, se abroga la Ley Federal de Reforma Agraria, pero se extendió su aplicación en el tiempo respecto de los expedientes turnados a la nueva autoridad agraria y se abrogaron también otros diferentes ordenamientos especializados en la materia.

A los nuevos tribunales se transfirieron aproximadamente 21,000 expedientes en total, repartidos en las dos instancias, pues la interpretación del capítulo transitorio en análisis reservaba para el tribunal superior la decisión de las acciones de tierra y a los tribunales unitarios en el país los conflictos al interior del ejido en todas sus modalidades.

III. La resolución de conflictos en el órgano jurisdiccional, constitucionalmente autónomo.

La reforma de 1992 modifica la fracción XIX del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tradicionalmente receptora de la obligación del Estado de impartir justicia, primero en sedes administrativas y ahora en sede judicial.

La fracción en comento define la competencia constitucional y establece la competencia legal de los nuevos órganos del Estado facultados para resolver controversias de intereses agrarios, aplicando la ley general y abstracta al caso concreto; deja al legislador ordinario federal la obligación de instituir tribunales dotados de autonomía y plena jurisdicción integrados por magistrados propuestos por el ejecutivo federal y designados por la cámara de senadores o la comisión permanente, según el caso, sin dejar de estatuir, con toda claridad, que esta materia es de rango Federal.

El texto integro de esta fracción del precepto constitucional es del tenor siguiente: ***"… XIX.*** *Con base en esta Constitución, el Estado dispondrá las medidas para la expedita y honesta impartición de la justicia agraria, con objeto de garantizar la seguridad jurídica en la tenencia de le* ***(la, sic DOF 03-02-1983)*** *tierra ejidal, comunal y de la pequeña propiedad, y apoyará la asesoría legal de los campesinos. Son de jurisdicción federal todas las cuestiones que por límites de terrenos ejidales y comunales, cualquiera que sea el origen de éstos, se hallen pendientes o se susciten entre dos o más núcleos de población; así como las relacionadas con la tenencia de la tierra de los ejidos y comunidades. Para estos efectos y, en general, para la administración de justicia agraria, la ley instituirá tribunales dotados de autonomía y plena jurisdicción, integrados por magistrados propuestos por el Ejecutivo Federal y designados por la Cámara de Senadores o, en los recesos de ésta, por la Comisión Permanente. La ley establecerá un órgano para la procuración de justicia agraria, y…"*

El contenido conceptual anterior, así como la teoría general del derecho procesal permite construir un concepto específico de tribunales agrarios, con la suma de características relevantes que lo identifican y posicionan en el sistema normativo nacional. La propuesta respectiva es la siguiente:

"…Los Tribunales Agrarios son ***Órganos Federales, que por naturaleza gozan de autonomía y plena jurisdicción*** *otorgada por la Constitución Política del País, en el artículo 27 fracción XIX,* ***formal y materialmente participantes de la función judicial del Estado Mexicano****, en términos del artículo 49 de la propia Carta Federal, sin estar* ***orgánicamente considerados como parte del Poder Judicial Federal,*** *pero sí, se repite, dentro de la función judicial del Estado Mexicano, a fin de* ***resolver conflictos entre personas jurídicas o individuales, de acuerdo a la competencia atribuida por la ley****, cuya* ***sentencias se inscriben dentro del orden normativo piramidal,*** *que tiene como vértice superior la Carta Magna, lo cual significa que el Estado Mexicano en su conjunto tiene interés en cumplir* ***dichos fallos, a fin de salvaguardar la vigencia del Estado de Derecho…"***[5]

Sin abundar sobre el tema, la afirmación de que son órganos jurisdiccionales y no administrativos proviene de coincidir en que ejercen la función jurisdiccional estimada doctrinalmente como perfecta, cuando el órgano del Estado cuentan con facultades para recibir demandas, llamar ante si a los contendientes, hacer uso de la fuerza pública para cumplir sus determinaciones, dictar la sentencia que resuelva el conflicto y ejecutar la misma, además de disponer de medidas precautorias. Por tanto, obligados a respetar la garantía del debido proceso compuesto por derechos y prerrogativas constitucionales de audiencia, defensa, petición de justicia, resolución de conflicto y otros, mismo que en otras latitudes se identifica como la tutela jurisdiccional efectiva.

Lo anterior significa también, que estos órganos federales autónomos y de plano derecho no forman parte orgánica del Poder Judicial Federal, regulado en el artículo 94, al estar instituida la justicia agraria en la fracción XIX del artículo 27, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sin embargo, es posible sostener que ejercen parte de la función jurisdiccional del Estado o sea, la resolutoria de conflictos de intereses entre partes a que se refiere el numeral 49 de la Carta Magna Nacional, en materia agraria.

Por todo lo dicho es que se afirma, en opinión compartida con diversos tratadistas, que, por sus características los tribunales agrarios son órganos constitucionalmente autónomos, como una especie de extensión al sistema tradicional de división del poder estatuida en las normas supremas liberales a partir de 1791, año de promulgación de la Constitución Francesa producto de la revolución Gala.

5 Ibíd.

Miguel Carbonell, doctor en derecho e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, sostiene igualmente este criterio en los siguientes términos:

"…ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. I. Los órganos constitucionales autónomos surgen sobre todo a partir de la segunda Guerra Mundial, aunque fueron ya teorizados por Georg Jellinek y por Santi Romano desde finales del siglo XIX. La existencia de dichos órganos supone un enriquecimiento de las teorías clásicas de la división de poderes que postulaban que dentro de un Estado solamente había tres funciones: La ejecutiva; La judicial; La legislativa. Las características de los órganos constitucionales autónomos son las siguientes: 1) Son creados de forma directa por el texto constitucional. 2) Cuentan con una esfera de atribuciones constitucionalmente determinada, lo cual constituye una "garantía institucional" que hace que tal esfera no esté disponible para el legislador ordinario. 3) Llevan a cabo funciones esenciales dentro de los Estados modernos. 4) Si bien no se encuentran orgánicamente adscritos o jerárquicamente subordinados a ningún otro órgano o poder, sus resoluciones –a menos que se trate de órganos límite- son revisables de acuerdo con lo que establezca la Constitución de cada país. No forman parte de la Administración Pública, ni del Poder Legislativo, ni tampoco del judicial. Esta independencia orgánica se manifiesta no solamente a través de la ausencia de controles burocráticos, sino también con la existencia de una cierta autonomía financiera o garantía económica a favor del órgano constitucional. 5) Su no incorporación orgánica dentro de ninguno de los tres poderes, le otorga una "paridad de rango", de tal forma que no se encuentran subordinados a ellos. En México son cuatro los órganos constitucionales autónomos que prevé la C:

I. Los tribunales agrarios recogidos en el a. 27, fracción XIX. Dicho precepto dispone que los tribunales encargados de la impartición de la justicia agraria serán autónomos y tendrán plena jurisdicción; estos tribunales se integran por magistrados propuestos por el Ejecutivo Federal y designados por la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente. Su área competencial incluye todas las cuestiones de límites de terrenos ejidales y comunales, así como las relacionadas con la tenencia de la tierra de los ejidos y comunidades.

II. El Banco Central.
III. El Instituto Federal Electoral.
IV. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos…"6

La estructura orgánica de los tribunales agrarios de México está compuesta por dos instancias; la primera a cargo de tribunales unitarios de distrito

6 Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones jurídicas, ed. Porrúa, México 2007, p.2721-2724.

diseminados en los Estados de la República en un total de 50 a la fecha y la segunda, un Tribunal Superior, con sede en el Distrito Federal que conoce, entre otros asuntos, del recurso de revisión.

IV. Impactos de la transformación.

Conviene precisar algunos de los efectos transformadores en la impartición de justicia agraria originados por la reforma de 1992, tanto de inmediato como los tiempos siguientes en la actualidad.

Justicia en sede jurisdiccional.

La transformación del sistema de impartición de justicia agraria acaecido en 1992 es evidente, por el solo hecho de ser diferente la autoridad en donde se realiza esta actividad, así como las formas instrumentales en las dos diferentes épocas del derecho procesal agrario moderno; la primera, con la participación del Presidente de la República como máxima autoridad agraria, mediante procedimientos administrativos, en tanto que en la segunda parte en marcha, ante un órgano federal autónomo, independiente y de plena jurisdicción, con competencia por materia establecida en la propia Constitución, además de la de grado y territorio en ordenamientos reglamentarios.

Juicio Sumario Único.

Otra importante evidencia consiste en que, mientras la normativa anterior a la fecha de la reforma multireferida regulaba la tramitación de más de 26 tipos de procedimientos, ante cuatro diferentes niveles de autoridad administrativa, el juicio agrario actual se dilucida mediante un proceso sumario contencioso y una vía de jurisdicción voluntaria ausente de controversia; la primera de estas vías en dos instancias en casos específicos, no todos y el juicio de amparo.

Se trata, por decirlo coloquialmente, de juntar los actos procesales en una audiencia de ley, que parte de la ratificación de la demanda, que puede concluir con el dictado de la sentencia y de exigir la simplificación de las formas del debate, realizados por tribunales distintos a los ordinarios o de estricto derecho.

Al respecto, en otro trabaja analítico sobre el juicio agrario he sostenido: "*…En este sentido se deben entenderse los textos de los artículos 185, al estructurar la audiencia y definir la cadencia de los actos procesales concatenados con los artículos 181, 173, 185 fracción III, 192, 188 y 199, así como el 182 y 179, todos de la Ley Agraria que refieren los breves plazos en el juicio; primero, para contestar aclaraciones a la demanda (8 días), luego para realizar el emplazamiento, en relación con la audiencia (10 máximo, 5 mínimo), la decisión de plano de excepciones dilatorias, sin formar*

artículo de previo y especial pronunciamiento, así como la resolución de incidentes de plano o en la sentencia, según el caso, el tiempo para sentenciar (20 días) cuando el análisis de pruebas lo justifique, los términos para interponer el recurso de revisión (10 días) y para contestar agravios (5 días), así como para resolver la impugnación (10 días). También, para contestar reconvención (10 días) e imponerse de autos por el abogado de la Procuraduría Agraria (5 días). Esta es forma de atender los actos procesales…"[7]

Por cierto, el juicio sumario en el Derecho Agrario Mexicano asume está denominación sólo por la brevedad del trámite, por etapas reducidas en los actos concatenados, desprovisto de ciertas formalidades innecesarias, preponderantemente oral y público, por tanto diferente al juicio ordinario tradicional. Sin embargo, la sentencia resuelve la controversia de intereses de fondo y cuenta con un procedimiento eficaz de ejecución oficiosa y el fallo puede llegar a adquirir la calidad de cosa juzgada, por tanto de características distintas al concepto o definición de juicio sumario adoptado en otras latitudes, por ejemplo, en la Ley de Enjuiciamiento Civil Español.

Manuel Ortells Ramos, refiriéndose al derecho procesal español indica que: "*…es procedimiento sumario aquel que no produce cosa juzgada, de modo que un proceso posterior no queda excluido, ni vinculado en cuanto a su resolución por la sentencia firme del procedimiento sumario…".*[8]

Principios Propios del Derecho Procesal Contemporáneo.

Otro punto relevante estriba en la diferencia, por cierto profunda, entre un procedimiento administrativo y un proceso jurisdiccional, más aún cuando éste, como el caso de lo agrario, está diseñado en la norma procesal aplicable (artículo 163 a 200 de la Ley Agraria) con principios rectores de la contienda entre personas en materia de petición de parte, defensa formal, impulso procesal, oralidad, inmediación, publicidad, celeridad, concentración y sencillez, dirección del proceso por el magistrado, desahogo de pruebas de oficio, solución de conflictos por la vía de la amigable composición, suplencia en la deficiencia del planteamiento de derecho, valoración de pruebas a verdad sabida, fundando y motivando la argumentación, ejecución oficiosa de la sentencia de manera voluntaria o forzada entre otros.

A este respecto, el doctor García Ramírez ha sostenido lo siguiente en relación con los principios procesales del juicio agrario. "*…El estudio de la ley, la conciencia sobre el medio al que ésta aplica, la búsqueda de las mejores formas de interpretación para poner en práctica la justicia y la equidad en la solución de contro-*

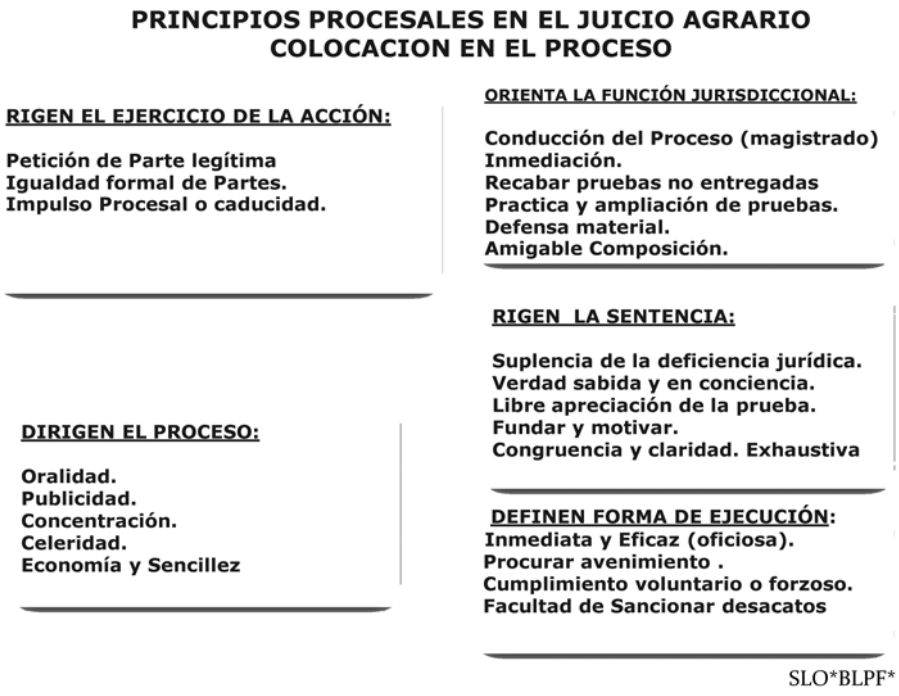
7 Sergio Luna Obregón, El Juicio Oral en el Derecho Agrario Mexicano, P. 48 y 49. Ponencia presentada en el Seminario Internacional. Innovación en la Justicia Civil. Santiago de Chile, Mayo 2008.

8 Manuel Ortells Ramos, Derecho Procesal Civil, p. 25, Editorial Thompson Aranzadi, 8ª edición, España 2008.

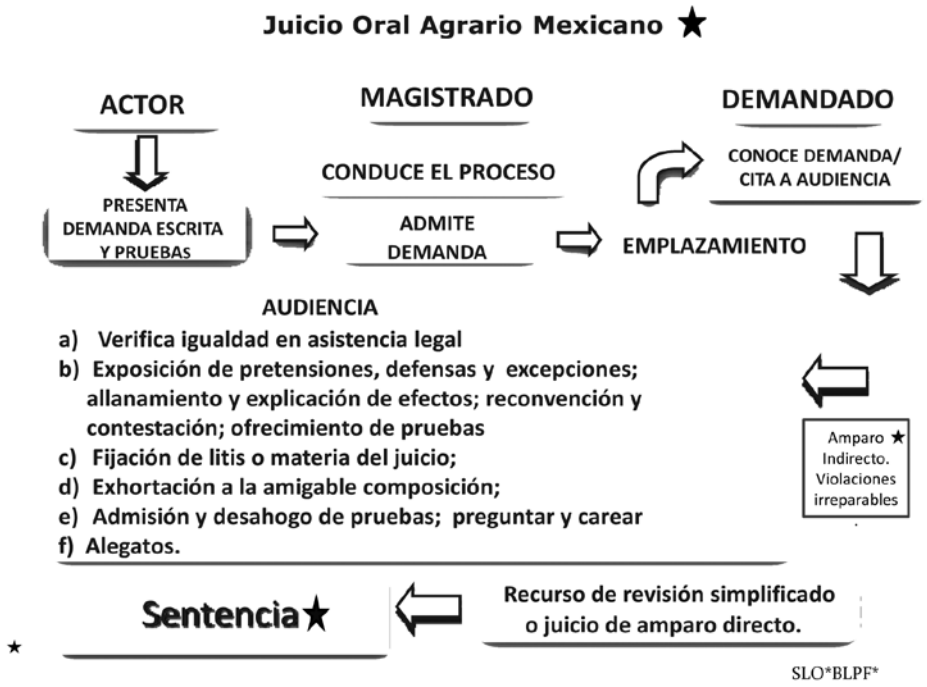
versias, han conducido a señalar y realizar los principios del proceso social agrario. En este punto puede haber diversos pareceres doctrinales. A mi modo de ver, esos principios son: legalidad, instancia de parte, igualdad y equidad, defensa material, verdad histórica, oralidad, publicidad, concentración, celeridad y economía procesal, inmediación, conciliación y lealtad y probidad…"

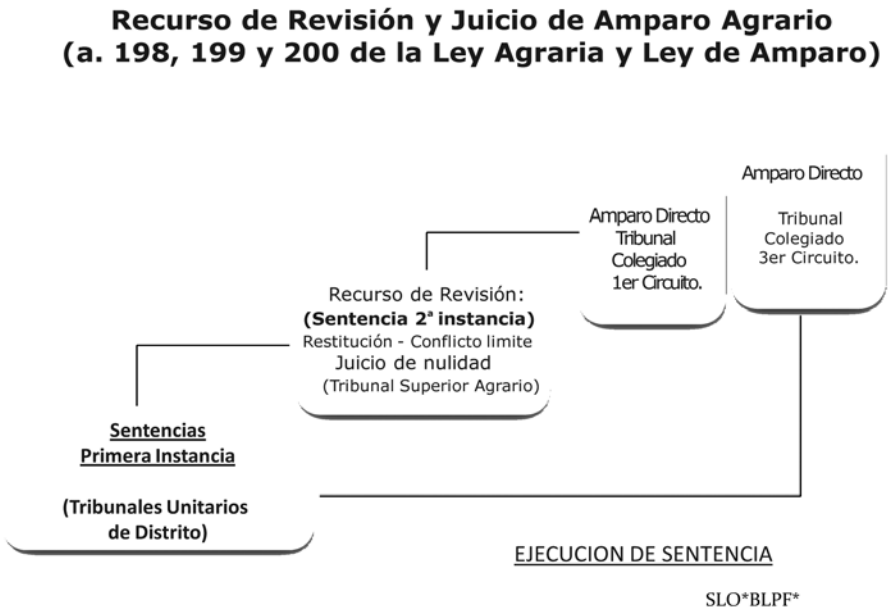
El proceso administrativo, como se sabe, es lineal y tiene en el vértice superior de la línea a la autoridad ejerciendo sus facultades con la sola, no menor evidentemente, limitación del principio de legalidad, mientras que el órgano jurisdiccional a la luz del mismo principio superior, co-actúa en un proceso triangular, con deberes, derechos y obligaciones que está constreñido a cumplir, respetar y hacer que las partes cumplan y respeten.

Para precisar el tema de la transformación sustancial consultemos las siguientes láminas relativas a los principios rectores del juicio oral en el Derecho Agrario de México y su colocación en el proceso, así como el gráfico de las dos instancias del juicio, donde, además se pone de manifiesto el régimen simplificado de impugnación.



***Los tres primeros provienen de la calificación que hace el Dr. Héctor Fix Zamudio, en el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, ed. 2008, pág. 3028.**





Notable, pues, la transformación de la forma y fondo de la tramitación instrumental.

Decisión Jurídico-jurisdiccional, no político-administrativa.

Esta parte no la podría expresar mejor que mi admirado maestro, doctor Sergio García Ramírez, por lo que cedo la línea para transcribir su magnífica prosa "…*En esta etapa –que ahora vivimos- surgió una justicia agraria con organismos y procedimientos diferentes. Quedó atrás la era de la justicia agraria administrativa y política, naturalmente asociada con el papel de Presidente de la República como líder agrario nato, receptor de las demandas revolucionarias y suprema autoridad agraria, según previno el artículo 27 de nuestra Constitución Política. Comenzó, en cambio, la época de la justicia encomendada a verdaderos tribunales, sujetos al Derecho social agrario. Esto implica despolitización de los litigios en el campo y adopción de medios y procedimientos jurisdiccionales para resolver antiguas y nuevas contiendas…*"

Itinerancia Jurisdiccional.

El ordenamiento reglamentario de la Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios, dispone la aplicación del programa denominado "*Justicia Itinerante*" de los tribunales unitarios, que tiene como actividad fundamental el desplazamiento del órgano jurisdiccional de primera instancia fuera de su sede oficial hacia municipios, ejidos y comunidades distantes de ella.

Es un método o sistema diseñado para favorecer el acceso a la Justicia; es rapidez en el despacho jurisdiccional del asunto y prototipo de una marcadísima inmediación, al no ser los justiciables quienes acudan a la casa de la justicia sino la forma como el magistrado lleva ésta a donde ellos se encuentren. Las diligencias son numerosas y diversas, pues igual se reciben promociones, se ratifican demandas y expone la contestación oral, se desahogan pruebas, se escuchan alegatos y se cita para sentencia.

Se pudiere considerar este un sistema operativo alternativo para la solución de conflictos, mediante el cual la impartición de justicia se acerca al lugar donde existen las controversias y se facilita el acceso a ella por parte de los justiciables.

La estadística en esta actividad es elocuente; por ejemplo, entre 2007 y 2010, por invocar las actividades más recientes, se han realizado 483 acciones de justicia itinerante en el país, que han significado la presencia de tribunales unitarios de primera instancia en 4,060 poblados rurales, con la consecuente atención de 17,713 juicios agrarios y de 7,093 procedimientos de jurisdicción voluntaria, que requirieron el desahogo de 22,706 audiencias de ley.[9]

9 Secretaría General de Acuerdos del Tribunal Superior Agrario. Dirección de Estadística y Control Documental. Informe consolidado 2007-2010

Conclusión del "rezago agrario".

Entre 1992 y 1997 se concluyo el trámite y se dictó la resolución de 5,542 asuntos del llamado rezago agrario transferidos al Tribunal Superior Agrario por la Secretaria de la Reforma Agraria, órgano del ejecutivo federal, en tanto que los tribunales unitarios han resuelto más de 15,000 asuntos.

Significa que en poco menos de seis años el órgano superior de la Justicia Agrario concluyó este pendiente histórico con los campesinos de México, mientras que a la fecha los unitarios de primera instancia terminaron también con la parte correspondiente a ellos del rezago agrario.

Análisis estadístico.[10]

La actividad jurisdiccional desplegada por los tribunales agrarios acredita la transformación en análisis.

De julio 1992 a octubre de 2010, los tribunales unitarios agrarios han iniciado 568,805 (100%) juicios controvertidos y trámites de jurisdicción voluntaria. El análisis numérico de la actividad jurisdiccional en esta materia permite concluir que de ese número de asuntos han sido resueltos y archivados 529,379 (93.07%) y en trámite quedan 39,426 (6.93%) distribuidos entre 50 órganos de primera instancia.

El Tribunal Superior Agrario ha conocido de 8,038 recursos de revisión contra sentencias de primera instancia de los tribunales unitarios, mediante el sistema de impugnación simplificada que permite el recurso ordinario solo en 3 tipos de casos. Ha resuelto 7,896, por lo que sólo mantiene en trámite 142, lo cual significa haber concluido su conocimiento en un 98.23% de los casos.

En materia de impugnación constitucional es procedente el juicio de amparo directo e indirecto. El primero contra violaciones durante el juicio que afecten de manera irreparable las garantías del quejoso, mientras que el segundo sólo se admite contra sentencias definitivas que pongan fin al juicio.

En el periodo que se analiza han sido iniciados por juzgados de distrito 4,440 juicios de amparo indirecto, contra actos del Tribunal Superior Agrario y 32,343 respecto de tribunales unitarios en la República, en tanto que en los tribunales colegiados se han conocido de 8,243 demandas de amparo directo en contra de sentencias de la mencionada Sala Superior y 55,000 respecto de los tribunales de primera instancia citados.

10 Secretaría General de Acuerdos del Tribunal Superior Agrario. Dirección de Estadística y Control Documental. Informe consolidado Julio 1992- Octubre 2010.

De las cifras anteriores, los tribunales del Poder Judicial de la Federación (Colegiados y Jueces de Distrito) han resuelto 58,657 juicios de amparo directo e indirecto de los 100,026 presentados y de ellos tienen pendientes de decisión 4,568.

Las sentencias de amparo favorables al quejoso o promovente del juicio son 29,289, que resulta ser menor al 30% de casos planteados.

Segunda Parte.
ESTRATEGIA DE ATENCIÓN ALTERNATIVA, MEDIANTE EL PROCESO SUMARÍSIMO EN LA MATERIA AGRARIA.

I. Consideraciones preliminares.

Hemos sostenido antes que el Juicio Agrario asume las características del proceso sumario, por la concentración de actos procesales en una audiencia predominantemente oral, la brevedad de sus términos, la inmediación, la celeridad, la sencillez y la ausencia de formalismos innecesarios en el trámite cotidiano, provenientes de algunos de los principios incorporados en la normatividad aplicable.

En el afán de atender ciertas causas agrarias planteadas ante los órganos jurisdiccionales de la especialidad intentamos encontrar en el texto legal la posibilidad de operar un proceso aún más concentrado, rápido y eficaz que atendiera las exigencias del justiciable, cuando las características del caso así lo permiten. Era encontrar reglas legalmente sostenibles parecidas en algo, cuando menos en su esencia, al procedimiento monitorio o a la forma de atender lo que se ha dado en llamar las pequeñas causas, aún sin contar los asuntos agrarios con todas las características de esos asuntos conocidos a través del derecho comparado.

II. Algunos casos pertinentes.

En esta tarea, fueron seleccionados algunos casos que, por su tipología, pudieren ser tratados, procesalmente hablando, de distinta forma. Se trata de asuntos de jurisdicción voluntaria relacionadas con el tema sucesorio, sea legítima o testamentaria e inclusive juicios de controversia de esta naturaleza; también algunas pretensiones de nulidad de actos o contratos, por errores en los datos o faltas en la forma; la calificación de convenios propalados con motivo de la amigable composición en el juicio; ciertos casos de prescripción

adquisitiva y, en general, aquellos expedientes en donde era posible que el demandado confesara los hechos y admitiera el derecho del actor.

Interpretación del artículo 180 de la Ley Agraria, fundamento de la estrategia de atención.

El precepto en cita regula el derecho de la parte demandada a confesar la demanda en la audiencia de ley, luego del emplazamiento correspondiente ordenado en el auto que admitió a trámite la demanda e instauro el juicio. Esta postura procesal se admite en el derecho agrario, pero la sujeta al cumplimiento de dos formalidades esenciales, una que el magistrado explique a quien se allana los efectos y trascendencia de su proceder y que luego éste ratifique su confesión. De ser así, dispone el artículo en cita que se procederá al dictado de la sentencia, siempre y cuando la confesión o allanamiento sea verosímil, se encuentre apoyada en otros elementos de prueba y este apegado a derecho.

Visto así, indudablemente, este allanamiento es un acto personal del demandado manifestado en juicio, luego de conocer el contenido de la demanda por el emplazamiento, mediante el cual informa de su conformidad, tanto con la pretensión del actor (el derecho reclamado), como con los hechos que la sustentan (causa de pedir), que vinculan al magistrado a decidir el pleito bajo esta circunstancia, siempre y cuando lo dicho por el demandado tenga apariencia de verdad o pueda ser creíble, al estar sustentada en medios de prueba y no sea contrario a derecho.

El efecto procesal es evitar la práctica de otras diligencias del proceso, luego entonces en este evento se suprime la exhortación a la amigable composición, el desahogo de pruebas, los alegatos y lleva el caso al dictado inmediato de la sentencia, misma que causa estado y asume la calidad de cosa juzgada, sin ulterior recurso.

Esta argumentación interpretativa permitió arribar a la consideración de que en el juicio agrario, además del proceso sumario, existe otro que pudiéremos denominar sumarísimo o más abreviado, por la sola calificación del tiempo de duración del mismo.

"*…El número de actos procesales concentrados en esta audiencia es menor; la velocidad para el dictado de la sentencia inmediata y por economía procesal no se practica la amigable composición, el desahogo de pruebas y los alegatos por innecesarios; consecuentemente de juicio sumario pasa a ser sumarísimo, por brevedad de términos y supresión de actos procesales...*"[11]

11 Sergio Luna Obregón. Revista de los Tribunales Agrarios n° 49, parte 2 de 2, P. 25. ISSN-1665-2568.

III. Acciones en la Gestión Judicial.

Una vez detectadas las causas agrarias susceptibles de ser tramitadas en esta vía sumarísima resultó indispensable modificar el esquema operativo interno del órgano jurisdiccional, en el siguiente orden, teniendo como ejes importantes la simplificación instrumental, la capacitación operativa, el trabajo de equipo y la especialización:

a) Establecer una sala alterna de audiencias en donde se practicaran las diligencias propias de este acto procesal con eficiencia y rapidez, estableciendo una propia y autónoma agenda de trabajo, con horarios diferenciados a los de la sala principal.

b) La separación de expedientes atendiendo al tipo de asuntos de tal manera que la sala principal de audiencias estuviere menos congestionada de casos.

c) Establecimiento de la política procesal relacionada con las reglas de competencia legal, sistemas de atención personalizada en esta materia, diagramas de flujo precisos en tiempos, movimientos y responsabilidades

d) Directrices de capacitación de personal, para la atención de casos en la sala alterna, tanto del orden administrativo, operacional, como legal.

e) Selección del personal de acuerdo al perfil requerido y señalamiento de los deberes necesarios para eficientar el servicio.

f) Difusión del servicio a prestar entre justiciables y abogados, a efecto de garantizar el desahogo de la audiencia en una sola vez, por la calidad y oportunidad de los escritos y pruebas, así como por la preparación oportuna y efectiva del proceso antes de la audiencia.

Como se advierte, la intención fue especializar, capacitar, diseñar métodos, establecer diagramas de flujo, publicitar el servicio y separar cargas de trabajo, con la única finalidad de impartir justicia de manera pronta, expedita, gratuita, honesta, eficaz y eficiente. Se hicieron, pues, ajustes verticales y transversales de los componentes de la gestión judicial agraria.

Esta estrategia alternativa en la justicia agraria está siendo aplicada a partir de mayo de 2008 en el tribunal unitario agrario del décimo tercer distrito, en la ciudad de Guadalajara, Jalisco, México, donde la sala alterna, bajo la conducción del magistrado titular, está constituida, además por dos abogadas encargadas de atender el trámite procesal preparatorio, apoyar en el desahogo de

la audiencia, en la elaboración de proyectos de sentencia y resolución, según el tipo de asunto y darle seguimiento al trámite de ejecución de la sentencia, hasta llevar el expediente al archivo. La participación del secretario de acuerdos es fundamental.

Es, prácticamente, la atención del caso luego de admitida la demanda, con seguimiento al acto preliminar del emplazamiento, hasta la conclusión y el archivo de cada caso en manos de personal específicamente preparado para ello.

IV. Análisis de resultados.

La estadística oficial del Tribunal Unitario Agrario del Distrito 13[12] derivada de estos juicios sumarísimos y de los procedimientos de jurisdicción voluntaria permite confirmar los resultados positivos alcanzados, mediante esta estrategia alternativa de atención a las causas específicamente seleccionadas, en el siguiente orden:

a) Por ejemplo, el promedio de duración del proceso sumarísimo en el tribunal trece es de treinta y dos días en promedio, contados a partir de la fecha del auto que admite la demanda hasta la fecha del acuerdo que ordena el archivo del expediente. Así, los extremos de este promedio están en los casos que ocupan 45 días, pero también los que sólo necesitan 15.

   Para evaluar este parámetro deberá tomarse en consideración que en los tiempos mencionados se dictó acuerdo admitiendo la demanda, se realizo el emplazamiento en el campo, fue desahogada la audiencia de ley, se pronuncio la sentencia, misma que fue notificada a las partes, se atendió la ejecución, generalmente documental del fallo y se dictó el acuerdo final de archivo.

b) En este proceso sumarísimo se atiende el 35% de los casos planteados al tribunal. El número de sentencias y resoluciones pronunciadas de mayo de 2008 a octubre de 2010 (29 meses) asciende a la suma de 1,197 que involucran a 7,896 personas y sus familias. La impugnación en el amparo directo o indirecto sólo se ha dado en 19 casos.

   La materia del juicio está constituida por asuntos de sucesión legítima ó testamentaria, nulidades de actas de las asambleas generales de ejidatarios, nulidades de documentos del Registro Agrario Nacional, nulidades de testamento, adquisición de derechos sobre parcelas ejidales por prescripción adquisitiva, calificación y aproba-

12 Informes Estadísticos Mensuales. Mayo-Diciembre 2008. Enero-Diciembre 2009 y Enero-Octubre 2010.

ción de convenios, entre otros que admiten este trámite legalmente simplificado.

c) Las audiencias celebradas durante el periodo fueron 1309, con duración promedio de 40 minutos cada una, dada la preparación preliminar de la diligencia, con el apoyo de Actuaria y el Departamento de Control de Procesos.

   Puede significar este dato, que sólo en 112 asuntos fue celebrada una segunda audiencia y que en el resto, el proceso sumarísimo quedó desahogado en una sola.

d) Al final de las cosas fuera del dato estadístico frio, quedan las manifestaciones de los justiciables que reciben en breve tiempo los documentos que acreditan su derecho, ya sea por sucesión o nulidad, también por prescripción y por aprobación de convenios, tramitados en esta vía sumarísima y producto de la sentencia y ejecución oportuna e inmediata.

   La estrategia así planteada tiene el objetivo mayor de facilitar el acceso a la justicia pronta y debida, que es la razón importante que anima la búsqueda de soluciones instrumentales, con un sentido humanista.

CONSIDERACIONES FINALES.

La intención de este documento de trabajo fenomenológico y hermenéutico fue evidenciar la transformación del sistema de impartición de justicia en el derecho agrario mexicano a partir de la reforma de 1992 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y con ello las consecuencias materiales, jurídicas y políticas con motivo del cambio de rumbo en la resolución de los conflictos del medio rural, que desemboco en la conclusión temprana del rezago agrario que comprendía expedientes hasta con 30 años de antigüedad.

La etapa de fundación de los tribunales agrarios mexicanos entre 1992 y 1994 fue altamente fructífera y alentadora; siguió el crecimiento con la instalación de 49 tribunales agrarios, para continuar con la consolidación de estos órganos de justicia especializada dada la penetración que han tenido en el medio rural mexicano. Lo anterior, no obstante la afectación presupuestaria que han tenido en los últimos años, sea producto de crisis económicas o de no entender que la aportación de dinero a la impartición de justicia es una

inversión, más que un gasto. Así lo acredita el fortalecimiento del estado de derecho, la consolidación del orden público y la paz social.

No sólo las grandes transformaciones estructurales en el amplio sentido de la palabra mejoran la gestión judicial y los resultados queridos en aras de la justicia, también lo hacen las pequeñas transformaciones verticales o transversales que mejoran los sistemas de trabajo, la capacidad jurídica del personal, la capacitación y la actualización para temas determinados.

La estrategia alternativa que aquí se comenta, fue pensada y diseñada, así como ejecutada, para mejorar el servicio de impartición de justicia. En el tribunal donde se aplica el objetivo está siendo alcanzado.

En consecuencia, las acciones de cambio enunciadas desde el título de este trabajo cumplen con la finalidad de evidenciar transformaciones en la impartición de justicia. No son teoría especulativa sino explicación rigurosa de las decisiones que implican acciones y los resultados.

La primera del orden estructural y sistemático manifestado en el cambio de sede para la resolución de los conflictos agrarios, con lo que se inaugura una cuarta etapa en la política agraria mexicana, en tanto que la segunda una estrategia transformadora del quehacer cotidiano en la atención del 35% de los asuntos que conforman la carga de trabajo de un Tribunal, a la luz de la corriente moderna del derecho procesal de darle una importancia superior a los temas relacionados con la gestión judicial, que involucra conceptos no sólo jurisdiccionales, sino también de índole administrativo, que son apoyo de aquélla, en la que deben involucrarse los jueces y sus órganos auxiliares.

En suma, visto así, la gestión judicial tiene que ser llevada con sentido práctico, que debe acreditar ser idóneo para obtener los resultados deseados, que no son otros que los de impartir justicia en beneficio del justiciable y del fortalecimiento del estado de derecho.

Es, pues, hacer eficiente el servicio en la impartición de justicia.

BIBLIOGRAFÍA.

1) La Nueva Jurisdicción en Materia Agraria. Memoria XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, 1996, P. 157.

2) Sergio Luna Obregón. IMPARTICIÓN DE JUSTICIA AGRARIA. Reflexiones Sobre el *'Ser'* y la *'Forma de Ser'* de los Tribunales Unitarios Agrarios. Editorial La Sallé, México, 2001.

3) Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones jurídicas, ed. Porrúa, México 2007, P. 2721-2724.

4) Sergio Luna Obregón, El Juicio Oral en el Derecho Agrario Mexicano, P. 48 y 49. Ponencia presentada en el Seminario Internacional. Innovación en la Justicia Civil. Santiago de Chile, Mayo 2008.

5) Manuel Ortells Ramos, Derecho Procesal Civil, P. 25, Editorial Thompson Aranzadi, 8ª edición, España 2008.

6) Secretaría General de Acuerdos del Tribunal Superior Agrario. Dirección de Estadística y Control Documental.

7) Sergio Luna Obregón. Revista de los Tribunales Agrarios n° 49, parte 2 de 2, P. 25. ISSN-1665-2568.

APELACIÓN, DOBLE INSTANCIA Y PROCESO CIVIL ORAL

A propósito de la reforma en Chile[1]

Diego I. Palomo Vélez[2]

I. INTRODUCCIÓN: LA COMPLEJA CUESTIÓN DE DETERMINAR TODAS LAS CONSECUENCIAS RAZONABLES DE LA OPCIÓN HACIA LA ORALIDAD CON LA REFORMA PROCESAL CIVIL.

El camino hacia un proceso civil oral, con inmediación judicial efectiva y concentración parece no tener mayores dificultades en Chile que en esta materia sólo sigue la clara tendencia evolutiva que ha venido arrojando frutos en distintos países, dejando atrás definitivamente la asociación del proceso oral exclusivamente con el proceso del *common law*[3]. De eso dan cuenta no sólo los variados trabajos de nuestra doctrina científica y numerosos foros realizados hasta la fecha, sino también el propio contenido del Proyecto de nuevo CPC que desde mayo del año pasado se encuentra en el Congreso Nacional para su tramitación[4]. No conocemos ninguna opinión seria que al día de hoy sostenga la inconveniencia de avanzar hacia un modelo procesal civil oral.

1 Trabajo es parte de proyecto Fondecyt N°1085321 titulado "La oralidad en el marco de los cambios que requiere el sistema procesal civil. Sus efectos en la reforma a la justicia civil chilena" (2008-2009), del que quién escribe es responsable. El autor agradece públicamente las valiosas observaciones y aportaciones que respecto del tema recibiera de los profesores Manuel Ortells Ramos y M. Pilar Calderón Cuadrado en su estancia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia. Con todo, como es obvio, las opiniones vertidas en este trabajo son de exclusiva responsabilidad del autor.

2 Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesor Asociado de Derecho Procesal Universidad de Talca, Chile. dpalomo@utalca.cl

3 Véase: Taruffo, M. (2006). "El proceso civil de *"civil law"* y el proceso civil de *"common law"*: aspectos fundamentales" en *Sobre las fronteras: escritos sobre la Justicia civil* (Bogotá, Ed. Temis), p. 61; Trocker, N. y Varano, V. (Editores) (2005). *The reforms of civil procedure in comparative perspective* (Torino), p. 274.

4 Este consenso ya había quedado plasmado antes del Proyecto en el informe del Foro para la reforma procesal civil en dónde, como primer acuerdo, se consideró necesario "optar decididamente por la oralidad en el procedimiento civil". (2008). "Informe del Foro para la reforma procesal civil", en *Revista de Derecho Procesal* (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Nº21), p. 11. Véase también al respecto: Núñez Ojeda, R. (2007). "Crónica sobre la reforma del sistema procesal

Con todo, como en toda obra, más si se trata de una obra de envergadura como lo es el diseño y puesta en marcha de un nuevo modelo procesal civil, se pueden distinguir distintas fases o etapas en su construcción. Ocurre que tratándose de nuestro proceso de reforma procesal civil si bien existe un Proyecto de CPC y un consenso general sobre el giro formal que debe tomar el sistema, subsisten diferencias de opinión en algunos aspectos relevantes que cabe definir con sensatez, buen juicio y seriedad por el legislador de turno[5].

Pues bien, en relación con estas diferencias de opinión, una de las cuestiones que es y ha sido objeto de debate[6] es aquélla relativa a la mantención o supresión del recurso de apelación y la doble instancia[7]. Ya en el documento que recoge las Propuestas de bases para redactar un nuevo CPC (Universidad de Chile) existe una referencia, aunque breve, expresa, a la supuesta incompatibilidad del recurso de apelación y la doble instancia con el modelo procesal oral[8], aunque en el Proyecto de CPC finalmente se recoge un recurso de ape-

civil chileno (fundamentos, historia y principios)", en De la Oliva Santos, A., Palomo Vélez, D. (coordinadores) *Proceso civil: Hacia una nueva Justicia civil* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile), pp. 684-685. En lo que se refiere al Proyecto propiamente tal, cabe señalar que esta opción hacia la oralidad se refleja no sólo en el Mensaje (Nº398-357) sino que también en el hecho de que se recojan expresamente los "principios" de oralidad y sus "principios consecuencia" (inmediación, concentración, publicidad), y que en la propia regulación de los procedimientos declarativos (ordinario y sumario) quede reflejada la técnica procesal ligada a la oralidad denominada modelo de audiencias.

5 Desde hace un tiempo se percibe una cierta liviandad en la tarea de legislar, como si se tratara de una tarea sencilla. Bien se ha dicho: "Pero cuando legislar se considera fácil – siendo, como es, muy difícil – el proceso legislativo se vicia ya desde su punto de partida: se yerra sobre la naturaleza de lo que se emprende. Y no se actúa ni con respeto a los futuros destinatarios de la norma – en realidad se está comenzando a experimentar con seres humanos vivos – ni con la seriedad propia de quien debiera aprestarse a realizar una ordenación racional, una ordenación de la razón al bien común, según la clásica definición de Tomás de Aquino. Con deformación sustancial de su naturaleza, la ley viene a ser equiparada a las realizaciones materiales no excesivamente complicadas. La ley se considera un *papel*, que ha de publicarse en la *Gaceta* y cuya aprobación constituye un éxito político, como antaño lo era – y vuelve a serlo – inaugurar un pantano o un tramo de carretera". De la Oliva Santos, A. (1996). "Las reformas procesales", en Diez-Picazo Giménez, I. (director), *Estudios sobre Derecho Procesal* (Madrid, Central Hispana, Vol. I), p. 6.

6 Otro ejemplo está dado por la cuestión de los poderes oficiosos que se pretenden asignar al juez civil en el marco del nuevo modelo procesal. Mientras un sector busca que estos poderes sean mayores en cantidad e intensidad a los contemplados en el Proyecto, otros sostienen que varios de ellos pueden estar en colisión con principios fundamentales del proceso en general y del proceso civil en particular.

7 El debate no es completamente nuevo ni, desde luego, limitado o circunscrito a la doctrina local. Ejemplo de ello son los trabajos de autores italianos que, a partir de los provocadores planteamientos de Cappelletti, intentaron hacerse cargo de esta cuestión: Pizzorusso, A. (1978). "Sul principio del doppio grado di giurisdizione", en *Rivista di Diritto Processuale*, pp. 33-58; Ricci, E. (1978). "Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile", en *Rivista di diritto processuale*, pp. 59-84; Allorio, E. (1979). "Sul doppio grado del proceso civile", en *Studi in onore di Enrico Tulio L.* (Milano, Giuffré Editore, T. III), pp. 1783-1812.

8 Como ha señalado uno de los profesores que integró la Comisión de trabajo, existió consenso sobre la necesidad de avanzar hacia la supresión del recurso de apelación como medio de impugnación de las sentencias definitivas, pero las dudas sobre la composición de los futuros tribunales civiles (colegiados o unipersonales) reavivó el debate, dejándose entregada al Foro la decisión entre los dos modelos. Núñez Ojeda, R. (2008). "El sistema de recursos procesales en el ámbito

lación que permitiría al tribunal superior, de ser aprobado, revisar tanto los hechos como el derecho[9].

Por su parte, la doctrina nacional que se ha pronunciado en el tema, tomando como base los planteamientos realizados a propósito de la reforma procesal penal[10], ya desde hace varios años, ha destacado y asumido la necesidad "ineludible" de lograr establecer un sistema que resulte "compatible", "consistente" y "coherente" técnicamente con las características y particularidades de un modelo procesal oral, cambiando el "paradigma tradicional" imperante en esta materia y salvando por tanto este "gran escollo dogmático"[11]. Esa compatibilidad, consistencia y coherencia se obtendría sólo con la supresión de la doble instancia y la regulación de un recurso extraordinario circunscrito a la revisión de la aplicación del Derecho[12], sin poder alterar la base fáctica de la decisión del tribunal, condición indispensable para poder conciliar el sistema recursivo con los *"principios del derecho procesal moderno"*[13].

En este trabajo desarrollamos nuestra posición frente a este relevante problema ligado a la implantación de la oralidad en materia civil, postura que toma distancia de la sustentada por la dogmática nacional, toda vez que no visualizamos una situación insalvable que impida contemplar el recurso de apelación o el sistema de doble instancia en el nuevo modelo procesal civil oral. Al contrario, sostenemos que la decisión de su supervivencia en el nuevo modelo se justifica por varias razones que explicaremos y es perfectamente posible sin gran atentado contra los pilares de la oralidad. Derechamente, so-

civil en un estado democrático deliberativo", en *Revista Ius et Praxis* (Año 14, Nº1), p. 221. Véase también al respecto: (2005). "Propuesta de Bases para redactar un nuevo CPC para la República de Chile", en *Revista de Derecho Procesal* (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Nº20), p. 462.

9 La propuesta recogida en el Proyecto da cuenta de uno de los acuerdos del Foro para la reforma procesal civil. "Informe" (2008), p. 22.

10 Sobre la desaparición de la segunda instancia como protección de la oralidad y objetivo del sistema de recursos en el proceso penal, véase, entre otros: Carocca Pérez, A. (2000). "Recursos en el nuevo sistema procesal penal", en Carocca Pérez, A. y otros *Nuevo Proceso Penal* (Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur), pp. 298-300 y 308-309; Duce, M. y Riego, C. (2007). *Proceso penal* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile), pp. 503-515.

11 Véanse, entre otros: Núñez Ojeda, R. (2008), pp. 199-223; Meneses Pacheco, C. (2009a). "La reforma procesal civil en Chile: Observaciones críticas sobre la organización del primer nivel jurisdiccional", en Carrasco Poblete, J. (editor) *La reforma procesal civil en Chile: Análisis crítico del Anteproyecto de CPC* (Santiago, Universidad de los Andes, Cuadernos de Extensión Jurídica 16), pp. 42-44; Duce, M., Marín, F. y Riego, C. (2008). "Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información", en Cabezón, A. (Coordinador) *Justicia Civil: Perspectivas para una reforma en América Latina* (Santiago, CEJA), pp. 13-94, [fecha de consulta: 25 de enero de 2010]. Disponible en: http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/Justiciacivil2008_ceja.pdf.

12 Wach, A. (2006). "El sistema de recursos", en *Conferencias sobre la Ordenanza procesal civil alemana* (Lima, ARA Editores), p. 250.

13 En este sentido véase: Toro Justiniano, C. (2009). *El debido proceso penal: Un estudio desde el prisma de la dogmática procesal penal y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago), pp. 120-121.

mos de la opinión que suprimir la doble instancia en materia procesal civil constituiría un retroceso innegable del sistema de garantías que los ciudadanos actualmente poseen en materia procesal civil[14] incurriendo en lo que un autor calificaría como la concreción de una *reformatio in peius*[15].

Añadidamente, teniendo presente que el modelo de la oralidad es una opción procesal costosa, por los mayores recursos económicos y constantes inversiones que exige al Estado su implementación adecuada[16], en un país como el nuestro, en vías de desarrollo desde hace tiempo, en crisis desde el punto de vista económico por las razones por todos conocidas, con necesidades mucho más urgentes que atender, lo que le corresponde hacer a un legislador responsable más que buscar respetar escrupulosamente la técnica procesal recursiva que se asocia, como si de un matrimonio se tratara, a un modelo oral, es preguntarse hasta que punto pueden llevarse sus consecuencias (o marcas).

En definitiva, y en la dirección de buscar una respuesta adecuada, razonable y garantista debe descartarse a nuestro juicio la alternativa de suprimir la apelación y la doble instancia, dejando a un lado la idea excesivamente dogmática de que el único tipo de recurso posible en un modelo procesal oral es aquel extraordinario que permite una revisión exclusivamente jurídica y proscribe un control de las conclusiones fácticas. Justificamos en las líneas que siguen la posibilidad de convivencia entre la opción por la oralidad e inmediación judicial y todo lo que implica un sistema de doble instancia razonable y el recurso de apelación, confiando, como bien se ha destacado, en que la técnica legislativa procesal asegure un adecuado equilibrio entre la opción por la oralidad, la inmediación y la doble instancia, en definitiva, entendiendo al recurso no tanto como control jerárquico sino que como una garantía de los justiciables[17], un adecuado equilibrio entre la aspiración de decisiones jurisdiccionales prontas y la búsqueda de mayor calidad y justicia en la decisión[18], que es la cuestión central de toda la discusión.

14 De la Oliva Santos, A. (1997). "El derecho a los recursos. Los problemas de la única instancia", en *Revista Tribunales de Justicia* (Nº101), p. 975.

15 De la Oliva Santos, A. (1996), p. 19.

16 En este sentido, véase: ***Bonet Navarro***, J. (2009a). *La prueba en el proceso civil: cuestiones fundamentales* (Madrid, Difusión jurídica), pp. 59-60.

17 González Castro, M. (2004). *El derecho al recurso en el Pacto de San José de Costa Rica* (Córdoba, Editora Lerner), pp. 21-22.

18 Couture, E. (2002). *Fundamentos del Derecho procesal civil,* 4ta. Edición (Buenos Aires, Ed. B de F,), pp. 141-142. En el mismo sentido, véase: Pereira Anabalón, H. (1999). "Oralidad e instancia única o doble en el proceso penal", en *Revista Gaceta Jurídica* (Nº233), p. 16. Pereira, refiriéndose a la reforma procesal penal, señaló: *"Ha sido cuestionada la existencia del recurso de apelación por quienes observan que la mayor expedición y celeridad del proceso requiere de una sola instancia y que no hay razón de lógica jurídica para atribuir mayor valor a la decisión del juez de la alzada que el que tiene el fallo del juez inferior; pero no reparan en que el proceso no solamente requiere decisiones prontas sino también –y especialmente- resoluciones justas, justicia que se satisface mejor con la revisión del fallo de primer grado por el fallo de segundo grado, siendo además muy relevante la percepción de la comunidad, del pueblo en general, en orden a que el sistema judicial se organiza para satisfacer a cabalidad ese trascendente valor".*

II. LA PARTICULARIDAD DE UN MODELO ORAL: LA INMEDIACIÓN JUDICIAL EFECTIVA.

a) Significados del proceso oral: cuidado, otra vez, con confundir formas procesales con verdaderos principios

En el afán de lograr situar e imponer la opción de la oralidad en reemplazo de la escritura absolutamente predominante en los sistemas procesales, a la cual se responsabilizaba de todos los males de la Justicia civil, se cometieron (y se siguen cometiendo) excesos y errores que conviene evitar en el proceso de reforma que estamos abordando en Chile. Bien se ha dicho que, trascurrido ya más de un siglo desde el comienzo de la verdadera cruzada sostenida en su favor (pensamos en Chiovenda fundamentalmente[19], aunque no solamente[20]), y existiendo ya algunos que a la luz de los resultados obtenidos comienzan a destacar ya no las ventajas sino que los problemas que puede presentar su implementación[21], en el tema de la oralidad es necesario desmitificar y reubicar[22] para lograr un correcto entendimiento de aquéllas combinaciones que cabe realizar aún en un contexto procesal que apuesta por ésta. Sobre los mitos asociados a la idea de la oralidad la mejor doctrina ya viene advirtiendo hace un tiempo, instando a un abordaje más sensato de esta cuestión, esquivando planteamientos maniqueos que pongan a la oralidad como una especie de

19 Por su actividad realizada desde principios del siglo pasado hasta los años 20 Chiovenda es identificado como un "apóstol de la oralidad" asignándosele responsabilidad en la propagación de un verdadero mito en torno a ella. En él la forma oral alcanza niveles cercanos a la de un verdadero dogma formal, respecto del cual asume una declarada defensa. En efecto, comprometido por la adecuación del Código Procesal Civil italiano de 1865 a las condiciones de la sociedad y cultura de su época, protagonizó una campaña reformadora centrada en destacar al proceso oral como el mejor de todos los posibles, y el más conforme con la naturaleza y exigencias de la vida moderna que, sin comprometer las bondades intrínsecas de la justicia, la proporciona y asegura más económicamente, más simplemente y más prontamente. Chiovenda – en su entusiasmo – sitúa a la oralidad al nivel de verdadera panacea para los principales males que arrastra el proceso civil. "La experiencia derivada de la historia permite añadir aún que el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la vida moderna, porque sin comprometer en lo más mínimo, antes bien, garantizando, la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simplemente y prontamente". Chiovenda, J. (1977). *Principios de Derecho Procesal Civil* (Madrid, Ed. Reus, Tomo II), p. 132.

20 Como destacó Cappelletti, el Código de Hannover de 1850 adoptó el "principio" de la inexistencia jurídica de los actos escritos". Cappelletti, M. (1972). *La oralidad y las pruebas en el proceso civil* (Traducc. Santiago Sentís Melendo Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América), p. 86.

21 Nieva Fenoll, J. (2007a). "Los problemas de la oralidad", en *Revista Justicia* (Nº1-2), pp. 101-130. Véase también en: Nieva Fenoll, J. (2008). "The disaventages of orality", en Carpi, F. y Ortells, M. (editores) *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente* (Valencia, Universidad de Valencia, Tomo II), pp. 471-473. Véase también: Nieva Fenoll, J. (2007b). "La oralidad en la Ley de Enjuiciamiento Civil: ¿Se ha generado superficialidad y precipitación en la elaboración de las resoluciones judiciales?", en *Revista Justicia* (Nº3-4), pp. 42-44.

22 Montero Aroca, J. (2007). "La oralidad en el modelo garantista del proceso civil", en De la Oliva Santos, A., Palomo Vélez, D. (coordinadores) *Proceso civil: Hacia una nueva Justicia civil* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile).

panacea que resolvería todas las dificultades del proceso civil[23]. La ubicación que se ha asignado a la oralidad y escritura dentro del sistema procesal también ha venido planteando problemas y confusiones, en especial desde el momento que producto del entusiasmo generado en favor de la primera se la ha contemplado como si se tratara de un verdadero principio del proceso sin el cual no puede respetarse la esencia de la idea de proceso. En otras palabras, y con cierto fundamentalismo[24], que si el juicio no es oral no se estaría respetando la garantía constitucional del debido proceso[25]. La cuestión es importante y debe despejarse antes de continuar con estas líneas si se quiere terminar con la confusión y sus consecuencias.

El proceso es una realidad artificial que el legislador procesal construye recurriendo a distintas *"piezas"*[26]. Lo hemos señalado en otros sitios, cada vez que visualizamos un exceso de entusiasmo a favor de la instalación de la ora-

23 Es que – como ha dicho De la Oliva – si bien sobre la oralidad en el proceso civil han corrido caudalosos ríos de tinta, *"estos cursos fluviales poco o nada han fecundado ni la teoría ni la realidad procesales"*. *"Especialmente inútiles y tediosas consideraba y sigo considerando las apologías genéricas de la oralidad frente a la escritura, con tintes maniqueos y con presupuestos axiomáticos absolutos. Según ese maniqueísmo, la oralidad es el bien y la escritura, el mal. Y, bien mirados, los presupuestos aludidos han sido y son en muchos lugares la moda y la ideología, ambas desnudas de justificación, ambas presentes como quien, muy pagado de sí mismo, piensa que ha de ser protagonista exclusivo por méritos que considera notorios e indiscutibles... aunque, en el fondo, nadie conozca esos méritos ni haya tenido la oportunidad de discutirlos"*. De la Oliva Santos, A. (2009). *Casación, oralidad y nuevo proceso civil (tres conferencias chilenas)* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago), p. 63. De su parte, para Taruffo existen dos mitos asociados a la idea de la oralidad. El *mito positivo*: la oralidad como valor óptimo básico, una especie de panacea que debiera resolver todas las dificultades del funcionamiento del proceso civil. Y el *mito negativo*: la escritura es esencialmente perversa y responsable de la mayoría de los problemas que surgen en un litigio civil, por lo que debiera reducirse al mínimo, o bien anularse. Agrega, con total acierto: *"No tengo nada contra los mitos en general: forman parte de cada cultura y, junto con las ideologías (y las más de las veces mezclados con éstas) proporcionan una base para cualquier tipo de construcciones sociales y jurídicas. Sin embargo, también pueden ser un obstáculo poderoso en el correcto entendimiento de los mecanismos procesales"*. Taruffo, M. (2009). "Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil", en: *Páginas sobre Justicia civil* (Madrid, Ed. Marcial Pons), p. 245.

24 Bien lo apunta Alvarado Velloso. Véase: Alvarado Velloso, A. (2003) *El debido proceso de la garantía constitucional* (Rosario, Ed. Zeus), p. 266.

25 Es lo que parece desprenderse de algunos escritos locales y extranjeros que sitúan al juicio oral como elemento central del debido proceso: Duce, M., Marín, F. y Riego, C. (2008), pp. 20-28; Duce, M. y Riego, C. (2007). *Proceso penal* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile), pp. 375-385. Otros, como Carocca, han planteado la existencia de un verdadero derecho a un juicio civil regido por el "principio" de la oralidad: Carocca Pérez, A. (1997). *Derechos Humanos y derecho Civil: Perspectiva procesal* (Santiago, Centro de Desarrollo Jurídico Judicial, CPU, Serie Estudios), p. 70; Lorca Navarrete, A. (2007). "La garantía de la oralidad en la exigencia de tutela judicial efectiva civil", en *Revista Vasca de Derecho procesal y Arbitraje* (Vol. 19, Nº3), pp. 355-358.

26 "El proceso es pura invención humana, un artificio, un artefacto, que no funciona, o funciona mal, aunque su idea básica sea buena, si las piezas, grandes y pequeñas, no están bien construidas o no engranan debidamente y por su puesto, si nadie conoce suficientemente el artefacto, si sus operadores no leen o malinterpretan el manual de funcionamiento, porque no saben leer bien o – esto es lo más frecuente – porque es manual está escrito con oscuridad". Véase: Carreras Llansana, J. (1962). "El Derecho procesal como arte", en Carreras Llansana, J. y Fenech Navarro, M. *Estudios de Derecho procesal* (Barcelona, Ed. Bosch), pp. 51-62; De la Oliva Santos, A. y otros (2004). *Derecho Procesal: Introducción*, 3ª edición (Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces), pp. 44-45; De la Oliva Santos, A. (1996), p. 16.

lidad. Y no es que nos opongamos a ella (claramente no es así), sino que asumimos que su introducción en materia civil debe realizarse dentro de nuestras posibilidades, con razonabilidad y sentido de utilidad, sin desmedro ni retroceso para las garantías de los justiciables. Por ello, recordar que el proceso es una realidad artificial que no preexiste a su regulación por el legislador (sino que nace con ella), sirve para poner en evidencia la distinta naturaleza de las piezas a las cuales éste debe y puede echar mano a fin de lograr que su producto final sea un instrumento que se acerque *lo máximo posible* a la justicia y a la eficacia en la solución jurisdiccional de los conflictos jurídicos.

En la labor de creación antedicha el legislador está obligado a recurrir a determinadas piezas y está facultado para utilizar otras. Las primeras son una imposición, las segundas una opción. No se trata, por tanto, de piezas que gocen de la misma importancia o que estén a la misma altura. Las piezas que vienen impuestas y que el legislador procesal no puede desatender en su labor de creación son aquéllos principios (verdaderos principios) sin los cuales no puede siquiera hablarse verdaderamente de un proceso. Así, el proceso se deberá configurar por el legislador de modo que siempre sean efectivos y respetados determinados postulados elementales de justicia, de allí su carácter necesario[27] e imprescindible[28]. Los principios de igualdad de las partes, de contradicción, de imparcialidad, de moralidad del debate son anotados por la mejor doctrina como postulados mínimos y fundamentales que deben estar presentes para hablar efectivamente de un proceso. Sin ellos el instrumento creado dejaría de ser cauce adecuado para la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos e instrumento lógico de la jurisdicción[29].

Fuera de estas piezas que forzadamente deben estar presentes a la hora de configurar un proceso lo que existe no son principios (por más que así se les denomine impropiamente)[30], sino simplemente reglas técnicas que están a disposición del legislador procesal para que éste pueda ajustar el instrumento

27 De la Oliva Santos, A. et. al (2004). p. 56.

28 Alvarado Velloso, A. (2003). p. 254. Se he señalado al respecto: "Sólo mencionar la posibilidad de que un proceso consagre el principio de deslealtad, o de la parcialidad del juez o el de dilación del proceso o inexistencia de la cosa juzgada, repugna, con lo cual es evidente lo exclusivo y restrictivo de los verdaderos principios, una de cuyas notas salientes, se reitera, es no admitir contrarios… Todos los demás tradicionalmente ubicados y enseñados como tales, son reglas técnicas de procedimiento, llámense dispositivo, inquisitivo, mediación, inmediación, escritura, oralidad, única o dos instancias, publicidad y conciliación siendo menester sin desconocer su importancia, ubicarlos debidamente de conformidad con su alcance conceptual". López Blanco, H. (1997). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, 7ma edición (Bogotá, Dupre Editores, T. I, Parte General), pp. 50-51.

29 Berzosa Francos, V. (1992). "Principios del proceso", en *Revista Justicia* (Nº2), p. 560.

30 Seguimos lo que señala Andrés de la Oliva: "No es acertado ni conveniente, desde ningún punto de vista, denominar principios a todos los criterios generales en virtud de los cuales se opta por regular de un modo o de otro el proceso o ciertos aspectos o actuaciones de éste. Para esos criterios resulta preferible utilizar los conceptos y términos de reglas o máximas. Como he dicho en otros lugares y ocasiones, cuando todo son principios, nada es principio. Y lo mismo sucede cuando a cualquier posibilidad de actuación humana se le denomina derecho: cuando todo son derechos,

que está creando a la finalidad de tutelar eficazmente y configurarlo externamente. Se trata de postulados se presentan siempre como pares antinómicos[31]. Oralidad y escritura forman parte de este grupo de piezas, por lo que cuando se habla de la oralidad no se está haciendo mención de un verdadero *"principio"*[32] sino que a algo que posee una importancia sensiblemente menor que la que ostentan aquéllos[33]. En este terreno no existen imperativos, existen las opciones y la posibilidad cierta de combinaciones de estas reglas como queda demostrado en las legislaciones procesales modernas que si bien introducen la regla de la oralidad con carácter predominante, no renuncian (por diversas razones) a que ciertos actos o fases del proceso sigan siendo configuradas desde la regla de la escritura[34].

Resituada la idea de la oralidad en el plano que le corresponde (como regla y no principio procesal), e insistiendo que la opción por la oralidad no impone desechar la contribución de la regla de la escrituración, menester es recordar que su aportación viene dada fundamentalmente por facilitar al juez decidir con inmediación, concentración y publicidad real[35]. Son estos componentes los que permiten identificar un proceso predominantemente oral, distinguiéndolo de un proceso preferentemente escrito, como el que actualmente rige en nuestro país, en dónde estas reglas asociadas a la oralidad tienen difícil o nula cabida.

Si tratándose de la oralidad existe la posibilidad de combinaciones con la escritura, esto también es predicable respecto de las reglas que se le asocian como configurando un sistema. Constituye una atribución del legislador apostar por el predominio de una u otra, y debe saber darles la mejor utilización posible de acuerdo a criterios de conveniencia y oportunidad, sin pretender llevarlas hasta las últimas consecuencias por mero respeto a una determinada concepción de la dogmática procesal.

nada es derecho. Semejante amplitud conceptual no conduce a nada positivo". De la Oliva Santos, A. et al. (2004). p. 56.

31 Alvarado Velloso, A. (2003), p. 264.

32 Montero Aroca, J. (2007). p. 255.

33 Alvarado Velloso, A. (2003). p. 264.

34 En este sentido, Ortells:*"Es antigua la constatación de que ni los sistemas procedimentales vigentes, ni las pretensiones de reforma se orientan hacia el establecimiento en su estado puro de alguna de las formas citadas, sino que más bien reflejan y tienden a una combinación de formas orales y escritas. El problema de la oralidad y de la escritura en el procedimiento se plantea a menudo como un problema de predominio o de coordinación y no de exclusión total".* Ortells Ramos, M. Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil", Inédito, Se publicará en Boletín de la Academia de Ciencias Sociales de Venezuela.

35 Bonet Navarro, J. (2009a). p. 62.

b) Doble sentido de la inmediación. El notable cambio que implica con la situación imperante en un modelo escrito

La inmediación judicial efectiva es uno de los objetivos más caros que se busca conseguir tomando la opción hacia la oralidad en los procesos civiles[36]. Se entiende que a través de ella se puede lograr cambiar el rostro a una Justicia que se percibe lejana por los ciudadanos[37], humanizando el proceso[38] al permitir a las partes *"ver la cara del juez"* a quien han confiado la resolución del asunto[39]. En términos generales, se coincide en señalar que la inmediación impone que el juicio y la práctica de la prueba han de transcurrir ante la presencia del órgano jurisdiccional competente, sin posibilidad de delegación en terceros[40]. Así se ha dicho que un proceso está presidido por el "principio" de inmediación, cuando se impone una conexión directa del juzgador con los intervinientes del juicio y la realidad que ha de enjuiciar[41]. Pero más allá de esta general aproximación a la idea de la inmediación, se suele distinguir entre inmediación en sentido amplio e inmediación en sentido estricto.

La inmediación en sentido amplio responde a la descripción antes apuntada y se vincula fundamentalmente con la necesaria presencia judicial en la práctica de las pruebas, esto es, supone que el juez asista a la práctica de las pruebas y entre en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos del juicio[42]. Pero bien se ha precisado que con esto no es suficiente, y es aquí dónde entra en escena la inmediación en sentido estricto. En efecto, si bien la inmediación comienza a desplegarse con la presencia física y sensorial del juez al producirse la prueba, supone además que sea también él quién pronuncie, en mérito de esa información, la sentencia[43].

36 De Miguel y Alonso, C. (1975). "El principio de la inmediación dentro del sistema formal de la oralidad", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Nueva Serie, Año VIII, Nº24), pp. 791 y ss.

37 Pereira Campos, S. "El principio de inmediación en el proceso por audiencias: mecanismos legales para garantizar su efectividad", Revista internauta de práctica jurídica, Nº11, 2002, p. 2.

38 Carús Guedes, J. (2003). *O principio da oralidade* (Sao Paulo, Ed. Revista Dos Tribunais), p. 62. En similar sentido se ha dicho que la idea que está detrás de la inmediación es que la cercanía con el drama humano encerrado en el proceso, le va a proporcionar al juez mayores o mejores elementos de convicción para expedir un fallo que se adecue a lo que realmente ocurrió, es decir, a la obtención de una decisión justa. Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al proceso civil* (Santa Fe de Bogotá, Ed. Temis, Estudio de Belaunde & Monroy Abogados), p. 94.

39 Picó i Junoy, J. (2008); "El principio de oralidad en el proceso civil español", en Carpi, F. y Ortells, M. (editores) *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente* (Valencia, Universidad de Valencia, Tomo I,), p. 363.

40 Herrera Abián, R. (2006). *La inmediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)* (Granada, ed. Comares), pp. 3-4.

41 De las Heras García, M. (2002). "Consideraciones relativas al principio de inmediación en la LEC/2000", en *Revista del Poder Judicial* (Nº6), p. 180.

42 Berzosa Francos, V. (1992) p. 613.

43 Tavolari Oliveros, R. (2008). "La prueba entre la oralidad y la escritura", en Carpi, F. y Ortells, M. (editores) *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente* (Valencia, Universidad de Valencia, Tomo I), p. 407.

Así, mientras la inmediación en sentido amplio se contempla como un requisito de formalidad o de seriedad en el desarrollo de las actuaciones y en la práctica de las prueba, la inmediación en sentido estricto (o verdadera inmediación según explica Montero Aroca) impone que el juez que ha presenciado la práctica de las pruebas sea quien dicte el fallo[44], ya que justamente esa presencia efectiva en la práctica de las actuaciones probatorias sitúa al órgano judicial en las mejores condiciones de conocer el objeto del proceso[45]: *"la ausencia de intermediarios que puedan distorsionar, voluntaria o involuntariamente lo transmitido, aporta al órgano juzgador una posición óptima para ponderar todos los elementos y valorarlos correctamente, sobre todo si se tiene en cuenta el sistema probatorio de libre valoración de la prueba donde la inmediación juega un papel esencial al permitir la aplicación de las reglas de la sana crítica sin influencias de intermediarios"*[46]. De allí que se sostenga que la exigencia de inmediación *stricto sensu* va íntimamente ligada a la forma oral del proceso[47].

Aunque la exigencia de presencia judicial en la práctica de las pruebas ya existe en la letra de la ley, lo cierto es que ambos sentidos de la inmediación son de difícil concreción efectiva en un modelo procesal escrito y desconcentrado[48]. Es un modelo que pone cortapisas prácticamente insalvables a la inmediación judicial[49]. Esta situación, que puede calificarse de estructural, debe entenderse como la causa fundamental del modelo de juez ausente e invisible hasta el momento de fallar que tenemos.

Efectivamente, el carácter escrito del procedimiento, su disgregación y su duración han ido justificando el fenómeno de la "desaparición" del juez durante el curso del mismo, salvo en lo que se relaciona con la dictación de las resoluciones. En esta dinámica formal se ha impuesto la intermediación y la delegación, incluso con el apoyo de expresas normas legales que así la autorizan, resintiendo de esta manera actividades tan centrales como la prueba. Se pierde confiabilidad y respeto por la administración de justicia[50].

44 Montero Aroca, J. (2007).p. 277.

45 "Mientras más inmediata la percepción, mayor calidad de la misma". Duce, M., Marín, F. y Riego, C. (2008). p. 32.

46 Herrera Abián, R. (2006). p. 4.

47 Vallines García, E. (2006). "Sobre la posibilidad de revisar la valoración de las pruebas mediante el recurso de casación penal: estado de la cuestión a la luz del derecho del condenado a la revisión de su sentencia y del principio de inmediación", en *Revista la Ley Penal* (Nº23), p. 14.

48 Se ha dicho en su momento, muy ilustrativamente: inmediación y proceso civil: la búsqueda de un imposible. Villalaín Ruiz, E. (1993). "Inmediación procesal o presencia del juez en las actuaciones como el garante de la igualdad de partes", en *Cuadernos de Derecho Judicial, Principios constitucionales en el proceso civil*, CGPJ, p. 402.

49 Además, por mucho tiempo se consideró como pertinente y adecuada la mediación, es decir, se postuló que mantener al juez alejado de los protagonistas del conflicto y de todo aquello que constituyan elementos objetivos de este es lo que precisamente iba a permitir al juzgador la expedición de decisiones justas e imparciales. Véase: Monroy Gálvez, J. (1996), p. 94.

50 Pereira Campos, S. (2006). "Una reforma exitosa: la reforma procesal civil en Uruguay" en Silva, José Pedro y otros (editores) (Santiago, Libertad y Desarrollo, P. Universidad Católica de Chile y Universidad Autónoma de Madrid), p. 766.

La forma escrita no se ha mostrado como una buena compañera cuando se trata de la actividad de la prueba, y no lo ha sido porque un proceso civil tan escrito como el que recoge el CPC chileno apunta en la dirección contraria a la que aparece como la más razonable, conveniente y útil tratándose de la actividad probatoria, la que exige un contacto directo y frontal del juez con las partes y sus distintos medios de prueba. En un sistema escrito que tiende a la desconcentración y dispersión de los actos, también de las actuaciones probatorias, la inmediación judicial en la práctica probatoria suele no tener un correlato efectivo con aquello que disponen las normas legales, existiendo un claro desaliento para el concurso efectivo de la presencia del juez en la actividad relativa a la práctica de las pruebas.

El modelo facilita la intermediación, con la consiguiente invisibilidad del juez. Bien se ha señalado, que debe existir en jueces de procesos escritos un sentimiento de inutilidad[51] respecto a la inmediación, motivado por la dispersión y desconcentración existente a propósito de la práctica de pruebas, pero también por el prolongado y excesivo tiempo que transcurre desde esta práctica probatoria dispersa y la dictación de la sentencia. De hecho, por el diseño y los tiempos que impone la estructura escrita y desconcentrada de nuestro proceso[52], resulta prácticamente imposible que los jueces puedan dictar la sentencia con el recuerdo cercano de la prueba rendida (suponiendo que haya efectivamente asistido a dicha práctica probatoria), quedando necesariamente constreñidos a recurrir a la constancia escrita de las actas. En fin, existe un modelo escrito con un juez presente sólo *"al final del trayecto procesal"* que se ve en la necesidad de recurrir a las actas que imposibilitan tomar conocimiento de las expresiones, tono de voz, gestos, firmeza y actitudes que acompañan la declaración de testigos o de las mismas partes, lo que la oralidad sí permitiría[53] y aparece como uno de los aspectos positivos que se asocian a la idea de los procesos orales gracias a la inmediación judicial efectiva que imponen, regla que *"permite al juez utilizar en la valoración de las pruebas la observación directa e*

51 Así se ha destacado que se trata de una consecuencia directa del predominio de la escritura, que hace surgir el convencimiento de la inutilidad o inoportunidad del contacto directo del juez con los elementos que componen la causa, pues todos sus resultados deberán ser consignados por terceros en actas y serán las únicas que deberán utilizarse para pronunciar la decisión. Véase: Prieto Castro, L. (1950). "Precisiones sobre la escritura y la oralidad en el Derecho procesal español", en *Estudios y comentarios para la teoría y práctica procesal civil* (Madrid, Ed. Reus), pp. 75 y ss. Al respecto puede verse también: Cappelletti, M. (1972). p. 36.

52 Se ha destacado por la doctrina que la inmediación es enemiga de la dilación. "Los resultados favorables de aquélla, las impresiones y recuerdos, se borran, desaparecen de la mente del Tribunal, en la medida en que el lapso del tiempo, que puede transcurrir entre la práctica y la valoración de la prueba, sea excesivamente dilatado. De aquí que resulte necesario pronunciar la sentencia también inmediatamente en el tiempo, acto seguido a la finalización del juicio oral". Cortés Domínguez, V., Gimeno Sendra, V., Moreno Catena, V. (2003). *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 5ª edición (Madrid, Ed. Colex) p. 41.

53 Pereira Campos, S. (2006). p. 767.

inmediata"[54] tornando posible una mejor y más completa ilustración del decisor[55] *"con miras a lograr una decisión fiable y verdadera sobre los hechos"*[56].

c) Introducción de una oralidad, concentración e inmediación judicial razonables, no hay necesidad alguna de recepcionarlas plena y radicalmente.

La apuesta por reforzar la regla de la oralidad es una apuesta que se ha destacado liga con un reforzamiento efectivo de la regla de la inmediación judicial y de la concentración procesal[57]. Pero reconocida y destacada esta asociación de reglas en torno a la oralidad, cabe no caer en la tentación de pretender que es posible y conveniente imponer diseños dogmáticos puros que, la experiencia comparada lo evidencia, no contribuyen a lograr un instrumento más útil, razonable, serio y realista. Conviene insistir, a riesgo de ser majaderos: estamos en frente de reglas y no de verdaderos principios, por tanto, es perfectamente posible que el legislador recoja y concrete combinaciones entre ellas ya que, tratándose de éstas, no está sujeto a imposiciones[58].

En efecto, que la reforma procesal en curso tienda a introducir la oralidad a la Justicia civil[59] no debe significar (como de hecho no significa en el Proyecto) descartar la escritura para todos los efectos[60]. Al contrario, la escritura puede seguir prestando utilidad para determinados actos del proceso, especialmente (no únicamente) los actos de alegación inicial de las partes, léanse la demanda, la contestación de la misma y la eventual reconvención. La oralidad debe imponerse teniendo a la vista un criterio que diga relación con la funcionalidad de cada etapa del proceso. Tratándose del carácter escrito de las alegaciones iniciales de las partes se está buscando facilitar la exposición ordenada de los hechos y de los fundamentos jurídicos. La forma escrita aparece como la más razonable, conveniente y segura de acuerdo al importante rol asignado primero a la demanda (como acto iniciador del proceso, como en la determinación y delimitación del contenido del mismo) y luego a la contes-

54 Fairén Guillén, V. (1988). *El Tribunal de Aguas de Valencia y su proceso: Oralidad, concentración, rapidez y economía,* 2ª edición (Valencia, Ed. Caja de Ahorros de Valencia), p. 505.

55 Simón, L. (2007). "La prueba entre la oralidad y la escritura", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* (Nº3), p. 613.

56 Taruffo, M. (2008). *La prueba* (Madrid, Ed. Marcial Pons), p. 75.

57 Palomo Vélez, D. (2009). "Las marcas del proceso oral y escrito diseñado en el Proyecto de nuevo CPC", en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 36, Nº3) pp. 621-661.

58 Buen ejemplo de que este ejercicio es posible es el caso de la reforma española. Véase: Palomo Vélez, D. (2008). *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español* (Santiago, Ed. Librotecnia), p. 641.

59 (2007). "Informe". p. 11.

60 "En un mismo sistema jurídico, en una misma jurisdicción y en un mismo proceso coexisten la oralidad y la escritura de tal manera que ninguno de ellos constituye una técnica absoluta, no son excluyentes, se complementan". Ochoa Moreno, B. (2005). "La implementación de la oralidad en el proceso laboral: debate en torno a la congestión laboral", en *Diálogos de saberes: Investigaciones y Ciencias Sociales* (Nº23), p. 73.

tación y eventual reconvención. A pesar de que estos actos conservan su carácter escrito, nadie puede negar que el modelo procesal que se está proponiendo sea predominantemente oral cuando se revisan los contenidos e importancia que se asigna a las dos audiencias que siguen a estos actos iniciales escritos. Ya anotamos que en las legislaciones procesales modernas que optan por este modelo *"de audiencias"* buscan combinar adecuadamente la oralidad con la escritura[61].

A su turno, la apuesta por dejar atrás la disgregación procesal propia de un sistema escrito y apostar por un modelo procesal concentrado no debe significar llevar la regla de la concentración hasta las últimas consecuencias. Si así se entendiere, un proceso oral impondría, entre otras medidas, la concentración en un solo acto de prácticamente todas las actuaciones del proceso, lo que desde luego aparejaría dañinas consecuencias de diversa naturaleza. De hecho, la experiencia comparada ha demostrado que al optarse por un diseño más oral y concentrado se presenta un importante problema, cual es, que debido a la ausencia de una fijación con carácter previo a la vista de las alegaciones y pretensiones de ambas partes, se termina en frecuentes suspensiones y aplazamientos[62]. Tampoco es nada aconsejable ni menos realista comenzar, bajo la excusa de imponerlo la oralidad y la concentración, a demonizar las autorizaciones para diferir por un plazo determinado la dictación de las sentencias[63]. El riesgo de caer en superficialidad y precipitación ya se ha puesto de relieve por algunos[64]. Conviene recordar acá lo señalado por De la Oliva: *"Se ha dicho muy acertadamente que no se puede construir los procesos en abstracto, en la ley, como si se pensase que cada juez y cada abogado tienen sólo uno… El diseño más simple de un proceso oral puede verse contrarrestado con largas listas de espera para la celebración de los juicios o con una baja calidad de los pronunciamientos jurisdiccionales, en especial si en el ámbito de la magistratura se asocia inconscientemente la oralidad con una pretendida capacidad para dictar sentencias acertadas sin necesidad de un estudio detenido y atento de cada caso. Y entre la lentitud y la justicia del cadí, parece preferible la primera, salvo que sólo se atienda a las estadísticas"*[65].

La misma moderación y ausencia de radicalidad que postulamos para la implementación de la oralidad y de la concentración, queremos sostenerla en relación con la regla de la inmediación. No vemos razones para dejar a

61 Pereira Campos, S. (2008). *El proceso civil ordinario por audiencias: La experiencia uruguaya en la reforma procesal civil. Modelo teórico y relevamiento empírico* (Montevideo, Ed. Amalio M. Fernández, CEJA), pp. 39 y ss.

62 En lo relativo a los problemas evidenciados por el diseño más concentrado del juicio verbal en España, véase: Gascón Inchausti, F. (2008). "Un nuevo instrumento para la tutela de los consumidores y de los créditos transfronterizos: el proceso europeo de escasa cuantía", en *Revista Ius et Praxis* (Año 14, Nº1) p. 185.

63 Es la sensación que queda tras la lectura de algunos textos. Véase: Duce, M., Marín, F. y Riego, C. (2008). p. 45.

64 Nieva Fenoll, J. (2007b). pp. 43-44.

65 De la Oliva Santos, A, (2004). p. 56.

un lado estos criterios para buscar consagrar la inmediación a ultranza. De hecho, en países que han reformado su legislación procesal civil consagrando un modelo predominantemente oral (como es el caso de España, LEC 1/2000) la regla de la inmediación no se lleva a extremos, de allí que, por ejemplo, se admita la práctica de pruebas por auxilio judicial cuando por razón de la distancia, por la dificultad de desplazamiento o por las circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito o por cualquier otra causa de análogas características resulte imposible o muy gravosa la comparecencia en la sede del tribunal[66]. Se dio cuenta el legislador español que existen también otros intereses dignos de ser tenidos en cuenta[67]. Tratándose de la doble instancia y la apelación de las sentencias definitivas no cuesta imaginar que el interés del litigante es contar con una garantía de revisión de los hechos y del derecho, realizada por jueces de experiencia[68].

d) Mayor relevancia de la prueba documental en los procesos civiles

Cuando se trata de analizar una cuestión que aparece para muchos como muy problemática (relación entre la oralidad, la apelación y la segunda instancia), conviene no caer en la lógica de seguir aportando complejidad al supuesto problema, planteándolo como si se tratara de algo sin solución, sino que lo que corresponde es contribuir a despejar el análisis de factores o elementos que pueden estar distorsionando la mejor y más razonable respuesta. Algo de esto sucede cuando nos ponemos a pensar en la relación existente entre, primero, la prueba documental y los procesos civiles, y segundo, la oralidad y la prueba documental.

En efecto, en lo que dice relación con la prueba documental en los procesos civiles cabe recordar que este medio de prueba ha sido y sigue siendo considerado en la teoría y en la práctica forense como la reina de las pruebas en materia procesal civil. Guasp, buscando diferenciar la realidad probatoria en materia civil y penal, afirmó no sin razón que "el proceso civil es el reino del documento, mientras que el proceso penal es el reino del testigo"[69]. Y es que

66 Véase: Montero Aroca, J. (2007). p. 278.

67 En todo caso, bien se apunta, que las excepciones legales que se contemplan, lo son a la inmediación en sentido estricto y no a la presencia judicial o inmediación en sentido amplio, la que en caso alguno puede admitir excepciones: Herrera Abián, R. (2006). p. 37.

68 Langbein, J. (2002). "La ventaja alemana en el proceso civil", en *Revista Iberoamericana de Derecho procesal* (Nº9, Año VI), pp. 145-148.

69 Guasp, J. (1996). *La prueba en el proceso civil español: Principios fundamentales* (Madrid, Estudio Jurídico Madrid), p. 415. En similar sentido Herrera Abián: "La prueba testifical sigue siendo la prueba reina en el proceso penal; es la que con más frecuencia se practica en el procedimiento para conformar la convicción judicial sobre los hechos que constituyen su objeto, y es, sin duda alguna, la prueba en que la inmediación adquiere importancia mayor". Herrera Abián, R. (2006). p. 95.

es una realidad difícil de refutar que en la mayoría de los procesos civiles gran parte de los elementos de convicción son de carácter documental[70].

Esta simple constatación sirve (y bastante) para poner la discusión en sus justos términos, sin desbordes ni excesos, evitando transplantar los debates producidos en materia procesal penal a la reforma procesal civil en circunstancias que estamos frente a realidades bien diferentes, en dónde el eje de las pruebas viene dado por la testimonial en el primer caso, y por los documentos, en el segundo, según hemos señalado. Es que la situación de ambos medios de prueba es bien distinta de cara a un contexto de juicio oral. Así se dice que mientras los medios probatorios documentales (medios de prueba no personales en general, por ejemplo, los nuevos medios de reproducción del sonido o la imagen) no requieren actuación y la situación del juez de primera instancia respecto a este material es la misma que pueda tener el tribunal de segunda instancia[71], no ocurre lo mismo con las pruebas personales (u orales, como también se las denomina[72]) que sí requieren de actuación y en dónde la mayor o menor credibilidad que pueda asignar a los testimonios están en relación con la situación del juez de primera instancia.

Bien decía Cappelletti[73] que la importancia de la prueba documental no tiene porque disminuir y de hecho no disminuye por optarse por un modelo procesal oral, al menos en aquéllos ordenamientos procesales que han sabido realizar con éxito esta reforma hacia la oralidad. Por lo tanto, si bien la apuesta hacia la oralidad y sus reglas conexas significan una revalorización importante de las pruebas personales[74], esa revaloración no se acompaña de lo que sería una irracional desvalorización de la prueba documental o preconstituida, *"la cual, aun antes que en el proceso, opera benéficamente fuera del proceso, en el mundo de las relaciones sustanciales, creando un cierto grado de certeza y de confianza de los coasociados en sus negociaciones y en general en sus relaciones jurídicas"*[75].

Son estas dos constataciones, la mayor importancia de la prueba documental en el proceso civil y la mantención de su relevancia en los procesos orales, las que deben permitir comenzar a reconducir a su real dimensión las denuncias de incompatibilidad entre un modelo procesal oral y el sistema de doble

70 Muñiz Calaf, B. (2002). *La segunda instancia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid, Ed. Dykinson), p. 18.

71 Calderón Cuadrado, M. Pía. (2004). "El proceso civil y su estructuración en dos instancias. Problemática que plantea, en *Libro homenaje al profesor Dr. D. Eduardo Font Serra* (Madrid, Ministerio de Justicia: Centro de Estudios Jurídicos, T. I), p. 835.

72 Comoglio, L., Ferri, C., Taruffo, M. (2005). *Lezioni sul processo civile. I. Il processo ordinario di cognizione*, 3ª edición (Bologna, Ed. Il Mulino), p. 440.

73 Cappelletti, M. (1972). p. 89.

74 Palomo Vélez, D. (2007). "La prueba en el proceso civil chileno: ¿Una actividad asumida con suficiente seriedad?, en De la Oliva Santos, A. y Palomo Vélez, D. (coordinadores) *Proceso civil: Hacia una nueva Justicia civil* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile), pp. 360-363.

75 En este mismo sentido, véase: Taruffo, M. (2008). p. 75.

instancia. Desde esta perspectiva, coincidimos con algunos autores, el eventual problema de incompatibilidad pierde bastante en relevancia[76].

e) La inmediación idealizada: no todo son fortalezas

Unido a lo anterior, y en este afán de ir despejando el análisis de este problema, esquivando la idealización de las reglas asociadas a la oralidad, en este caso la inmediación, conviene tomar nota de algunas observaciones que se han venido formulando, si bien para los procesos penales, aplicables también para la situación de los procesos civiles, en relación con la real contribución que cabe esperar de la inmediación del juzgador[77]. Como hemos anotado, existe un amplio consenso en la doctrina para reconocer en los modelos procesales orales (con inmediación y concentración) una fórmula que asegura una verdad procesal de superior calidad, justamente facilitada por la concentración de las actuaciones probatorias y, especialmente, por el contacto directo del tribunal con las fuentes de ésta, en particular las de carácter personal[78] como la testimonial[79]. En este sentido se destaca la importancia del juicio presencial que ofrece la ventaja de que en la viva voz hablan también el rostro, los ojos, el movimiento, el tono de voz, los silencios y otras actitudes que acompañan a la palabra y que también forman parte del mensaje transmitido, garantizando, al menos como regla, un mayor acierto en la valoración del testimonio[80].

Pues bien, en esta idealización de la contribución que ofrece la inmediación se ha incurrido en algunos vicios, errores y excesos que conviene advertir. En aquéllos sistemas que recogen la oralidad e inmediación judicial comienza a reproducirse el argumento de que no resulta posible revisar la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal de la instancia[81], porque el que conoce a través del recurso *"no ha oído con sus oídos ni visto con sus ojos la prueba testifical"*. *"La oralidad, la publicidad, la contradicción y sobre todo la inmediación representan las ventajas del proceso celebrado a presencia de los jueces que ven y oyen lo*

76 Muñiz Calaf, B. (2002). p. 18.

77 Las observaciones de advertencia para evitar excesos sirven también en el orden jurisdiccional civil, pero cabe tener presente que en el proceso civil éstos son aún menos justificables. En efecto, en el orden jurisdiccional penal, al estar involucrada la garantía de presunción de inocencia (que no opera en sede civil), puede haber más problemas de encuadre con la segunda instancia, especialmente cuando el tribunal superior revoca una sentencia absolutoria en una segunda instancia en la que no existe, para el juicio sobre el elemento fáctico, las condiciones/garantías que sí se dan en la primera instancia: De la Oliva Santos, A. (1997). p. 979. Por eso la doctrina más entusiasta con la instancia única en materia penal no duda en señalar que todas estas "perplejidades" desaparecerían si la segunda instancia se abriera exclusivamente a favor del reo: Vegas Torres, J. (1993). *Presunción de inocencia y prueba en el proceso* penal (Madrid, Ed. La Ley, Grupo Wolters Kluwer), p. 192.

78 Así lo destaca uno de los autores que ha planteado críticas a esta visión en torno a la oralidad y la inmediación: Andrés Ibáñez, P. (2003). "Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)", en *Revista Jueces para la Democracia* (Nº46), p. 57.

79 Herrera Abián, R. (2006). p. 95.

80 Herrera Abián, R. (2006). p. 95.

81 Bonet Navarro, J. (2009a). p. 258.

que ya después otros ojos y oídos no percibirán"[82]. Salvo razonamientos absurdos o ilógicos (groseros)[83], la valoración de las pruebas realizada por el juez de la primera instancia se debe respetar impidiéndose una nueva valoración del material probatorio por el tribunal superior, que se autolimita[84][85].

Se remata diciendo (siempre aludiendo a la segunda instancia del proceso penal y vinculando la cuestión con el tema de la presunción de inocencia): "Supone un elemento notablemente perturbador en el seno de dicho sistema (…) nada se gana, a nuestro juicio, y, por el contrario mucho se puede perder en cuanto a garantías se refiere, permitiendo la sustitución del convencimiento del juzgador de primera instancia, fundamentado en la prueba practicada en su presencia, por el convencimiento del órgano de apelación, fundamentado en una actividad probatoria que no ha presenciado"[86].

Se centra todo en un problema de credibilidad o fiabilidad, según el cual la inmediación existente en la recepción probatoria se convierte, bien se ha dicho, en una suerte de blindaje del juicio, esquivándose una motivación más consistente y exhaustiva que de efectivamente cuenta de la racionalidad de la decisión adoptada[87] y consagrándose una noción subjetivista de la prueba, que termina vinculándola con la creencia del tribunal, desconociendo las exigencias propias de un sistema de valoración de la prueba libre, conforme a las reglas de la sana crítica[88][89] derivando así la libertad en una valoración

82 Así se destaca, críticamente, por algunos autores: Andrés Ibáñez, P. (2003). p. 58; Del Río Ferretti, C. (2002). "Consideraciones básicas sobre el sistema de prueba en materia penal y control sobre el núcleo fáctico mediante recurso de nulidad (y II)", en *Revista Internauta de Práctica Jurídica* (Nº9), p. 3.

83 Como nos explica ilustrativamente Ortells, casi no es un tema de valoración de prueba, ¡es que se lo ha inventado!.

84 Herrera Abián, R. (2006). p. 185.

85 Que esta autolimitación responda a un "respeto" por el modelo oral y sus reglas asociadas (inmediación) o a que los jueces de tribunales superiores se ven sobrepasados por el trabajo es otro tema, que en este trabajo no pretendemos dilucidar.

86 Vegas Torres, J. (1993). p. 192.

87 Taruffo habla de la motivación como garantía de racionalidad y de controlabilidad de las pruebas, haciendo posible un juicio posterior sobre las elecciones del juez en materia de valoración probatoria. Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos* (Madrid, Ed. Trotta), pp. 435-438; Taruffo, M. (2009). pp. 527 y ss.

88 Andrés Ibáñez, P. (2003). p. 59; Andrés Ibáñez, P. (2007). "Sobre prueba y motivación", en *Revista Jueces para la Democracia* (Nº59), pp. 80 y ss. Véase también: Accatino Scagliotti, D. (2006). "La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile* (Vol. XIX, Nº2), pp. 9-26.

89 Debe reiterarse que establecer la valoración libre de la prueba no implica que dicha valoración sea arbitraria, caprichosa o irracional. Las reglas de la sana crítica se alzan como el camino a seguir en la valoración de las pruebas rendidas, que deben servir para su crítica o depuración. Se trata de normas empíricas sostenidas en la razón, la madurez, el buen sentido lógico y el sano juicio. Se trata, en definitiva, de una valoración razonada, motivada y responsable. Si bien el juez se hace con un mayor protagonismo, no puede ni debe entenderse como una especie de patente de corso para despegarse de las exigencias propias de una resolución debidamente razonada y motivada. Palomo Vélez, D. (2008). pp. 566-567. En similar dirección se ha señalado: "… la libre valoración de la prueba es libre sólo en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen el

irracional[90], en arbitrariedad[91], en sacrificio de la motivación del denominado "juicio de hecho" y en una renuencia de los tribunales superiores a revisar la valoración probatoria, incluso tratándose del recurso de apelación (como viene ocurriendo en España), desnaturalizando el instituto al despojarlo de contenidos que le son propios[92]. De algún modo se estaría operando con la lógica de que los procedimientos procesales de conocimiento de los hechos proporcionarían resultados infalibles, que los jueces serían infalibles[93].

Se olvida, primero, que aunque mucho hay que reconocer de positivo al contacto directo del juez con las fuentes de prueba (muy distinto a lo que ocurre en los procesos escritos) los jueces no son especialistas o expertos en psicología y que la lectura del lenguaje gestual no siempre será tarea pacífica sino que está abierta a variadas interpretaciones susceptible de errores[94], menos cuando éstos, en muchos casos, no cuentan con calidad y experiencia suficiente[95]. Pero además, aún reconociéndose una mejor posición del juez pa-

resultado de esa valoración. La operación consistente en juzgar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aportan a una hipótesis está sujeta a los criterios generales de la lógica y de la racionalidad". Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba* (Madrid, Ed. Marcial Pons), p. 45. Véase también: Taruffo, M. (2009). "Considerazioni sulle massime d`esperienza", en *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura civile* (Vol. 63, Nº2), pp. 551-570; Ortells Ramos, M. (2009). *Derecho Procesal Civil*, 9ª edición (Pamplona, Ed. Aranzadi), p.370.

90 Comoglio, L., Ferri, C., Taruffo, M. (2005). pp. 434-435.

91 Ferrer Beltran, J. (2003). "Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales", en *Revista Jueces para la Democracia* (Nº47), p. 31; Gimeno Sendra, V. (2008), "La inmediación en la 2ª instancia y las sentencias arbitrarias de la primera", en *La Ley* (Nº6876), p. 2.

92 Sin perjuicio que más adelante retomamos este punto más detenidamente, véase: Bonet Navarro, J. (2009a). pp. 258-259; Picó i Junoy, J. (2009). "Valoración de la prueba y segunda instancia civil: Hacia la búsqueda del necesario equilibrio", en *Revista Jurídica de Catalunya* (Nº3), pp. 55 y ss.; Calderón Cuadrado, M. Pía, (2002). "Sobre la exigencia de inmediación en la nueva LEC y su compatibilidad con los recursos ordinarios", en *Revista de Derecho, Universidad de Valencia* (Nº1), pp. 8 y ss.; Calderón Cuadrado, M. Pía. (2004). pp. 834 y ss.; Pérez Asenjo, A. (2008). "La valoración de la prueba en segunda instancia", en Picó i Junoy, J. y Lluch, X. (Directores) *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil* (Barcelona, Ed. Bosch), pp. 153 y ss.

93 Gascón Abellán, M. (2004). *Los hechos en el derecho*, 2ª edición (Madrid, Ed. Marcial Pons), p. 42.

94 "… la palidez del rostro, el tartamudeo y la inseguridad en la expresión o lo que se haga con las manos durante el interrogatorio, a ojos de un observador no especializado en esa clase de exámenes y sin otros datos y antecedentes del declarante que los formalizados que consten en la causa, lo mismo podría significar miedo del culpable a ser descubierto en la escenificación de la mentira, que pavor del inocente a no ser creído en la afirmación de la verdad". "Las aportaciones testificales, aun cuando procedan de quien actúa con el firme propósito de ser fiel transmisor de lo percibido, pueden experimentar sensibles desviaciones de la realidad". Andrés Ibáñez, P. (2003). pp. 60 y 65. Véase también: Gorphe, F. (2003). *La crítica del testimonio* (Madrid, Ed. Reus), 329 p.

95 No es extraño escuchar las críticas que se formulan a la Academia Judicial, institución encargada de la selección, formación y perfeccionamiento de los jueces, por los parámetros que utiliza para seleccionarlos y formarlos. Se cuestiona que no se privilegie la experiencia profesional de los postulantes y se sobrevaloren las notas del pregrado, además de criticarse por insuficiente y general la formación que se entrega. Estas críticas, aunque no se lo propongan, vuelven a recordar que la oralidad no es para cualquier juez, sino que para jueces bien preparados y con experiencia, más aún cuando se trata de la reforma de la Justicia civil. Como bien lo ha apuntado Berizonce refiriéndose a la situación argentina, las reformas, sobre todo cuando son profundas, no se agotan en el dictado de una Ley, requieren de operadores preparados y capacitados, de excelencia. Nos preguntamos, a la luz de lo que la realidad muestra: ¿Existen suficientes garantías al respecto?. Bien

ra decidir la credibilidad o fiabilidad de determinada fuente de prueba (gracias a la inmediación), debe puntualizarse, como bien lo ha explicado Del Río Ferretti entre nosotros, que la inmediación que efectivamente es la regla de mayor peso a la hora de la apreciación de la prueba y de la formación del convencimiento, no debe ser elevada necesariamente a un absoluto[96]. Así las cosas, *"de la prueba hay cosas que necesariamente se tienen que apreciar directamente y hay otras que no necesitan ser apreciadas de esa manera"*[97]. La inmediación hace posible en la apreciación de la prueba, formarse un juicio insustituible sobre la credibilidad de la prueba, mediante el examen directo de la prueba, para creer o no en ella. En otras palabras, la inmediación es la manera por la cual el tribunal realiza un acto de fe razonada en determinados medios de prueba que estima creíbles por sobre otros[98]. Pero, si no se cae en excesos, para apreciar la verosimilitud del relato o la contundencia de la prueba indirecta o indiciaria (o documental, como ya dijimos antes) no se requiere de inmediación[99]. Como bien se ha explicado, la verosimilitud es un problema que se presenta después del problema de la credibilidad[100], toda vez que una vez que el juez ha optado por ciertos medios de los cuales se extrae una determinada versión de los hechos, de lo que se trata es de controlar la plausibilidad del relato, de apreciar si el relato que emana de la libre selección del material probatorio es objetivable[101].

se ha señalado que la idea de una instancia única ante un solo juez con un recurso extraordinario parece muy seductora en la teoría, pero la cuestión es si el país está listo para ella, más que por un tema de corte técnico, por la calidad que muestran los jueces. Véase: Berizonce, R. (2004). "La oralidad no es para jueces cómodos, sino al revés", en *Revista Sistemas Judiciales* (CEJA, Nº7), pp. 8 y ss.

96 Del Río Ferretti, C. (2002). p. 5.

97 Del Río Ferretti, C. (2002). p. 5.

98 "Por ejemplo, un testigo le parece más digno de ser creído en lo que ha dicho que otro que sin embargo en síntesis ha dicho más o menos lo mismo, no obstante, por razones de percepción inmediata de su relato se ha preferido uno y no otro. Tal vez, el primero fue más categórico y parecía más seguro. Tal vez se expresó en términos más comunes y corrientes y más propios de su condición social, lo que indujo al tribunal a pensar que su testimonio era más fidedigno, originario y menos posible de preparación. Tal vez soportó con mayor grado de aplomo, racionalidad (dio explicaciones más convincentes) y seguridad el contraexamen del abogado de la contraparte, y otras razones por el estilo que nos podamos imaginar. Todas estas razones para creer en unas pruebas y no creer en otras, sin duda solo son susceptibles de ser apreciadas directamente por la persona que las evalúa, la posibilidad de advertirlas o apreciarlas mediatizadas por un escrito, produciría una baja considerable en la calidad de la información para pronunciar el juicio de valoración, porque se haría muy difícil o en algunos casos imposible, valorar una infinidad de detalles que se escapan del papel o que en él pierden toda su potencia insinuadora"". Del Río Ferretti, C. (2002). p. 6.

99 Del Río Ferretti, C. (2002). pp. 6-7.

100 Que es sólo el primer paso para establecer la conexión entre pruebas y hechos. Taruffo, M. (2008). p. 139; Marinoni, L., Cruz Arenhart, S. (2008). *Processo de conhecimento*, 7ma edición revisada y actualizada (Sao Paulo, Ed. Revista Dos Tribunais), p. 481. Según la explicación mantenida por Montero, que sigue a Calamandrei en este punto, se trata en rigor del segundo paso, dado que antes del problema de la verosimilitud y de la credibilidad estaría el problema de la interpretación, cuestión distinta a la de la valoración de la prueba en sentido estricto: Montero Aroca, J. (2002). *La prueba en el proceso civil*, 3ª edición (Madrid, Ed. Civitas), pp. 417-420.

101 Del Río Ferretti, C. (2002). p. 7.

III. LA DOBLE INSTANCIA Y SUS IMPLICANCIAS.

a) La doble instancia, el recurso de apelación y la posibilidad de impugnación del juicio de hecho

Según explicaba Couture, instancia es la denominación que se da a cada una de las etapas o grados del proceso, y que va desde la promoción del juicio hasta la primera sentencia definitiva, o desde la interposición del recurso de apelación hasta la sentencia que sobre él se dicte[102]. De allí que se hable de sentencia de única, primera o de segunda instancia, en dónde presentándose la alternativa también se habla de regla procesal y no de principio, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá en cuanto a la compleja conjugación de la instancia única con lo dispuesto en Pactos Internacionales que nuestro país ha suscrito y están vigentes con rango constitucional[103].

Apelación y segunda instancia están, como bien se sabe, estrechamente relacionadas, implicando siempre el sistema de doble instancia la posibilidad de que el tribunal de categoría superior confirme o revoque y sustituya, total o parcialmente, la resolución que puso fin a la primera instancia que resulta impugnada por la apelación[104], recurso devolutivo ordinario típico[105], lo que viene a significar que devuelve al tribunal *ad quem* el conocimiento de la causa sin restringir el ámbito de la impugnación, permitiendo revisar cualquier aspecto de la resolución impugnada, bien se trate de un aspecto perteneciente al juicio fáctico o jurídico, sin que existan motivos taxativamente determinados en la ley. En efecto, en oposición al recurso de casación, recurso extraordinario típico, al que se le atribuye la función de vigilancia en el cumplimiento de la ley, el recurso de apelación permite una nueva cognición del litigio garantizándose la correcta aplicación del derecho y la justa impartición de justicia[106].

Permite, por lo tanto, revisar lo resuelto en primera instancia. Con todo, como mantiene De la Oliva, aunque la segunda instancia comprende y supone evidentemente posibles actos de revisión de lo resuelto en primera instancia, su finalidad no es ni exclusiva ni primordialmente revisora. No se busca sobre todo comprobar si se han cometido errores jurídicos o en el juicio de hecho, sino ofrecer una nueva respuesta a unas concretas pretensiones de tutela jurisdiccional[107]. *"La detección de esos errores está en función de la finalidad de respuesta a pretensiones de tutela. Si en la idea institucional de la segunda instancia dominara*

102 Couture, E. (2002) *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* 4ª edición (Buenos aires, Ed. B de F), p. 139.
103 Alvarado Velloso, A. (2003). p. 284.
104 De la Oliva Santos, A. et al. (2004). p. 489.
105 Calderón Cuadrado, M. Pía. (1996). "Breves consideraciones sobre el recurso de apelación y el criterio de doble grado de jurisdicción", en *Revista de Derecho Procesal* (Nº3), pp. 560-568.
106 González, M. (1998). *La segunda instancia en el proceso civil* (Barcelona, Ed. Cedecs), p. 27.
107 De la Oliva Santos, A. et al. (2004). p. 490.

o predominara la revisión de la primera, a los sujetos jurídicos desencadenantes de la segunda instancia habría de exigírseles, ante todo y sobre todo, la denuncia fundamentada de los pretendidos errores y la consecuencia lógica rigurosa debiera ser el predominio en segunda instancia de lo que ha dado en llamarse jurisdicción negativa, de anulación parcial o total, en su caso, de lo erróneo"[108].

b) Ventajas y problemas de la supresión de la doble instancia. Transparentando las perspectivas que están detrás de las propuestas.

La cuestión de la supresión de la doble instancia ha captado desde hace años la atención de los reformadores[109], especialmente cuando se trata de propuestas de reforma que buscan introducir la oralidad en los procesos. Se asume de entrada, con más dogmatismo que realismo, que la única alternativa que respeta el diseño y esencia de un modelo procesal oral y con inmediación judicial es la supresión de la doble instancia[110] dejando a un lado una serie de factores que también cabe tener presente a la hora de tomar tan crucial decisión. Pareciera que importara más ajustarse a lo que se entiende la más pura técnica procesal que atender a estos elementos que bien vistos deben servir a la hora de tomar una decisión correcta.

La tesis de restringir el sistema recursivo (de eso se trata en definitiva), suprimiendo la doble instancia a través de la eliminación del recurso de apelación contra la sentencia definitiva, se sustenta por sus adherentes fundamentalmente en la necesidad de favorecer una respuesta más rápida y sencilla que alivie la carga de trabajo de la Justicia. Brevedad, simplicidad y economía son, por lo tanto, las ventajas que se suelen asociar a esta propuesta[111]. La necesidad de garantizar la imparcialidad en la administración de justicia y la necesaria uniformidad de la jurisprudencia se considera que pueden quedar satisfechas mediante los recursos extraordinarios que prevén la impugnación tasada de aquellas sentencias que se consideren afectadas de determinados vicios[112].

Pero la anterior es sólo una de las perspectivas que puede utilizarse para afrontar este importante asunto. Es un modelo procesal pensado desde la perspectiva del Estado que, sin embargo, deja al margen o posterga la perspectiva de las partes. Vuelve a tener sentido preguntarse si se quiere construir

108 De la Oliva Santos, A. et al. (2004). p. 490.

109 Couture, E. (2002). p. 140.

110 O derechamente su desnaturalización, proponiéndose que el segundo grado de jurisdicción se limite a la *questio iuris*, sin poder extenderse a la *questio facti*. Véase: De Souza Laspro, O. (1993) "Oralidade e duplo grau de jurisdicao", en AA. VV. *Scritti in onore di Elio Fazzalari* (Milano, Ed. Giuffrè, Vol. II, Diritto Processuale Generale), p. 248.

111 Beceña, F. (1933). "Sobre la instancia única o doble en el proceso civil", en *Revista de Derecho Privado* (Nº234), p. 66.

112 Véase: González, M. (1998). p. 33.

un nuevo proceso desde el punto de vista del litigante que pide justicia, o bien se busca prescindir de esta perspectiva reemplazándola por la del Estado y sus órganos, en este caso, judiciales[113]. Añadidamente, vuelve a salir a escena el debate, renovado en el último tiempo, entre los defensores del publicismo y del garantismo procesal[114]. En efecto, pretender que razones de economía son suficientes para abordar una reforma restrictiva del sistema recursivo sustentado en la doble instancia es prescindir en el análisis de elementos que deben ser necesariamente convocados y considerados si lo que se quiere es concretar una reforma realmente en beneficio de las personas. Expresivamente se ha sentenciado: *"Problemas de esta especie no se resuelven sólo con el calendario"*[115].

Uno de estos elementos deriva de la concepción que se tenga de los recursos. Es claro que si éstos se entienden más como un mecanismo de control jerárquico y no tanto como garantías de los justiciables contra la arbitrariedad y errores que puedan cometer los tribunales en su actividad de sentenciar[116], resulta bastante más llano el camino a reformas que pretendan suprimir la doble instancia[117], que comienza a plantearse como prescindible. En cambio, si el planteamiento es del recurso de apelación y la doble instancia como garantía del justiciable, una reforma en la dirección indicada se convierte rápidamente en una *reformatio in peius* que conculca la garantía al doble examen del mérito[118].

Ahora bien, incluso dejando a un lado la concepción del recurso como garantía (sobre la cual volvemos más adelante) y analizándolo sólo como un instrumento jurídico-técnico expuesto a una decisión de política legislativa, consideramos que existen buenas razones para no dar lugar a estas propuestas de supresión de la doble instancia. Bien se ha señalado que en la repetición de grados, en el aumento del número de los que deciden las contiendas se busca un término medio de las cualidades de una buena obra judicial: *"compensándose defectos y méritos para que la mayor parte de las veces se hiciera la mayor*

113 Véase: Cipriani, F. (2003). "El proceso civil italiano entre eficiencia y garantías", en *Batallas por la Justicia civil* (Lima, Ed. Cultural Cuzco, Compilación y traducción de Eugenia Ariano Deho), p. 167. Se ha dicho que uno de los aspectos de un sistema procesal que revela su inspiración garantista o autoritaria está en el sistema de impugnaciones previsto, pues ellas son el mecanismo que permite a las partes "defenderse" del siempre posible arbitrio judicial: Ariano Deho, E. (2003). "En defensa del derecho de impugnar en el proceso civil (vicisitudes de una garantía incomprendida", en Ariano Deho, E. *Problemas del Proceso civil* (Lima, Ed. Jurista), p. 230.

114 Para una visión general del debate, véase: Montero Aroca, J. (Editor) (2006): *Proceso civil e ideologías: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (Valencia, Ed. Tirant lo Blanch), 440 pp.

115 Allorio, E. (1979). p. 1792.

116 Sobre las concepciones que pueden servir de telón de fondo en el tema de los recursos, véase: González Castro, M. (2004). pp. 21-23.

117 Véanse un par de opiniones que, hace más de treinta años, invitaban a repensar la necesidad del doble grado: Pizzorusso, A. (1978). pp. 46-47; Ricci, E. (1978). pp. 81-84. Más radical había sido antes Cappelletti. En contra, véase: Allorio, E. (1979). pp. 1783 y ss.

118 Véase: Vescovi, E. (1988). *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica* (Buenos Aires, Ed. Depalma), p. 99.

cantidad de justicia posible"[119]. Aporta el doble grado mayores probabilidades de corregir yerros y sobre todo de un resultado justo del proceso, lo que desde luego no cabe desechar tan fácilmente, menos en una Justicia que se quiere rápida[120] (por tanto, más expuesta a cometer errores).

Añadidamente, se olvida una cuestión básica: la importancia del juicio de hecho. Bien se ha abordado este punto señalando que la función jurisdiccional importa, en su esencia, una labor intelectiva que mira a la determinación de tres aspectos diversos, pero estrechamente conectados: *"la elección de la norma jurídica, la precisión de los hechos y la subsunción de los hechos en la norma"*[121]. El grado de acierto con que la declaración de la existencia de los hechos se realice condiciona el valor de las demás operaciones, que aun realizadas a la perfección desde un punto de vista lógico, pueden carecer de toda significación jurídica si por error en la fijación de aquéllos se concretan a valorar supuestos de hechos que no tienen realidad[122]. Dada la importancia del punto, bien se ha sostenido que no parece equilibrado asignar solamente a una de las fases del enjuiciamiento, el establecimiento y fiscalización de los hechos[123]. Todavía más, reconociendo las dificultades añadidas que se plantean a propósito de los modelos procesales orales, se sentencia que sin deterioro de la justicia no es posible prescindir de la segunda instancia[124].

Lo que esta relación pone claramente de manifiesto es la diferencia de finalidades que están detrás de cada postura, en su estado más puro. Mientras de un lado se busca mayor expedición y celeridad[125] y el ajuste a lo que se entiende como una técnica procesal pura que impondría la única instancia en los procesos orales, del otro se advierte que el proceso no solamente requiere de decisiones prontas sino también (y fundamentalmente) de resoluciones que sean de calidad, y lo serán en cuanto mayor acierto exista en el fondo, en el mérito, permitiendo decisiones más justas. Pero incluso entre autores muy enfocados en el logro de una mayor celeridad en el enjuiciamiento, se sostiene que siempre habrá necesidad de ese control superior de otras instancias de legalidad, *"pero también de la motivación fáctica y del acierto o no de la lógica del judicante y de la composición valiosa de un resultado justo"*[126].

119 Beceña, F. (1933). p. 68.

120 Allorio, E. (1979). pp. 1786; 1789.

121 Pereira Anabalón, H. (1965). "La prueba en el recurso de apelación civil", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Nº6), p. 112.

122 Es lo que se señala en: Beceña, F. (1933). p. 69.

123 Pereira Anabalón, H. (1965). p. 113.

124 Pereira Anabalón, H. (1965). p. 113.

125 "En la base se encontraría una idea si no nueva sí de candente actualidad cual es la eficacia de la tutela judicial y la creciente necesidad de acelerar los juicios": Calderón Cuadrado, M. Pía (2005). *La segunda instancia penal* (Pamplona, Ed. Aranzadi), p. 44.

126 Morello, A. (2001). "Tendencia moderna hacia el proceso por audiencias", en *El proceso civil moderno* (La Plata, Librería Editora Platense), p. 197.

En otras palabras, y como Taruffo lo explica, existen dos formas de entender el objeto que se asigna a los procesos civiles. Este objeto puede ser a) una resolución del conflicto, o b) una resolución del conflicto mediante una decisión justa. Pues bien, si se toma la primera opción el fondo y la calidad de la decisión no son lo importante. En cambio, si se adopta la segunda opción, el objeto de proceso es también poner fin al conflicto, pero empleando únicamente medios que se consideren justos, correctos y certeros. Desde tal perspectiva, el fondo y la calidad retoman importancia. En los hechos podrá conseguirse un mayor o menor acercamiento a esta calidad de enjuiciamiento, pero lo que en cuanto a lo que ahora estamos analizando, lo que resulta importante es que estos propósitos orienten y determinen el funcionamiento de los mecanismos judiciales[127], entre ellos, agregamos nosotros, los que ligan con el sistema recursivo. No huelga apuntar que los recursos extraordinarios, al exigir el cumplimiento de unos requisitos concretos, importan un grado de restricción que se opone al cumplimiento de estos propósitos[128].

c) Opciones del legislador: apelación plena v/s apelación limitada.

Una cuestión que conviene aclarar en el tratamiento del problema objeto de nuestro análisis es aquél que dice relación con las opciones que tiene el legislador a la hora de definir el ámbito de la segunda instancia. En otras palabras, el legislador procesal no está obligado a configurar la segunda instancia en un único sentido, sino que existen al menos dos posibilidades para ello, debiendo optar por la que cumpla con lograr un adecuado equilibrio entre el modelo procesal que se está recogiendo y la necesidad del control superior al que antes nos referimos. Se trata de una decisión de política legislativa que atenderá a criterios de tradición jurídica, técnica y oportunidad[129].

En efecto, básicamente existen dos modelos puros que, con el tiempo han dado paso a modelos mixtos que combinan aspectos de uno y de otro. Estos modelos puros (o clásicos) originan la denominada apelación plena y la apelación limitada[130], que respectivamente dan lugar a un *novum iudicium* o a una *revisio prioris instantiae*[131].

La primera opción supone que el tribunal superior, al realizar el examen del caso, cuenta con todos los materiales de hecho y probatorios con que contó el tribunal de la primera instancia, más aquellos otros materiales que las partes han aportado en el procedimiento seguido en la segunda instancia. Vale decir, se permite a las partes, en esta configuración de la segunda instancia, adicionar alegaciones de hecho y proponer y practicar nuevos medios de

127 Taruffo, M. (2009). pp. 247-248.
128 González, M. (1998). p. 34.
129 Pérez Asenjo, A. (2008). p. 143.
130 González, M. (1998). p. 91.
131 Ortells Ramos, M. (2009). p. 500.

prueba, con lo cual el tribunal superior cuenta para tomar la decisión con elementos de los que no tuvo conocimiento el tribunal inferior[132]. Poco espacio, como se ve, para la preclusión.

En cambio, la segunda opción, la apelación limitada, obliga al tribunal superior a basar su examen y decisión en los mismos materiales que tuvo a su disposición el tribunal inferior, sin que las partes puedan adicionar hechos nuevos o proponer y rendir nuevas pruebas[133]. Con todo, y no hay que confundirse en la explicación de estas opciones, bajo este modelo de apelación limitada el tribunal superior tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el tribunal inferior, tanto en lo que afecta a los hechos como en lo que dice relación con las cuestiones jurídicas deducidas[134]. Cuestión distinta, sobre la que volveremos más adelante, es la autolimitación de los tribunales superiores en países como España, en dónde con la bandera de la protección de la inmediación se ha terminado por desnaturalizar la apelación privándola de toda su extensión en materia de control de la valoración de la prueba[135].

Parece claro que optar por la primera alternativa generaría muchas más resistencias y eventuales problemas en el marco de un nuevo modelo procesal civil que apuesta por reforzar el protagonismo de la primera instancia, además de generar evidentes inconvenientes desde el punto de vista de la búsqueda de la eficiencia del proceso, desde la perspectiva del coste temporal y económico que implicaría una solución en esa dirección. En consecuencia, con mayor realismo, resulta poco debatible que la opción de la apelación limitada que circunscriba el nuevo juicio a lo ya pedido y decidido en la primera instancia, sobre los hechos alegados y las pruebas practicadas, parece ser la más razonable[136], sin perjuicio de introducir las excepciones que se puedan estimar indispensables para evitar injusticias. Es el caso de la fórmula recogida por el legislador español que permite en algunos supuestos completar el material fáctico de la primera instancia que fundamentalmente dicen relación con hechos y pruebas que no pudieron presentarse o realizarse con anterioridad de acuerdo a criterios de excepcionalidad que, en todo caso, impide la variación de las alegaciones que quedaron delimitadas en la primera instancia[137].

132 Montero Aroca, J.; Flors Matíes, J. (2005). *Tratado de recursos en el proceso civil* (Valencia, Ed. Tirant lo Blanch), p. 242.

133 Montero Aroca, J.; Flors Matíes, J. (2005). p. 242.

134 Picó i Junoy, J. (2009). p. 683.

135 Véase: Picó i Junoy, J. (2009). pp. 683 y ss.

136 Calderón Cuadrado, M. Pía (2005). p. 47.

137 Según lo dispone el art. 460.2 de la LEC, las posibilidades de práctica de pruebas en la segunda instancia se restringen a:
"1. Las que hubieren sido indebidamente denegadas en la primera instancia, siempre que se hubiera intentado reposición de la resolución denegatoria o se hubiere formulado la oportuna protesta en la vista.
2. Las propuestas y admitidas en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que las hubiere solicitado, no hubieren podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales.

d) Significado y consecuencias de la alternativa del recurso extraordinario

Cuando *"en un tono dogmatizador inadmisible"*, como decía Alcalá Zamora[138], se postula por cierto sector de la doctrina que la implantación de la oralidad en la Justicia civil debe traducirse necesariamente en el destierro y supresión de la doble instancia, por ser ésta completamente incompatible e incoherente con los objetivos y características del nuevo modelo procesal sustentado en la oralidad y la inmediación judicial[139], seguidamente se plantea el modelo que se considera compatible y coherente: un recurso extraordinario que sólo permita la revisión de derecho[140], sin poder modificar la base fáctica establecida en la sentencia.

La alternativa entonces es reemplazar el recurso ordinario por excelencia (la apelación), por uno extraordinario, de amplitud bastante menor. A esta descripción responde el recurso de casación (también el recurso de nulidad), a través del cual se solicita la anulación en base a motivos taxativos establecidos por el legislador. En efecto, mientras el recurso de apelación no limita el ámbito de cognición del tribunal superior, en el recurso de casación (o de nulidad) el ámbito de la competencia del tribunal queda reducido al examen de los motivos previstos expresamente en la ley[141][142].

La cuestión apareja consecuencias y no es gratuita desde el punto de vista de la perspectiva de los justiciables. Bien lo ha apuntado Lorca Navarrete cuando dice que *"el carácter ordinario o extraordinario del recurso incide de manera diversa sobre el acceso a la tutela judicial efectiva mediante el recurso"*[143]. Cuando el

3. Las que se refieran a hechos de relevancia para la decisión del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia o antes de dicho término siempre que, en este último caso, la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellas con posterioridad".

138 Alcalá-Zamora Castillo, N. (1934). "Notas para la reforma de la ley de Enjuiciamiento Civil", en AA. VV. *Estudios de Derecho Procesal* (Madrid, Ed. Góngora), pp. 172-173.

139 En Chile véase: Duce, M., Marín, F. y Riego, C. (2008). pp. 62 y ss. En contra de llevar a la inmediación a un absoluto que se transforme en una exageración de sus eventuales beneficios, véase: Del Río Ferretti, C. (2001). "La revisión de los hechos mediante recurso de nulidad", en AA. VV. *Seminario Reforma Procesal Penal* (Santiago, Ed. Cono Sur-Lexis Nexis), p. 284; Coloma Correa, R. (2003). "Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno", en AA. VV. *La prueba en el nuevo proceso oral* (Santiago, Ed. Lexis Nexis), p. 33.

140 Véase: Carocca Pérez, A. (2003). *Manual de Derecho Procesal: Los procesos declarativos* (Santiago, Ed. Lexis Nexis, Tomo II), pp. 71-72.

141 Montero Aroca, J.; Flors Matíes, J. (2005). p. 41.

142 Justamente las críticas se han concentrado en este aspecto del recurso de casación en aquéllos sistemas que han debido operar sin recurso de apelación. "Conlleva un conocimiento muy limitado o reducido de los hechos". "El pronunciamiento en casación se debe circunscribir a la *questio iuris*, sin que pueda extenderse a la *questio facti*". En ese sentido se ha dicho que "el doble grado jurisdiccional constituye el instrumento más idóneo para corregir los eventuales errores en que haya podido incurrir el juzgador de instancia, tanto jurídicos como fácticos". Véase: Aranguëña Fanego, C. (1994). "Proceso Penal y doble instancia", en *Revista Justicia* (Nº1), p. 43 y p. 50.

143 Lorca Navarrete, A. (2000). *Tratado de Derecho procesal civil. Parte general: El nuevo proceso civil* (Madrid, Ed. Dykinson), p. 1026.

sistema recursivo permite que conjuntamente con el recurso ordinario (apelación), se pueda acceder a otra instancia procesal *ad quem* mediante el recurso extraordinario, la tutela judicial efectiva es más determinante. En cambio, cuando el sistema impone que se pase directamente a la vía extraordinaria, sin existir un acceso previo a la vía ordinaria del recurso, el logro de la tutela judicial efectiva es claramente menos incisiva y penetrante[144].

Por las razones expuestas es que González Castro[145] no se equivoca cuando sostiene que la reducción competencial existente en todo recurso extraordinario, que impone que se debata solamente cuestiones de derecho, existiendo la regla impeditiva del análisis de lo fáctico (regla de la intangibilidad de los hechos), no satisface la concepción de un recurso como garantía que deja atrás su consideración como mero control jerárquico.

Esta opinión crítica se debe mantener a nuestro juicio también frente a las propuestas de dejar como único recurso contra la sentencia al recurso de nulidad[146], que a pesar de ser presentado como un mecanismo de impugnación ajeno al excesivo rigor formalista propio del recurso de casación[147], ha mostrado una cara bien distinta en sede procesal penal, dónde opera desde hace algunos años gracias a la reforma implementada allí. En efecto, este debate que ahora nos convoca en materia civil, se produjo hace algún tiempo en sede penal, y en él uno de los puntos que más se destacó por los partidarios de este nuevo sistema recursivo fue que se configuraba un recurso de nulidad como un mecanismo de impugnación amplio, no sujeto a demasiados rigores formales, que superaba los problemas de la casación, y que cumplía con la garantía constitucional de acceso al recurso que, se agregaba, no suponía necesariamente una revisión de los hechos y por tanto no requería que ese recurso tuviera que ser de apelación[148].

La realidad operativa del señalado recurso de nulidad, sin embargo, ha mostrado que las intenciones iniciales no se han cumplido lo que debe servir de alerta. Se debe poner atención, aunque algunos se resistan a entenderlo, a lo que las Cortes vienen haciendo en la realidad, de lo contrario estaremos haciendo Derecho procesal de espaldas a ella. Así, la mejor doctrina no ha tardado en denunciar la irrupción del criterio muy restrictivo sumado a un excesivo rigor formal como notas distintivas del recurso de nulidad penal,

144 Lorca Navarrete, A. (2000). p. 1026.

145 González Castro, M. (2004). p. 191.

146 No nos confundamos. No se trata de un tema exclusivamente nominativo. El recurso puede denominarse recurso de nulidad y dar muchas posibilidades, y viceversa, el recurso puede llevar el nombre de apelación y ser muy restrictivo. No alcanza con revisar la cuestión de los nombres, se debe revisar su funcionamiento y contenido. En el caso del recurso en comento, se dirá, ha demostrado excesivas limitaciones y rigorismos en su real funcionamiento.

147 Núñez Ojeda, R. (2008). p. 213.

148 Véase: Carocca Pérez, A. (2000). pp. 312 y ss.; Pfeffer Urquiaga, E. (2001). *Código Procesal Penal: Anotado y concordado* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile), pp. 368-370.

materializándose una interpretación absolutamente divorciada de la genuina concepción del recurso que, desde luego, atenta contra la garantía del derecho al recurso[149]. Entre las razones que están detrás de esta realidad jurisprudencial es que las restricciones y mayor rigor formal estarían justificadas precisamente por tratarse de un recurso extraordinario[150], de derecho estricto[151], en dónde la elevación de los requisitos formales está en función de garantizar la excepcionalidad[152] del recurso. Todo ello, por cierto, en el marco de una jurisprudencia que sistemáticamente advierte que a través de este recurso no es posible inmiscuirse en las cuestiones de hecho establecidas por el tribunal de la instancia[153], impedimento que encuentra justificación (según se lee de las propias sentencias) en el hecho de que se frustraría la finalidad misma para la que fue instaurada la inmediación, perdiéndose la posición privilegiada del tribunal del juicio oral respecto del tribunal de alzada[154] y transformándose el recurso en cuestión en una nueva instancia[155], sin diferencias con el recurso de apelación.

e) Significado del derecho al recurso como garantía: art. 8 CADH. Aplicación a asuntos no penales

Una de las razones más poderosas que ha contribuido a generarle espacios a la idea de que la segunda instancia es perfectamente suprimible en el diseño de un proceso está dada por el cambio de perspectiva que algún sector de la doctrina ha buscado instalar en el tema relativo a la segunda instancia. Desde hace algunos años se ha ido difundiendo una posición que postula dejar atrás la consideración de la segunda instancia como una de las garantías esenciales de los justiciables tal como lo venían sosteniendo, en Latinoamérica, autores tan destacados como Couture[156] y Vescovi[157]. El doble grado (o doble instan-

149 Cortéz Matcovich, G. (2006). *El recurso de nulidad: doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Ed. Lexis Nexis), pp. 39-40. "Esta concepción restrictiva y formalista del recurso de nulidad obedece a las más variadas justificaciones, debiendo reconocerse la creatividad que en este aspecto exhibe la jurisprudencia nacional, llegándose, en casos extremos, al establecimiento de causales de inadmisión no previstas por el legislador".

150 Cortéz Matcovich, G. (2006). pp. 40-41.

151 Cortéz Matcovich, G. (2006). pp. 42-45.

152 Cortéz Matcovich, G. (2006). pp. 51-52.

153 Cortéz Matcovich, G. (2006). p. 320.

154 Cortéz Matcovich, G. (2006). pp. 321-322. Señala este autor que es fácil constatar como la inmediación ha sido elevada a verdadero basamento del sistema: "Es propio del proceso oral, por imperativo del principio de inmediación, que sea el Tribunal ante el cual se realizó el juicio el que valore soberanamente la prueba y, por tanto, la credibilidad de los declarantes. El Tribunal superior, más allá de que comparta o no las conclusiones, no puede alterarlas, porque no presenció el juicio y su mirada es necesariamente mediata. Ese es el basamento del sistema reformado de procedimiento penal y a él ha de atenerse la Judicatura, lo mismo que los intervinientes, de manera que el presente recurso no puede prosperar".

155 Cortéz Matcovich, G. (2006). pp. 328 y ss.

156 Considera la segunda instancia una garantía para el justiciable. Couture, E. (2002). p. 141.

157 El doble examen del mérito es una garantía esencial para el justiciable en Latinoamérica. Véase: Véscovi, E. (1988), p. 99; Véscovi, E. (1981). "Los principios procesales en el proceso civil latinoamericano", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Nueva Serie, Año XIV, Nº40), p. 250.

cia) comienza a analizarse como un instrumento jurídico-técnico, lo que busca convertirlo en un criterio no necesario y prescindible[158].

Como ya lo apuntamos más arriba, la necesidad de mayor brevedad, simplicidad y economía en los juicios serían las ventajas que se suelen asociar a esta propuesta. Ahora bien, tal y como lo advierte bien Calderón Cuadrado[159], este nuevo enfoque que declara absolutamente prescindible a la segunda instancia ha tenido distinta suerte tratándose de los procesos civiles y los procesos penales. Mientras en éstos últimos la concepción de la segunda instancia como garantía vendría recuperando importante terreno en los últimos años, en los procesos civiles se ha reproducido más fácilmente la tesis de que existe plena libertad del legislador para configurar el proceso con o sin segunda instancia, dejando despejado el camino para instalar la única instancia en sede procesal civil.

La diferencia a la cual se alude se origina, no hay duda al respecto en la actualidad, en el papel que han cumplido los Tratados internacionales de derechos humanos constituyendo el perfil moderno del debido proceso[160], los que entraron a escena como parte del derecho interno, con jerarquía constitucional, en los países que los suscribieron y aprobaron[161]. Entre éstos cabe nombrar el PIDCP[162] y la CADH[163], y la CEDH[164] que recogen una serie de artículos de contenido procesal, reconociendo garantías que vienen a complementar y enriquecer las ya existentes en los textos constitucionales[165], entre ellas el derecho al recurso ante un Tribunal superior que figura en el art. 8.2, h) del Pacto de San José de Costa Rica y el derecho al doble examen de la causa en toda su extensión que se desprende del art. 14.5 del PIDCP. Así, sobre la base de algunos de estos cuerpos normativos, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos humanos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha ido for-

158 Calderón Cuadrado, M. Pía (2005). p. 44.

159 Calderón Cuadrado, M. Pía (2005). p. 44.

160 Véase: Gozaíni, O. (2004). "El debido proceso en la actualidad", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional (Proceso y Constitución)* (Ed. Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho procesal Constitucional, Nº2), pp. 57 y ss.

161 Véase al respecto: Nogueira Alcalá, H. (1997a). "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en *Revista Ius et Praxis*, (Año 3, Nº2), pp. 27 y ss.

162 Pacto internacional de Derechos civiles y políticos.

163 Convención Americana de Derechos humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica.

164 Convención Europea de Derechos humanos.

165 Destacadamente, véase: Nogueira Alcalá, H. (2007). *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano* (Santiago, Ed. Librotecnia), pp. 9-16; Nogueira Alcalá, H. (2008). *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (Santiago, Ed. Librotecnia, Tomo II), 736 pp.; Comoglio, L. (2002). "Garantías mínimas del proceso justo civil en los ordenamientos hispano-latinoamericanos", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* (Nº2) pp. 217 y ss.; Comoglio, L. (2008). "Garantías constitucionales y proceso justo (modelos comparados)", en *Revista Peruana de Derecho Procesal* (Ed. Communitas, Vol. XI), pp. 7 y ss.

zando cambios en la situación de países como España[166] llegándose a afirmar que *"parece claro que la travesía iniciada por la segunda instancia en este tipo de litigios no tiene, dadas las proclamaciones constitucionales e internacionales por todos conocidas, vuelta atrás"*[167]. Pues bien, lo propio ha ido logrando, por estos lados, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos[168].

Ocurre sin embargo que, como se dijo antes, tratándose de la reforma procesal penal, se suprimió el recurso de apelación contra la sentencia definitiva, instaurándose un recurso de nulidad que, según se argumentó en su momento, cumplía con la garantía constitucional de acceso al recurso que, se decía, no suponía necesariamente una revisión de los hechos y por tanto no requería que ese recurso tuviera que ser de apelación[169]. Sostener aquello al día de hoy parece bastante más complejo si se revisa la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos. En efecto, en el caso Herrera Ulloa (vs Costa Rica)[170], que marca un cambio en la intensidad y extensión que se reconoce a la garantía[171], la Corte primero nos recuerda que *"no basta con la existencia formal de los recursos sino que estos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos"*[172], y luego sentencia que *"independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida"*, lo que la llevó a dejar sin efecto en todos sus extremos, la sentencia emitida por el Tribunal penal del primer Circuito Judicial de San José, a declarar que los recursos de casación interpuestos en el caso *"no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el*

166 Véase: Calderón Cuadrado, M. Pía. (2008). "Quince años de decisiones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. España y el sometimiento de la sentencia penal condenatoria a un tribunal superior", en Arangüeña Fanego, C. y Sanz Morán, A. (cordinadores) *La reforma de la Justicia Penal: aspectos materiales y procesales* (Valladolid, Ed. Lex Nova), pp. 267-322; Comité de Derechos Humanos de la ONU, Dictamen de 20 de julio de 2000, caso Cesario Gómez Vásquez. Página Justicia Constitucional en Iberoamérica. Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III, España. Disponible en: http:// www.uc3m/inst/MGP/JCI/04-no-es-casación.htm

167 Calderón Cuadrado, M. Pía (2005). p. 45. Una opinión que sostiene que no existe una verdadera necesidad de generalizar la apelación (quizás conveniencia), siendo suficiente con la casación, en: Bonet Navarro, J. (2009). "Presunción de inocencia a favor del actual recurso de casación", en *Revista La Ley Penal* (Nº64), pp. 2 y ss.

168 Nogueira Alcalá, H. (2007).pp. 13-14.

169 Carocca Pérez, A. (2000). pp. 312 y ss.

170 Sentencia de 2 de julio de 2004. Aunque ya antes encontramos señales, aunque menos explícitas: Caso Castillo Petruzzi (vs Perú), con sentencia de 30 de mayo de 1999. Véase: Toro Justiniano, C. (2009). p. 117. En el caso Castillo Petruzzi resulta especialmente interesante leer el voto concurrente del juez Carlos De Roux Rengifo que sostiene contundentemente que en el caso se viola la garantía del art. 8.2 h) no porque los tribunales superiores fueran militares, sino porque éstos no revisaron verdaderamente la causa, ya que no actuaron reexaminando los hechos, ponderando el valor del acervo probatorio, recaudando las pruebas adicionales que fueran necesarias, recalificando jurídicamente los hechos de acuerdo al ordenamiento jurídico y fundamentando dicha calificación. Véase: González Castro, M. (2004). pp. 248 y ss.

171 Por mucho que se le haya intentado bajar el perfil y la importancia: Duce, M. y Riego, C. (2007). p. 509 y ss.

172 Toro Justiniano, C. (2009). p. 117.

tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior"[173], y ordenar al Estado de Costa Rica a *"adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el art. 8.2, h) de la Convención Americana de Derechos humanos, en relación con el art. 2 de la misma"*[174], con lo que se pone muy en sintonía con algunas decisiones emitidas por el Comité de Derechos humanos del PIDCP en contra de España[175].

En este caso resulta interesante leer el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez que descartando al recurso de revisión extraordinario como un mecanismo de impugnación que sea suficiente para cumplir las exigencias del art. 8.2 h), a la pregunta sobre qué exigencias cabe extraer de esta garantía para concretar los criterios de la máxima protección del individuo, asegurar el derecho a una sentencia formal y materialmente justa y ajustarse a los dictados del principio de inocencia, responde que el recurso *"debe ser uno que efectivamente permita al superior entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de éstas, las normas invocadas y la aplicación de ellas"*[176].

Es claro, aunque no agrade a quienes diseñaron el sistema recursivo del proceso penal reformado[177], la Corte Interamericana está considerando que el derecho al recurso ante el tribunal superior *"debe ser una reconsideración de tendencia general de las cuestiones de hecho y de derecho (meritum causae) y no solo una querella nullitatis"*, debiendo gozar de la amplitud antes apuntada, por tanto, resultando preceptivo que permita revisar los hechos y la valoración de las pruebas[178]. Las cuestiones de hecho "deben encontrarse en el marco de la vía impugnativa a los fines de dar satisfacción a la garantía"[179], lo que a la luz de lo que hemos sostenido respecto del recurso de nulidad penal lo deja en una situación, al menos, inconfortable, con no pocas dificultades para alcanzar el estándar impuesto: *"El recurso como garantía es la posibilidad de alzarse contra ambos errores en que puede incurrir la jurisdicción, en hechos y derecho"*[180]. Desde esta perspectiva aparecen pocas dudas de que un recurso ordinario debe ser la vía válida para dar satisfacción a la garantía del derecho al recurso[181], por lo que no obstante la Corte no se atreva a señalarlo esta garantía no podría sino interpretarse como la garantía de la doble instancia[182]. Es la simple constatación, si se quiere ver así, que *"el debido proceso tiene un contenido que evoluciona"*, incorporando nuevas dimensiones o ampliando los alcances que

173 Toro Justiniano, C. (2009). pp. 120-121.
174 Nogueira Alcalá, H. (2007).p. 108.
175 Calderón Cuadrado, M. Pía. (2008). pp. 267 y ss.; Nogueira Alcalá, H. (2007).p. 107.
176 Toro Justiniano, C. (2009). p. 121.
177 Duce, M. y Riego, C. (2007). pp. 510-514.
178 Nogueira Alcalá, H. (2007). p. 106.
179 González Castro, M. (2004). p. 233.
180 González Castro, M. (2004). p. 238.
181 González Castro, M. (2004). p. 239.
182 González Castro, M. (2004). pp. 253 y 285

tradicionalmente se asignaban a sus elementos[183], imponiendo que el examen de la sentencia de primera instancia sea *in facto et in iure.*

La pregunta que surge de inmediato es si esta garantía del derecho al recurso (con este estándar reforzado declarado por la Corte Interamericana en el fallo citado) es predicable respecto del proceso civil. A estas alturas del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana consideramos que la respuesta no puede ser sino afirmativa, lo que debe tener consecuencias en el diseño del sistema recursivo previsto en el Proyecto de nuevo CPC. En efecto, como se ha anotado entre nosotros, *"un proceso debe ser debido o justo independientemente de si lo que se discute ha sido definido como penal, laboral, familiar o comercial"*[184]. De este modo, tratándose de las exigencias contenidas en las cláusulas posteriores de los Tratados internacionales citados (por ejemplo, el art. 8.2 de la CADH), en dónde no se señala expresamente su aplicación a los procesos que recaen en la sustanciación de procesos penales o para la determinación de derechos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, también han sido comprendidas por la Jurisprudencia de estos Tribunales como garantías que deben existir en los procesos no penales, entre ellos los procesos civiles reforzando y enriqueciendo la idea de debido proceso en dicho fuero[185]. No cabe otra interpretación posible, así lo ha declarado explícitamente la propia Corte Interamericana[186]. Así se desprende, incluso, como algún autor ha demostrado, de un análisis literal de la norma[187].

La cuestión del juzgamiento en doble o única instancia era una cuestión de política legislativa (regla técnica de la actividad de sentenciar, como postula Alvarado Velloso)[188] que se traducía en un derecho fundamental de configura-

183 Duce, M., Marín, F. y Riego, C. (2008). p. 26.
184 Duce, M., Marín, F. y Riego, C. (2008). p. 30.
185 Duce, M., Marín, F. y Riego, C. (2008). p. 31.
186 Duce, M., Marín, F. y Riego, C. (2008). p. 33.
187 Véase al respecto: González Castro, M. (2004). 268 y ss. Explica González Castro que la problemática del numeral 2 del art. 8 de la CADH puede resolverse atendiendo incluso a la interpretación estrictamente literal del precepto. El numeral 1 consagraría garantías genéricas de estilo clásico, sin ingresar en un detalle pormenorizado de la implicación de cada una de ellas. Se opta por una enunciación de tipo clásica y genérica "para todo tipo de procesos". Tratándose del numeral 2, señala el autor que cuenta con dos oraciones bien determinadas y separadas por un punto. Este numeral comienza diciendo "toda persona inculpada de delito…", tras lo cual consagra explícitamente el estado de inocencia, el que se ha formulado siempre desde la óptica penalista. La segunda oración del numeral 2 prescribe que "durante el proceso toda persona…", desapareciendo la expresión "inculpada de delito", reforzando que goza de estas garantías mínimas "toda persona". Además, agrega, si estas garantías mínimas que se recogen en la segunda parte del numeral 2 fueran aplicables sólo a los procesos penales, no tendría razón de ser el haber distinguido en la misma norma tres numerales más que consagran principios propiamente penales como las signadas con el número 3 y 4. Por lo tanto, "de la misma textualidad del numeral 2 del art. 8 de la Convención, surge que estas garantías conforman un plexo de reglas que son de aplicación a todo proceso, sin importar la materia que en él se debata".
188 Alvarado Velloso, A. (2005). *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio* (Valencia, Ed. Tirant lo Blanch), pp. 288-289.

ción legal[189] hasta que la garantía del derecho al recurso (con el contendido y la extensión que ya se ha anotado) ha sido reconocida con rango constitucional gracias a la incorporación de los Tratados internacionales sobre derechos humanos en el derecho interno[190]. Una reforma que no cumpla con la garantía acá descrita y el estándar impuesto para ella no sería a nuestro juicio constitucionalmente admisible y desde luego que atentaría contra el principio *favor libertatis* que, como se sabe, otorga fuerza expansiva a los derechos[191]. Con todo lo dicho, prescindir del encuadre constitucional parecería muy poco razonable, lindante con la obstinación técnico-dogmática. En otras palabras, la garantía procesal del derecho al recurso no se puede cumplir con cualquier fórmula convencional[192], ha de producirse según el mandato constitucional complementado, según se ha evidenciado, por lo dispuesto en los Tratados internacionales.

IV. LA NO TAN "IMPOSIBLE" CONVIVENCIA ENTRE LA ORALIDAD, EL RECURSO DE APELACIÓN Y LA DOBLE INSTANCIA. DE LO TEÓRICAMENTE "INCOMPATIBLE" A LO PRÁCTICAMENTE RACIONAL, POSIBLE Y ÚTIL.

a) La oralidad, los mayores poderes oficiosos del juez y la garantía de revisión

La oralidad viene siendo considerada por algún sector de la doctrina como producto de la corriente publicista del proceso civil[193], propugnadora de un aumento de los poderes del juez como parte de la solución de los problemas que aquejan a este proceso[194]. La revisión del Proyecto de nuevo CPC en esta perspectiva muestra que sus redactores no han resistido la tentación de tomar una opción hacia el aumento de los poderes oficiosos del juez civil[195].

189 De la Oliva Santos, A. (1997). p. 973.

190 En este sentido se ha dicho que la opción la haya efectuado el constituyente no cambia el carácter de regla, pero sí impide al legislador procesal desconocer la opción efectuada por el constituyente. González Castro, M. (2004). p. 289.

191 Según esta fórmula, en caso de duda, debe optarse por la interpretación que mejor proteja asegurando y garantizando los derechos humanos en su conjunto. Véase: Nogueira Alcalá, H. (1997b). *Dogmática constitucional* (Talca, Ed. Universidad de Talca), p. 146.

192 Lorca Navarrete, A. (2008). "La garantía procesal del derecho al recurso", en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* (Vol. 20, Nº3), p. 598.

193 Denunciando este fenómeno, véase: Palomo Vélez, D. (2009). p. 653.

194 Una interesante revisión de este tema en: Etxeberría Guridi, J. (2003). *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC* (Valencia, Ed. Tirant lo Blanch), 413 pp.; Montero Aroca, J. (2001). *Los principios políticos de la nueva LEC: Los poderes del juez y la oralidad* (Valencia, Ed. Tirant lo Blanch), 190 pp.

195 Palomo Vélez, D. (2009). p. 654.

Esta constatación constituye, a nuestro juicio, otra razón (de no poca importancia) por la cual aparece como escasamente razonable prescindir de la amplitud de control que permite un recurso ordinario como la apelación para embarcarse en una aventura mucho más acotada y limitada en dónde, ya lo vimos, los perjudicados son los justiciables que buscan la revisión más integral de la decisión recurrida. Es que si a la instalación de un juez con amplios poderes de dirección no sólo formales sino también materiales se le suma la supresión de la segunda instancia, contemplándose sólo un recurso extraordinario de nulidad (cuya suerte en la práctica ya podemos imaginar de acuerdo a lo acontecido en materia penal), el escenario para las partes empeora sacrificando garantías y principios fundamentales (como el resguardo de la imparcialidad judicial) concretando aquello que debe evitarse: una *reformatio in peius*.

b) El nuevo juicio y la grabación audiovisual como un soporte que permite compatibilizar oralidad y segundo grado: la oralidad e inmediación secundaria

En tono dogmatizador empleado por algunos para abordar el tema objeto de este trabajo podría arrojar frutos sólo si no se lograra entender por nuestro legislador lo que está en juego detrás de las alternativas que la doctrina pone a su disposición: la garantía del derecho al recurso. Podría fructificar si con ignorancia supina cometiera el error de confundir cuestiones que, según hemos explicado, son claramente diversas: los principios procesales y las reglas, mezclando, como se diría popularmente, peras con manzanas. Sólo así, se entendería que el legislador terminara contemplando un sistema recursivo restringido, con el sólo afán de proteger la oralidad y la inmediación propias del modelo oral que se quiere recoger.

Si en cambio, se comprende la garantía que está en juego y se distinguen correctamente los elementos que son disponibles de los que no lo son, el escenario se despeja notablemente permitiendo al legislador realizar un trabajo de mejor calidad. En efecto, tratándose de salvar la eventual incompatibilidad existente entre el modelo oral con inmediación judicial y la sobrevivencia de la segunda instancia, junto con tener presente las prevenciones efectuadas a lo largo de estas líneas, especialmente las que dicen relación con la invitación a no idealizar la inmediación y aquéllas con las que destacamos la mayor importancia de la prueba documental en materia civil, cabe tener presente que durante todos los años de vigencia del actual CPC (más de un siglo) nadie ha objetado la existencia de una segunda instancia desde la perspectiva de un eventual daño a la inmediación judicial y bien se sabe que las Cortes deciden de acuerdo a las actas y materiales recogidos en el expediente.

Puestas las cosas en su lugar y en su justa dimensión, debemos avanzar para señalar que la convivencia entre la oralidad y la segunda instancia es perfectamente posible (posible y necesaria, se puntualiza)[196], tal vez no con la pureza técnica que postulan algunos, pero sí bajo un esquema posible en una reforma que nace en el siglo XXI. Nos referimos a la (denominada) oralidad e inmediación secundarias, esto es, a las posibilidades que brinda la tecnología de cara al mejor funcionamiento y eficacia del proceso[197], concretamente a la posibilidad de que a través de filmaciones (grabaciones) por medios audiovisuales[198] se atenúen los problemas que se apuntan en la relación entre la doble instancia y un modelo procesal oral. Nótese que abogamos por la documentación *audiovisual* de lo acontecido en la o las audiencias de prueba, puesto que consideramos que así se permite a los miembros del tribunal superior no sólo oír lo acontecido, sino que también observarlo[199].

Es cierto que a través de estas grabaciones no se lograría situar al tribunal *ad quem* en idéntica posición a la que tuvo el tribunal *a quo* cuando dictó sentencia; "el tribunal de apelación necesariamente se encontrará en situación diversa a la disfrutada por el órgano *a quo*"[200]. Difícilmente podrá realizar respecto de las pruebas personales un juicio de credibilidad similar al efectuado por el inferior y llegar a las mismas percepciones y apreciaciones de quien reconoció el objeto o persona, ya que no ha visto ni oído todo lo que pudo percibir el juez del tribunal inferior a través de sus sentidos[201]. Pero esta crítica junto con llevar la inmediación a un absoluto cercano a la idealización (a ello ya nos referimos críticamente), no sopesar adecuadamente los elementos involucrados, desconocer que el tribunal superior siempre se verá afectado por "la mayor lejanía cronológica, espacial y psicológica del hecho"[202] (es una realidad compartida por todos los medios de impugnación), no destaca el inmenso salto cualitativo que representa esta situación respecto del sistema enteramente escrito que hasta hoy nos rige[203]. En efecto, como se ha destacado, los miembros del tribunal superior pueden de este modo revisar las de-

196 Andrés Ibáñez, P. (2003). p. 64.

197 Amrani-Mekki, S. (2008). "El impacto de las nuevas tecnologías sobre la forma del proceso civil", en Carpi, F. y Ortells, M. (editores) *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente* (Valencia, Universidad de Valencia, Tomo I), pp. 96 y 107 y ss.

198 Véase al respecto: Gómez Martínez, C. (2003), "La grabación del sonido y de la imagen en los juicios civiles: del juez lector al juez espectador" en *Revista Jueces para la Democracia* (Nº48), pp. 81-87.

199 Peyrano, J. (2008). "La prueba entre la oralidad y la escritura", en Carpi, F. y Ortells, M. (editores) *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente* (Valencia, Universidad de Valencia, Tomo I), p. 168.

200 Calderón Cuadrado, M. Pía. (2004). p. 835.

201 Calderón Cuadrado, M. Pía. (2004). p. 835.

202 Aranguëña Fanego, C. (1994). p. 56.

203 Se ha dicho que los modernos medios técnicos de reproducción desvanecen muchos de los inconvenientes de la oralidad, pero no todos, puesto que escuchar y volver a escuchar, cómo ver y volver a ver, además de ser contrario a hábitos sumamente arraigados, no es lo mismo que estudiar textos escritos: De la Oliva Santos, A. et al. (2004). p. 78.

claraciones de las partes, testigos y peritos, y contrastarlas con la motivación fáctica[204]. En el mismo sentido y con el propósito de mantener el debate en un carril razonable, se ha dicho: *"resulta indudable que el contacto directo con las partes y las pruebas personales producen una serie de inconscientes sensaciones, pero entiendo que éstas, como las que se inducen de la valoración conjunta de la prueba, las reglas de la experiencia y todo aquello que nos permite crear nuestro convencimiento sobre cómo han sucedido unos hechos, deben quedar perfectamente reflejados en la valoración que de la prueba se haga en la sentencia. De esa forma se permite que en apelación se haga un juicio crítico sobre la misma que junto con el visionado de las pruebas permita discrepar o no de aquella valoración mediante unas explicaciones concretas al caso, fundamentadas y ajustadas perfectamente a una racionalidad que se entiende inherente tanto al juzgado de instancia como al de apelación"*[205].

Aún así, se debe admitir, no será lo mismo ni pretendemos probar lo contrario. Sin embargo, se ha señalado que es necesario eliminar una *falacia* (para evitar buscar un imposible), cual es, que el juicio de primera instancia sería realmente repetible por el procedimiento de reiterar la totalidad de las actuaciones ante el tribunal superior. Como bien se explica, tales vicisitudes son irrepetibles en las condiciones en que se dieron, por el efecto condicionante que la primera experiencia procesal tendría en las representaciones y actitudes de los partícipes, incluso en el mismo juzgador que *"nunca lo sería ya de primera instancia"*. De este modo, asumido esto, *"el dato base que hay que tomar en consideración no es que el juez o tribunal de segunda instancia vaya a carecer de contacto directo con las fuentes personales de prueba"*, sino que este contacto, *"en condiciones de cierta genuinidad"*, sólo está disponible y al alcance de un primer juzgador, cuya decisión no puede quedar blindada, por esta sola circunstancia, a un control jurisdiccional[206] que, desde luego, satisfaga las exigencias que ya hemos podido revisar.

Con todo, es una situación que sería muy superior a la actual como bien lo reconoce la doctrina[207]. Que se trate de una oralidad y una inmediación *"secundarias"* será, en cualquier caso, *"el precio que se debe pagar por el valor de*

204 Picó i Junoy, J. (2009). p. 686.

205 Pérez Asenjo, A. (2008). p. 155.

206 Andrés Ibáñez, P. (2003). p. 64.

207 "La reproducción de la imagen y el sonido de lo ocurrido en el curso de la audiencia de prueba posibilita una inmediación sensorial (el juez observa y escucha, lo sucedido) que puede ser no presencial (el juez no estaba físicamente presente mientras se actuaba la prueba). Dicho tipo de inmediación (la sensorial, no presencial) conserva la mayoría de los atributos de la inmediación física". "La reproducción audiovisual filmada posibilita al tribunal de apelación revisar la sesión probatoria, zanjando buena parte de los óbices puestos en miras a impedir que la instancia revisora se interne en la valoración de los hechos de la litis". Peyrano, J. (2008). pp. 165 y 169. Véase también: Martín Brañas, C. (2008) "La oralidad y la segunda instancia civil", en Carpi, F. y Ortells, M. (editores) *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente* (Valencia, Universidad de Valencia, Tomo I), pp. 468-469.

la doble instancia, si queremos salvar la esencial función garantista"[208] que reconocemos en ella.

c) A la hora de conciliar la oralidad y el doble grado, un eventual problema: que se termine desvirtuando la segunda instancia por la imposición de limitaciones

Aunque de lo dicho hasta este punto pueda desprenderse una asimilación entre el derecho al recurso como garantía procesal asegurada por la Constitución y tratados internacionales y el derecho al recurso de apelación, insistimos en algo que apuntamos un poco más atrás: *no se trata de un tema de nombre*s. El recurso puede denominarse recurso de nulidad y dar muchas posibilidades de revisión, y viceversa, el recurso puede llevar el nombre de apelación y resultar muy restrictivo. No es suficiente revisar la cuestión de los nombres, sino que se debe revisar su funcionamiento real como también el contenido que el legislador ha previsto para el recurso[209].

Este es uno de los problemas que, como consecuencia del estado de confusión existente en la materia, puede presentarse en los sistemas que, reformados, apuestan por la introducción de la oralidad y la inmediación como reglas definidoras del nuevo proceder. Puede comenzar a reproducirse, como ha acontecido en España, una doctrina jurisprudencial según la cual la valoración de las pruebas corresponde al juez de la instancia ya que por su posición de inmediación y percepción directa de las pruebas se encuentra en una situación más favorable para efectuar esta función, en la que pasa a ser difícilmente sustituible por quién no las presenció, especialmente cuando se trata de las denominadas pruebas personales como lo es la testimonial[210]. En esa lógica, la revisión efectuada en sede de apelación se deberá limitar, se agrega, a examinar la regularidad y validez procesal en la producción de las pruebas, y en cuanto a su valoración, sólo a verificar si las conclusiones que el juez ha obtenido resultan congruentes con sus resultados, y se ajustan a los criterios generales del razonamiento lógico, según las reglas de experiencia comúnmente admitidas[211], esto es, se instala la doctrina mediante la cual salvo que la valoración del juez de primera instancia sea ilógica, irracional, absurda u opuesta a las reglas de la sana crítica, ella se respeta y no se puede variar. Bajo pretexto de proteger la inmediación se termina desnaturalizando el re-

208 Ferrajoli, L. (1996/B). "Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia", en *Revista Nueva Doctrina Penal* (Ed. Del Puerto), p. 448.

209 Un poco más adelante damos cuenta de la situación, reformada, del recurso de apelación en Alemania. Nos parece un buen ejemplo de lo que estamos advirtiendo: no basta revisar la cuestión nominativa, sino que se debe revisar también el contenido que el legislador ha previsto para el recurso. Si el legislador termina restringiendo más allá de lo razonable la amplitud propia del recurso de apelación, éste pasa a adquirir otra naturaleza, en perjuicio, claro está, del respeto a la garantía procesal involucrada.

210 Véase: Calderón Cuadrado, M. Pía. (2004). pp. 839-840.

211 Calderón Cuadrado, M. Pía. (2004). p. 840.

curso de apelación, que por su carácter y naturaleza no tiene esta limitación, relegando la posibilidad de una apelación *verdaderamente revisora de lo efectuado por el juez a quo*[212] que cumpla los estándares del derecho al recurso.

Se trata de una autolimitación de lo controlable, a nuestro juicio, que no es razonable, que se opone al carácter y naturaleza ordinaria, plena y amplia del recurso de apelación, lo termina transformando en un recurso extraordinario[213], siendo incluso factible plantear alguna duda si la verdadera razón de esta doctrina radica en el respeto que se declara hacia el modelo oral, o bien se trata de una justificación más sencilla como lo puede ser el hecho de que los tribunales superiores se consideren sobrepasados por el trabajo. Respecto a esta cuestión no cabe otra respuesta que entender que los tribunales superiores no deben limitarse a corregir errores manifiestos o groseros de los tribunales inferiores, sino que en la búsqueda de la solución más acertada y justa para el justiciable, debe valorar de nuevo la prueba, sin estar vinculado a lo razonado y valorado por el juez inferior, ya que la revisión abarca todo el material fáctico y jurídico[214]. Una contribución para lograr conciliar la oralidad y el doble grado en dónde se pueda cumplir plenamente la función revisora deben ser las grabaciones audiovisuales a las cuales nos referimos antes. De ese modo, se debe lograr un *adecuado equilibrio*[215] de los intereses en juego, privilegiando, como no podía ser de otro modo, la garantía por sobre la regla.

d) Un vistazo a las opciones adoptadas en la Justicia de familia y en la Justicia del Trabajo

Tratándose de las reformas procesales que siguieron a la efectuada a la Justicia criminal, la opción por la oralidad, la inmediación judicial y la concentración permanecen como inspiración del legislador, aunque una diferencia importante es que no se contempla ya un tribunal colegiado para la decisión del juicio oral. Pues bien, en lo que dice relación con el abordaje del tema de los recursos, la solución es distinta tanto en la reforma a la Justicia de familia como en la realizada a la Justicia del trabajo.

En efecto, en el caso de la reforma a la Justicia de familia (Ley Nº19.968, de 2004), la apuesta por la oralidad (art. 10), la concentración (art. 11) e inmediación (art. 12) es bien conocida, y ella no impidió que el legislador consagrara

212 Pérez Asenjo, A. (2008). p. 148.
213 Picó i Junoy, J. (2009). p. 692.
214 Pérez Asenjo, A. (2008). p. 157. "… respecto de la revisión del material fáctico entiendo que se produce una desnaturalización del derecho al recurso, como segunda instancia de revisión íntegra del primer fallo, si negamos el control fáctico de lo discutido, esto es, si impedimos la nueva valoración del resultado probatorio".
215 Picó i Junoy, J. (2009). p. 691.

como apelables las sentencias definitivas de primera instancia (art. 67.2)[216]. En cambio, en la Ley Nº20.087, de 2006 (entre otros cuerpos legales: Leyes 20.022, 20.023, 20.252 y 20.260), a través de la cual se reformó la Justicia laboral también en el sentido de introducir la oralidad y sus reglas tradicionalmente asociadas[217], la situación fue resuelta de un modo distinto, y tras el invento fallido de la *"apelación laboral"*[218] se terminó eliminando el recurso de apelación contra el fallo de primer grado poniendo en su lugar un recurso extraordinario de nulidad (arts. 477 a 482) muy en sintonía con el previsto en el proceso penal, contemplándose dos clases de causales – general y específicas – que facultan, en cuanto a los hechos, fundarlo en la infracción manifiesta en la sentencia de las normas que rigen la valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica (art. 478, b). Damos por reproducidas en este punto nuestra posición respecto de la limitación que representa la opción legislativa por un modelo de única instancia y por un recurso de derecho estricto, más si se atiende a la experiencia acumulada en la jurisprudencia procesal penal.

e) Derecho comparado: España, Uruguay (Código Modelo), Perú y Alemania

Habiendo defendido desde distintos frentes no sólo la conveniencia, sino que la necesidad de contemplar un recurso suficientemente amplio que permita la plena revisión de lo resuelto por el tribunal de primer instancia, queda por tomar nota sobre qué camino han seguido los legisladores de países que normalmente nos sirven de referentes en materia de reforma o bien en países de nuestro entorno que ya cuentan con una legislación procesal que ha dejado atrás el modelo desesperantemente escrito. En esta perspectiva, a fin de verificar cuál es la situación en el derecho comparado, hemos tenido a la vista los siguientes países: España, Uruguay, Perú y Alemania.

Si la mirada la ponemos en España, conocida entre nosotros es su razonable (y no maniquea) apuesta hacia la oralidad en la Justicia civil materializada a través de la LEC 1/2000[219]. La pregunta cuya respuesta ahora debe interesar

216 En contra de esta decisión, señalando que se trata de un mecanismo de recursos incoherente con el modelo procesal oral instaurado, véase: Meneses Pacheco, (2009a). pp. 21-24.

217 Véase: Orellana Torres, F. (2008). *Comentario al nuevo proceso laboral*, 2da edición actualizada (Santiago, Ed. Librotecnia), p. 11; Walter Díaz, R., Lanata Fuenzalida, G. (2008). *Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno*, 4ta edición actualizada (Santiago, Ed. Legal Publishing), pp. 87 y ss.

218 Fue la ley 20.260 la que rectificó la decisión inicial de contemplar en el nuevo proceso un recurso de apelación "laboral" que de apelación, la verdad sea dicha, tenía sólo su nombre. Sólo podía tener por objeto revisar la sentencia de primer grado cuando ésta haya sido dictada con infracción de normas; revisar los hechos declarados como probados por el tribunal de primera instancia cuando se advierta que en su determinación se han infringido, en forma manifiesta, las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica; y alterar la calificación jurídica de los hechos, sin modificar las conclusiones fácticas del tribunal inferior. Véase: Walter Díaz, R., Lanata Fuenzalida, G. (2008). p. 230.

219 Palomo Vélez, D. (2008). 689 pp.; De la Oliva Santos, A. (2009). pp. 63 y ss.
Véase: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l1-2000.html

es si esta decisión de introducir mayores grados de oralidad al fuero civil significó prescindir de la segunda instancia y desechar el recurso de apelación contra las sentencias dictadas por el tribunal de primer grado. La respuesta es claramente negativa, sin perjuicio de los problemas de funcionamiento apuntados antes respecto de los cuales la mejor doctrina ya ha instado por su superación a fin de permitir a la apelación servir de instrumento de revisión integral de lo resuelto en la primera instancia.

En el caso de Uruguay, el Código General del Proceso, que entra en vigencia en 1989, bajo la inspiración de las reglas de oralidad, inmediación, concentración, consagrado al juez como director del proceso, tampoco prescinde de la apelación y la segunda instancia (art. 344). Se asegura la doble instancia[220], existiendo Tribunales de Apelaciones en lo civil. Pero la experiencia reformadora uruguaya, siendo exitosa, no interesa tanto en sí misma, sino porque ha constituido una instancia que ha permitido constatar más allá del papel la posibilidad de llevar a la realidad lo dispuesto en el Código Modelo, referente en los procesos de reforma de la Región. Siendo el uruguayo el modelo recogido en el Código Modelo de 1988[221] casi sobra señalar que allí también se consagra la doble instancia como eje del sistema recursivo[222], ello no obstante que, como se sabe, este referente también ve en la oralidad y el proceso por audiencias un sistema que debe expandirse entre los países de la Región[223].

El CPC peruano, de 1993, que también optó por introducir la oralidad en el proceso civil, recogiendo sus reglas conexas de inmediación y concentración, otorgando al juez importantes poderes de dirección, tampoco desecha la garantía del doble grado. Al contrario, el art. X del citado Código recoge el principio de doble instancia, desarrollando a partir del art. 364 su regulación.

Finalmente, tratándose del caso alemán, dónde también se recoge el modelo de proceso civil por audiencias[224] y el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia, debe anotarse que se han producido novedades relevantes en el sistema de recursos previsto en la *Zivil-*

220 Véase: Pereira Campos, S. *El proceso civil ordinario por audiencias (…).* Op. Cit., pp. 40, 54, 64, 128 y 129; Pereira Campos, S. (2006). pp. 748 y ss.
Véase: http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0957.pdf

221 Pereira Campos, S. (2008). p. 30.

222 Véase: (1994). "Iberoamericano de Derecho Procesal", *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica* (Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios) pp. 142-147; (1989). *Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica* (Instituto Chileno de Derecho Procesal, Valparaíso, Edeval), pp. 63-68.
También en: http://cejamericas.org/doc/documentos/CodigoProcesalCivilparaIberoamerica.pdfInstituto.

223 Palomo Vélez, D. (2009). p. 634.

224 Pérez-Ragone, A., Palomo Vélez, D. (2009). "Oralidad y prueba: Comparación y análisis crítico de las experiencias reformadoras del proceso civil en Alemania y España", en *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad católica de Valparaíso, Vol. XXXII), pp. 366 y ss.

prozessordnung (ZPO) materializadas en una Ley de reforma del 2002[225]. Para comprender los cambios introducidos a través de esta reforma, debe tenerse presente que desde hace años el objetivo principal de los alemanes está en la simplificación y aceleración del proceso (además de alivianar la carga de trabajo a los tribunales) que, por la amplitud e intensidad que ha caracterizado a las últimas modificaciones, no ha tenido una pacífica aceptación en jueces ni abogados[226], debido al retroceso de garantías procesales que ha implicado[227]. Concentrando esta breve revisión sólo a lo que dice relación con la reforma introducida a la regulación del recurso de apelación hay que señalar que lo que se pretendió con la reforma fue un cambio en el modelo que reemplazara el sistema tradicional (de apelación plena)[228] para dar paso a un sistema de apelación limitada[229][230]. Todavía más, la finalidad de la reforma *"es que la apelación deje de ser una segunda instancia con respecto a los hechos, y pase a convertirse, limitando sus objetivos, a controlar la legalidad de la sentencia recaída en la primera instancia"*[231]. Se ha buscado *"filtrar"* al máximo la posibilidad de un examen de los hechos en el tribunal de alzada[232]. Así queda demostrado del parágrafo 529.1, I, de la ZPO, en dónde se establece que el tribunal de apelación está ligado fundamentalmente a los hechos fijados por el órgano jurisdiccional que conoció en la primera instancia, punto a partir del cual se intenta conseguir mayor eficacia en la tramitación de la *"segunda instancia"*[233]. La cuestión que ya representa problemas de acuerdo a lo que hemos venido sosteniendo a lo largo de este trabajo (desde la perspectiva del contenido y extensión del derecho al recurso), empeora si se tiene presente que entre las reformas introducidas para maximizar la utilidad de los recursos de la Administración de Justicia figura aquélla que procura que no sólo en la primera instancia, sino también en la segunda, incluso tratándose de asuntos en principio atribuidos a un tri-

225 Esparza Leibar, I. (2007). *La instancia de apelación civil. Estudio comparativo entre España y Alemania (dos modelos para el siglo XXI)* (Valencia, Ed. Tirant lo Blanch), p. 17.

226 Esparza Leibar, I. (2007). p. 17; García-Rostán Calvín, G. (2001). "Acerca de la ley de reforma de la ordenanza procesal civil alemana de 27 de julio de 2001", en *Revista tribunales de Justicia* (Nº4), p. 21.

227 Como lo ha anotado la doctrina, entre los impulsores de estas reformas que buscan la racionalización, racionamiento y limitación de garantías, la cuestión constitucional del debido proceso en general y del derecho al recurso en particular parece ser irrelevante: Esparza Leibar, I. (2007). p. 25. Las voces críticas a la Ley de Reforma han provenido también desde el sector que se mostraba proclive a un cambio restrictivo en materia recursiva. En efecto, se señala que una reforma de carácter restrictivo en sede recursiva exigía un reforzamiento correlativo (más debate, y más esfuerzo en alcanzar una justicia de calidad) de la primera instancia: Esparza Leibar, I. (2007). p. 31.

228 Véase: Eiranova Encinas, E., Lourido Míguez, M. (2001). *Código Procesal Civil Alemán* (Madrid, Ed. Marcial Pons), pp. 127 y ss.

229 Esparza Leibar, I. (2007). pp. 19 y 59.

230 Véase: Pérez-Ragone, A. y Ortiz Pradillo, J. (2006). *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)* (Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica), pp. 282 y ss.

231 Esparza Leibar, I. (2007). p. 29.

232 Pérez-Ragone, A. (2005). "El nuevo proceso civil alemán: principios y modificaciones al sistema recursivo", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Nº7), p. 282.

233 Esparza Leibar, I. (2007). p. 61.

bunal colegiado, puedan ser resueltos por un juez unipersonal (uno de los miembros de la sala en cuestión), con lo que queda perfectamente claro que los ahorros obtenidos lo son en sacrificio de uno de los elementos que ofrecía mayores garantías de acierto y calidad en la decisión[234].

V) LA PROPUESTA DEL PROYECTO.

a) Oralidad, inmediación y sistema recursivo adoptado en el Proyecto. Toma de posición aún pendiente.

El Proyecto de CPC opta, bastante razonablemente (salvo algunas excepciones a las cuales nos hemos referido en otros trabajos) por el modelo procesal civil por audiencias y busca introducir a la Justicia civil, sin excesos ni desbordes puramente dogmáticos, las ventajas que se asocian a la oralidad y sus reglas conexas[235]. Como ya se apuntó al inicio de estas líneas, en lo que se refiere al Proyecto propiamente tal, esta opción hacia la oralidad se refleja no sólo en el Mensaje (Nº398-357), sino que también en el hecho de que se recojan expresamente los "principios" de oralidad (art. 7) y sus "principios consecuencia" – inmediación (art. 8) y concentración (art. 9) – y que en la propia regulación de los procedimientos declarativos (ordinario y sumario) quede reflejada la técnica del modelo por audiencias (art. 64, 65, 252 y ss., 258 y ss.).

En cuanto al tema de la sobrevivencia o no de la segunda instancia, la lectura del articulado propuesto permite constatar que se considera un recurso de apelación en contra de la sentencia del tribunal de primer grado que abre paso a una segunda instancia en dónde la revisión del tribunal de alzada alcanza los hechos y el derecho. Con todo, la regulación propuesta presenta particularidades, seguramente producto del debate generado en torno a esta cuestión.

El art. 334 dispone que *"el recurso de apelación tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo, que enmiende o revoque conforme a derecho la resolución del inferior, total o parcialmente, con base precisa en los fundamentos de las pretensiones formuladas ante el tribunal inferior"*. Hasta aquí nos encontramos con la típica descripción del recurso ordinario de apelación que, en la configuración que se propone sería limitada (art. 348) ya que se establece que en segunda instancia no se admitirá prueba alguna, con la sola excepción de la documental en determinadas hipótesis[236]. Con todo, acto seguido, el mismo artículo

234 García-Rostán Calvín, G. (2001).p. 22.

235 Palomo Vélez, D. (2009). pp. 621 y ss.

236 Esta prueba se podrá aceptar, se precisa, siempre que en concepto del tribunal de alzada resulte verosímil el hecho que la parte que la presenta no haya tenido conocimiento de ella con anterioridad o no haya podido presentarla en la oportunidad legal correspondiente (art. 348).

agrega que *"podrá alegarse además, o bien exclusivamente, la infracción a normas o garantías procesales cometidas en la primera instancia, para obtener la invalidación del juicio oral y de la resolución respectiva, o solamente de ésta, y ello por las causales específicamente señaladas…"*. Se emplea acá una redacción que alude no ya al recurso ordinario de apelación, sino que al recurso extraordinario de nulidad previsto, como se revisó, para el proceso penal y laboral reformados. A las señaladas causales específicas se refiere el art. 336 del Proyecto que en importante medida reproducen la nómina prevista en el art. 374 del CPP.

Si se relaciona esta extraña consagración del recurso de apelación en el Proyecto con la supresión de los recursos de casación (de forma y fondo) para dar lugar a un recurso extraordinario (arts. 353 y ss) que tiene por objeto que la Corte Suprema unifique la jurisprudencia con ocasión de una sentencia notoriamente injusta para el recurrente, puede concluirse que de lo que se trata realmente es que se ha preferido dejar al legislador una decisión que no se ha podido adoptar por quienes han redactado el Proyecto, esto es, la mantención de la doble instancia en el proceso civil o, derechamente, su reemplazo por un recurso extraordinario de nulidad, con todas las consecuencias que ello apareja[237]. De otra forma no se entiende que pueden hacer normas propias del recurso extraordinario de nulidad en la regulación propuesta para el recurso ordinario por excelencia: el recurso de apelación.

Con todo, el Proyecto acierta cuando dispone que de todo lo actuado en una audiencia se registrará *en imagen y sonido* en un formato reproducible (art. 83), puesto que, como ya hemos visto, con la utilización de este recurso tecnológico se salvarían la mayor parte de las objeciones que se plantean a la convivencia de un modelo procesal oral y la segunda instancia.

b) La importancia de una adecuada consagración del mecanismo de ejecución provisional para evitar los problemas asociados a la mala utilización del recurso de apelación

El reconocimiento de la garantía del derecho al recurso en los términos que se han explicado en este trabajo no se oponen a una medida que ya en otros sitios se ha destacado como conveniente y hasta necesaria cuando estamos frente a la implantación de un modelo procesal oral, cual es el potenciamiento del enjuiciamiento realizado en primera instancia (o revalorización de la eficacia de las sentencias dictadas en primera instancia) por la vía de contemplar el mecanismo de la ejecución provisional de las sentencias[238].

237 Trátase de una indefinición que se arrastra desde el Anteproyecto (arts. 345 y ss. y 363 y ss.), en dónde, a lo menos, figuraban separados. Véase: Universidad de Chile, "El Anteproyecto de CPC". Revista de Derecho Procesal, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Nº21, 2008, pp. 102 y ss.

238 Véase: ***Palomo Vélez, D***. y ***Hinojosa Segovia***, R. (2006). "La apuesta de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española por la revalorización de la importancia del enjuiciamiento de primer grado:

Para que la Justicia civil sea eficaz, y no se prolongue en el tiempo la respuesta a la tutela judicial solicitada, es necesario contemplar ciertos institutos, como el de la ejecución provisional. El caso español muestra bien como puede compatibilizarse un sistema que garantiza adecuadamente el derecho al recurso con la recepción de la ejecución provisional. En efecto, la regulación de la ejecución provisional en la LEC española ha supuesto una confianza razonable en la Justicia de Primera instancia, generalizando la ejecutabilidad inmediata de las sentencias, salvo las excepciones legales, sin esperar a que alcancen firmeza, con lo cual se logra acortar el horizonte temporal para que el justiciable reciba una respuesta eficaz a sus demandas de tutela[239].

La adecuada regulación de este mecanismo en el nuevo CPC puede ser una oportunidad para, sin prescindir de la garantía del derecho al recurso, se busque (como reza la exposición de Motivos de la LEC española) que los jueces dicten sentencias en principio inmediatamente efectivas y no sentencias en principio platónicas, en principio inefectivas. Las sentencias de primera instancia podrían, en este esquema, dejar de ser sólo un paso inicial carente de eficacia práctica[240], abriéndose mayores oportunidades para dar acogida a una tutela que siendo garantista, también sea provista de posibilidades de ser lo más eficaz posible. Desde luego que ninguna imposición constitucional existe al respecto y se trata sólo de una opción de política legislativa, pero bien vale la pena a nuestro juicio aprovechar la reforma procesal civil para incrementar la eficacia de la *instancia originaria*[241] que desde la perspectiva del modelo y estructura de trabajo que se propone aparece fortalecida, especialmente atractiva como fórmula para evitar la maniobra puramente dilatoria consistente en apelar sistemáticamente las sentencias para diferir una condena casi segura y para especular con la debilidad económica del adversario y de este modo arrancarle una transacción ventajosa[242]. Lamentablemente en este punto, como la ha destacado la doctrina, el Proyecto es inconsistente y confuso[243].

La nueva regulación de la ejecución provisional de las sentencias", en *Revista Ius et Praxis* (Año 12, Nº2), pp. 123-162; ***Meneses Pacheco***, C. (2009b). "La ejecución provisional en el proceso civil chileno", en *Revista Chilena de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Chile, Nº1), pp. 21-50.

239 En todo caso el ejecutado debe poder oponerse a la ejecución provisional con base en la infracción de los presupuestos o requisitos procesales previstos legalmente. Nos inclinamos por la opción que el legislador español ha adoptado respecto de la ejecución provisional pero permitiendo, en los casos de oposición, que el juez tenga ciertas facultades moderadoras, cuando resuelve sobre la oposición del ejecutado, para evitar posibles perjuicios irreparables para ese ejecutado en caso de revocación de la sentencia y no fuera posible la reversión a la situación originaria.

240 Palomo Vélez, D. (2008). p. 575.

241 Morello, A. (2001). p. 196.

242 Así se destaca en: Perrot, R. (1982). "La eficacia del proceso civil en Francia", en Ramos Méndez, F. (Dir.) *Para un proceso civil eficaz* (Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona), p. 197.

243 Meneses Pacheco, C. (2009b). p. 46.

VI) CIERRE.

De lo expuesto se deben extraer, al menos, las siguientes conclusiones:

1) La decisión legislativa de adoptar el modelo de proceso civil por audiencias, esto es, de introducir la oralidad a la Justicia civil, debe ser materializada sin pretender llevar esta decisión fundamental (ni las decisiones conexas, que ligan con la concentración e inmediación judicial) a un absoluto, como si se trata de principios procesales (y no de meras reglas, como lo son).

2) Las mejores posibilidades de la inmediación judicial efectiva en un proceso oral no alcanzan para sostener que su protección deba traducirse, necesariamente, en la recepción de un sistema recursivo en dónde la doble instancia sea suprimida. Se olvida la mayor relevancia que la prueba documental posee en los procesos civiles, en dónde la inmediación judicial no incide. Se exageran las ventajas de la inmediación, se ignoran las posibilidades de la grabación audio visual (inmediación secundaria), configurando una situación por la cual se termina blindando lo resuelto por el juez, con serio perjuicio a la plena revisión por parte del tribunal superior.

3) La tesis que postula la supresión de la doble instancia se sostiene en una lógica que sólo considera la perspectiva del Estado y sus órganos (en este caso, judiciales), privilegiando alivianar su carga de los tribunales de alzada, haciendo retroceder a los justiciables desde la perspectiva del estándar de sus garantías procesales y la aspiración de una decisión más justa, más en un modelo procesal que de momento se decide por aumentar considerablemente los poderes del juez. En otras palabras, de concretarse la supresión de la doble instancia en sede procesal civil, se estará concretando lo que debe evitarse por todo legislador: una *reformatio in peius.*

4) Junto con tratarse de una propuesta nada razonable, la supresión de la doble instancia para reemplazarla por un recurso extraordinario que se concentre en la revisión del juicio jurídico aparece como contraria al estándar impuesto por la Constitución y los Tratados internacionales de Derechos humanos. De acuerdo a lo dispuesto en ellos, y en especial de conformidad a lo que la Jurisprudencia de la CIDH ha venido sosteniendo, el derecho al recurso no se satisface de cualquier modo, sino que impone la posibilidad de una revisión lo suficientemente amplia *in facto et in iure*.

5) La revisión de las decisiones adoptadas en las reformas anteriores (proceso penal, familiar y laboral) evidencia una clara falta de uniformidad en el modelo recursivo que se estima debe imponerse en los sistemas reformados. La revisión de los modelos acogidos en el Derecho comparado (incluido el Código Modelo) muestran una contundente preferencia por la sobrevivencia de la apelación contra la sentencia dictada por el juez de primera instancia (en el marco de procesos orales), sin perjuicio de visualizarse algunos problemas derivados de la limitación que por la vía del funcionamiento o de reformas exhiben algunos países (España y Alemania).

6) La propuesta recogida en el Proyecto de CPC muy claramente refleja la ausencia de acuerdo en la materia. En efecto, bajo el rótulo del "recurso de apelación" se recoge una regulación que contiene un importante número de artículos identificadores del "recurso de nulidad" que se consagra en el proceso penal y laboral. Significa una falta de prolijidad de la propuesta (que también se evidencia en la regulación de otros institutos) difícil de justificar. Siendo sólo una decisión de política legislativa, creemos conveniente que el legislador brinde mayores posibilidades a la reducción del horizonte temporal de la sentencia efectiva (por ser ejecutable) a través de la adecuada regulación del instituto de la ejecución provisional.

EL DERECHO A LA EJECUCIÓN PLENA DE LAS DECISIONES JUDICIALES Y LOS MEDIOS COMPULSORIOS PROCESALES[1]

Adrián Simons Pino[2]

"El día en que los jueces tienen miedo, ningún ciudadano puede dormir tranquilo."

Eduardo J. Couture[3]

"Si se desea un proceso eficaz, necesariamente se deben correr riesgos."
Jorge W. Peyrano[4]

I. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y A LA EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Constituye doctrina pacífica, que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es uno de claras raíces constitucionales. Más de un texto constitucional iberoamericano así lo ha consagrado. En Perú se encuentra acogido por el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado[5]. Es que ese derecho de acceder a los tribunales, que poseen todos los ciudadanos por el solo hecho de

1 Debo agradecer el valioso aporte de Martín Chocano Tabja, joven valor del derecho procesal peruano.

2 Profesor de pre y postgrado de derecho procesal civil y arbitraje en la Universidad de Piura. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.Miembro de la International Asociation of Procedural Law (IAPL).Director de la Asociación Peruana de Derecho Procesal.Miembro del Capítulo Peruano del Club Español de Arbitraje.Socio de Rebaza, Alcázar & De Las Casas, Abogados Financieros.

3 Citado por MUÑOZ SABATÉ, Luis, en *Estudios de práctica procesal*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 603.

4 PEYRANO, Jorge W. "Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria", en *Advocatus*, revista de los alumnos de la Universidad de Lima, primera entrega, 1998, p. 11.

5 "Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional".

serlo y es, por ende, capaz de materializar el derecho de acción, tiene inclusive la categoría de derecho fundamental de la persona.

Pues bien, para que este derecho fundamental pueda ser considerado como pleno, debe ser apreciado en toda su integridad; para tal efecto, el profesor español Francisco Chamorro Bernal[6] ha subdividido el derecho a la tutela judicial efectiva, a su vez, en cuatro subderechos básicos:

a) El derecho de libre acceso a la función jurisdiccional y al proceso en sí mismo. Este derecho debe garantizar el irrestricto ejercicio del derecho de acción[7].
b) El derecho de defensa o la prohibición constitucional de indefensión. Este derecho debe organizar el derecho de contradicción, el derecho a la prueba y el derecho de impugnación.
c) El derecho a obtener una resolución fundada en "Derecho", que ponga fin al proceso.
d) El derecho constitucional a la efectividad de la tutela judicial. El derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales, como una de sus manifestaciones.

Por ello, Jesús Gonzales Pérez concluye que "la obligación de cumplir las sentencias y resoluciones judiciales firmes, así como prestar la colaboración requerida por éstos, se ha constitucionalizado"[8].

Tan relevante se ha constituido el derecho a la ejecución que, dentro de un Estado de Derecho, no es posible hablar del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva si es que no se cumplen a cabalidad las sentencias y otras resoluciones judiciales (ejemplo: medidas cautelares). Así se ha expresado el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el expediente Nº 01063-2009-PA/TC, cuando señala que "la actuación de la autoridad jurisdiccional en la etapa de ejecución de sentencias constituye un elemento fundamental e imprescindible en el logro de una efectiva tutela jurisdiccional, siendo de especial relevancia para el interés público, dado que el Estado de Derecho no puede existir cuando no es posible alcanzar la justicia a través de los órganos establecidos para tal efecto. Para ello la autoridad jurisdiccional deberá realizar todas aquellas acciones que tiendan a que los justiciables sean repuestos en sus derechos (…) reaccionando frente a posteriores actuaciones o comportamientos que debiliten el contenido material de sus decisiones, pues sólo así

6 CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela efectiva*. Bosch, Barcelona, 1994, pp. 12 y 13.

7 Entendida la acción como aquel derecho público, subjetivo, abstracto, autónomo y de contenido constitucional, del que goza toda persona para recurrir al órgano jurisdiccional y solicitar tutela judicial efectiva.

8 GONZALES PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Tercera edición, Civitas, Madrid, España, pp. 341 y 342.

se podrán satisfacer los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos".

Para nadie es desconocida la actual crisis que viven nuestro país y las sociedades latinoamericanas en general, en materia de confianza en el sistema judicial; crisis que se ve agudizada cuando las resoluciones emitidas por los jueces y tribunales se ven burladas por actos que pueden implicar desde la negativa injustificada hasta el fraude o la simulación de la parte que está obligada al cumplimiento.

Para enfrentar dicha crisis, es importante desarrollar una cultura que implique el respeto y obediencia de los mandatos judiciales; los jueces deben estar conscientes del rol social que les ha tocado desempeñar, rol que implica la difícil tarea de tomar decisiones justas pero que, a veces, resultan impopulares. La justicia no se imparte en función de la simpatía o antipatía que pueda generar una decisión, sino sobre la base de una profunda convicción de que lo que se está haciendo es lo que corresponde hacer.

Es así que, a través del presente trabajo, pretendo ofrecer a la comunidad jurídica (jueces, abogados y estudiantes de derecho) una visión alternativa que privilegie el valor eficacia sobre una visión estática y conservadora del proceso.

En fin, que sea el lector quien juzgue si lo que se está proponiendo va acorde con las necesidades de nuestra sociedad, o si se prefiere dejar las cosas como están y seguir viviendo bajo un sistema que cada día se desprestigia más y más, y deja al ciudadano expuesto a bárbaras fórmulas de autocomposición o, incluso peor, a ideologías violentistas.

II. LOS MEDIOS COMPULSORIOS Y LOS PODERES JURISDICCIONALES

Como bien dice Peyrano[9], la "eficacia del proceso y obediencia concreta a las órdenes judiciales, son conceptos unidos si se quiere calificar a un sistema procesal como eficiente. Por supuesto que no será bastante para categorizar a un sistema procesal con tal calificativo por el hecho de que haya incorporado todos y cada uno de los institutos que apuntan, en teoría, al debido cumplimiento de las órdenes judiciales. Lo que tanto o más interesa es que tales instituciones se traduzcan en acciones concretas, y he ahí donde la figura del juez resulta decisiva para materializar en los hechos lo prometido por el sistema". Pues bien, para llegar a tal conjunción de elementos (eficacia y obediencia),

9 PEYRANO, Jorge W. "Las medidas de apremio en general y la conminatoria en particular. Poderes de hecho de los jueces. Su contribución a la eficacia del proceso civil", en *Procedimiento civil y comercial*, tomo II, Editorial Juris, 1992, pp. 1 y 2.

debemos reconocer los poderes con los cuales el juez se encuentra investido. Esos poderes pueden ser expresos o implícitos, y provienen del ejercicio natural de la función jurisdiccional.

Para el presente trabajo, haré referencia a los poderes implícitos o también llamados poderes de hecho de los jueces, entendidos éstos como el "cúmulo de previsiones que debe adoptar el juez para obtener una ejecución eficiente en su mandato"[10]. Sobre esta base, todo aquel conjunto de herramientas de las que el juez puede hacer uso para doblegar la voluntad rebelde de quien resiste un mandato judicial (ejemplo: sentencia o medida cautelar), se manifiestan a través de lo que se denomina *medios compulsorios*. Los medios compulsorios se dividen de la siguiente manera:

a) Medios compulsorios extraprocesales.
b) Medios compulsorios intraprocesales.

Los medios compulsorios extraprocesales (ejemplo: la imposición de astreintes) son aquellos que no repercuten de modo directo en el trámite regular del proceso, sino que están dirigidos sobre todo a doblegar la resistencia de la parte renuente a acatar una decisión judicial. A su vez, los medios compulsorios extraprocesales se subdividen en: i) patrimoniales (astreintes) y ii) extrapatrimoniales (*contempt of court* y medidas conminatorias).

Por otro lado, los medios compulsorios intraprocesales tienen consecuencias directas en el trámite del proceso dentro del cual se insertan; por ejemplo, la imposición de sanciones por mala conducta procesal como producto de actos de agravio al tribunal o a la otra parte.

Dedicaré las líneas que siguen a un breve desarrollo de lo que significarían para el debido cumplimiento de las decisiones judiciales, los medios compulsorios extraprocesales (patrimoniales y extrapatrimoniales), herramientas jurídicas que debieran servir de instrumento para lograr el cabal, inmediato y fiel cumplimiento de las órdenes judiciales, ya que de no obtenerse ello tampoco se materializarán en los hechos la eficacia del proceso civil ni, mucho menos, la consagración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

I. MEDIOS COMPULSORIOS EXTRAPROCESALES

Para comenzar, cabe preguntar si contamos con un sistema procesal eficiente y capaz de doblegar la voluntad del renuente a cumplir una orden judicial. La respuesta es simple:

10 PEYRANO, Jorge W. Op. cit. 1992, p. 25.

a) Tenemos un sistema judicial deficiente.
b) Los jueces no están conscientes de los poderes jurisdiccionales que poseen.
c) Los otros poderes del Estado encargados de velar por el respeto a las órdenes judiciales, cuestionan e interfieren constantemente con el ejercicio de la función jurisdiccional.

Como remedio a lo indicado, aparecen en nuestro escenario jurídico los medios compulsorios extraprocesales, también conocidos como medidas de apremio en general, los mismos que se entienden como "procedimientos indirectos de cumplimiento y constituyen de alguna manera la traducción en materia jurídica de la técnica del castigo como método de provocación de conductas socialmente deseadas..."[11].

1.1 Supuestos de aplicación de los medios compulsorios extraprocesales

Los medios compulsorios se podrían aplicar a los siguientes tipos de obligaciones contenidas en decisiones judiciales, y cuyo cumplimiento es materia de desobediencia:

a) Incumplimiento de obligaciones con prestaciones de hacer.
b) Incumplimiento de obligaciones con prestaciones de no hacer.
c) Incumplimiento de obligaciones con prestaciones de dar cosas ciertas.

El común denominador de todos los medios compulsorios extraprocesales es que no resulta procedente su imposición cuando se discutan obligaciones de dar suma de dinero, ya que para dicho supuesto existen el secuestro conservativo y el embargo.

a. Respecto del incumplimiento de obligaciones con prestaciones de hacer

Como bien lo refiere el profesor español Juan Montero Aroca[12], si el mandato judicial contiene una orden de prestación de hacer algo, pueden presentarse los siguientes supuestos:

i) Que el obligado ejecute voluntariamente y de modo pleno la actividad ordenada por el órgano jurisdiccional.
ii) Que el obligado ejecute parcialmente la actividad ordenada, en tal caso la ejecución deberá continuar hasta la satisfacción plena.

11 PEYRANO, Jorge W. Op. cit. 1992, p. 9.
12 MONTERO AROCA, Juan. *El nuevo proceso civil*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 200, 726, 727, 728 y 729.

iii) Que el obligado ejecute defectuosamente la actividad ordenada, en tal caso se entenderá que existe un incumplimiento, tanto así que el ejecutante puede solicitar se deshaga lo mal hecho. Y…
iv) Que el obligado se niega (expresa o implícitamente) a realizar la actividad ordenada. A este supuesto se le equiparán los de realización parcial y defectuosa, debiéndose continuar con la ejecución forzada hasta doblegar la voluntad del ejecutado.

En este caso hay que distinguir entre la ejecución de conductas fungibles[13] o no personalísimas, de las conductas infungibles o personalísimas.

Tratándose de la ejecución de conductas fungibles, lo deseable es que sea el propio obligado quien cumpla con realizar la actividad ordenada por el órgano jurisdiccional, debiendo ejercerse todos los poderes compulsorios al alcance, para así doblegar la voluntad renuente.

En mi opinión, sólo en el supuesto de que los medios compulsorios no surtan efecto, debería buscarse la ejecución por cuenta de un tercero o el pago de una indemnización por los daños y perjuicios que cause tal incumplimiento. Soy de tal idea, porque resultaría una burla al propio sistema de justicia y al justiciable vencedor, el que se haya tramitado un proceso durante varios años y que la decisión definitiva recaída en el mismo no pueda ser cumplida por el obligado a ejecutar la prestación de hacer; lo lógico y natural es que primero se busque el cumplimiento "in natura" para luego, de verificarse la real imposibilidad de ejecución, se proceda a la llamada ejecución por transformación o sustitución.

En lo que corresponde a las conductas infungibles o personalísimas, considero que el tratamiento debe ser diferente, ya que se está frente a prestaciones que dependen de alguna especial habilidad o arte, de parte de quien se encuentra obligado a la prestación de hacer. Imaginemos los siguientes casos: un escritor cuya obligación sea redactar una novela, un actor cuya obligación sea actuar en una obra de teatro o cine, un cantante de ópera cuya obligación sea interpretar una obra de Bizet. Como es de notarse, aquí el juez debe tomar en consideración el interés del beneficiario de la prestación personalísima, ya que le puede resultar de mayor perjuicio a éste la aplicación de un medio compulsorio para doblegar la voluntad rebelde, que la ejecución por sustitución (pago de una indemnización), teniendo en consideración la naturaleza del caso, que involucra un acto de creatividad humana. Aquí debe medirse la real efectividad de la aplicación del medio compulsorio con la ejecución de la prestación personalísima según el mandato judicial y el propio interés del beneficiario.

13 Prestaciones que pueden ser sustituidas.

b. Respecto del incumplimiento de obligaciones con prestaciones de no hacer

Según Montero Aroca, "teóricamente, las condenas a no hacer, que son siempre infungibles pues no cabe que otra persona no haga por el condenado, pueden consistir bien en una omisión de realizar una conducta, que puede atender a una indefinida duración en el tiempo (prohibición de elevar un piso en un edificio quitando las vistas a otros), o referirse a uno o unos pocos actos determinados (no grabar durante un plazo un disco con otra compañía), o bien en una mera tolerancia de que otra persona realice una conducta (permitir que el actor utilice un camino particular, habiéndose declarado la existencia de una servidumbre de paso)"[14].

Aquí cabe preguntarse: ¿qué ocurre si el condenado, incumpliendo lo dispuesto por el mandato de no hacer, desarrolla una actividad contraria, acaso ello implicaría un deshacer lo ya hecho? El profesor español David Vallespín Pérez ofrece la siguiente respuesta ante tal inquietud: "La solución de *e*ste problema no es que el Juez verifique el correspondiente no hacer, pues esto carecería de sentido, sino que el Juez, en caso de que se incumpla la obligación de no hacer, deshaga lo indebidamente hecho. De esta manera la ejecución transformativa comprendería no sólo el supuesto del hacer físico por parte del Juez, sino también el de deshacer forzoso, cuando se transforma negativamente la realidad material que se opone a la situación jurídica. (...) Ningún inconveniente habría en autorizar al Juez a la destrucción material de lo indebidamente hecho, cuando el título de ejecución así lo establece. No hay ningún obstáculo teórico en admitir que la infracción de una obligación de no hacer provoque la ejecución contraria a ese no hacer, que sea adecuada, reservando la conversión de la ejecución transformativa en ejecución expropiativa a aquellas hipótesis en que el hacer judicial no es posible o no constituya reparación adecuada del acreedor ejecutante"[15].

Ahora, puede darse la hipótesis de que el incumplimiento total de una orden judicial de no hacer, haya supuesto la realización de algo que no es posible deshacer. En tal caso, la ejecución debiera consistir en el resarcimiento de daños y perjuicios. En tal sentido, Montero Aroca nos ofrece el siguiente ejemplo: "cuando la obligación consiste en no fabricar un determinado artículo, puede que el condenado realice uno o varios actos de fabricación. La ejecución aquí difícilmente podrá consistir en deshacer lo hecho, porque los artículos estarán en el mercado y posiblemente vendidos; lo que supone que la ejecución habrá de limitarse al valor de lo vendido y al resarcimiento de perjuicios, pero además requiriendo al ejecutado para que se abstenga de ha-

14 MONTERO AROCA, Juan. Op. cit. 2000, p. 731.

15 VALLESPÍN PÉREZ, David. "La regulación de la ejecución forzosa 'no dineraria' en el Anteproyecto de L.E.C.", en *Presente y futuro del Proceso Civil*, director Joan Picó i Junoy, J.M. Bosch Editor, Barcelona 1998, p. 615.

cer en el futuro con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial"[16].

c) Respecto del incumplimiento de obligaciones con prestaciones de dar cosas ciertas

Para que este supuesto de incumplimiento se produzca, el bien materia de ejecución debe reunir las siguientes condiciones: i) debe ser un bien existente, ii) el bien debe estar bajo la esfera del patrimonio del deudor, y iii) debe tratarse de bienes muebles o inmuebles.

El mayor problema de ejecución se presenta cuando se trata de la obligación de dar bienes muebles, pues facilita su ocultación de parte del que resiste el mandato de entrega, de ahí que siempre es aconsejable el secuestro judicial, que evitaría una frustración de la ejecución.

En este supuesto, el juez podrá disponer de todos los medios compulsorios a su alcance para obligar al vencido a entregar el bien materia de controversia, y sólo en el caso de pérdida del bien y frente a la imposibilidad de su sustitución, la doctrina ofrece lo siguiente: i) que el sujeto vencido pague el valor económico del bien perdido, y además ii) que el sujeto vencido pague los posibles daños y perjuicios.

1.2 Medios compulsorios extraprocesales específicos

a) El *contempt of court* (rebeldía a cumplir lo ordenado por el tribunal)

> Ésta es una institución propia del *commow law*, su origen está asociado con la idea de que es inherente a la propia existencia del Poder Judicial la utilización de los medios capaces de tornar eficaces las decisiones emanadas. Es inconcebible un Poder Judicial, destinado a la solución de conflictos, que no tenga el poder real de hacer valer sus decisiones o mandatos. Ninguna utilidad tendrían las decisiones, sin cumplimiento o efectividad. El negar instrumentos de fuerza al Poder Judicial es lo mismo que negar su existencia[17].

No existe una definición universal del *commow law* respecto de esta institución, sin embargo algunos autores se han aproximado al tema de la siguiente manera:

Según P.G. Osborn, el *contempt of court* es "1) omisión de obrar de acuerdo a una orden de un tribunal superior; o un acto de resistencia o insulto al tribu-

16 MONTERO AROCA, Juan. Op. cit. 2000, p. 732.

17 MOSKOVITZ, Joseph. *Contemp of injuction, civil and criminal*, 1943. Citado por PELLEGRINI GRINOVER, ADA, en "Ética, abuso del proceso y resistencia a las órdenes judiciales: el '*contempt of court*'", ponencia presentada ante el XX Congreso Nacional de Derecho Procesal (San Martín de los Andes, Neuquén, Argentina), 1999, p. 1.

nal o a los jueces; 2) conducta apta para perjudicar el juicio imparcial de una persona acusada, punible con multa o prisión"[18].

Según la definición propuesta por Swayzee, el *contempt of court* "es la práctica de cualquier acto que tienda a ofender a un tribunal en la administración de justicia o a disminuir su autoridad o dignidad, incluyendo la desobediencia a una orden"[19].

El *contempt* se divide en criminal y civil. Como lo ha expuesto claramente la profesora brasileña Ada Pellegrini Grinover[20], el *contempt* criminal está destinado a reprimir una conducta o acto de falta de respeto a la corte o al proceso, o que obstruye la administración de justicia; en cambio, el *contempt* civil se destina al cumplimiento de una decisión judicial, usando para ello medios coercitivos. Es bueno aclarar que una conducta irrespetuosa puede ser pasible, al mismo tiempo, de *contempt* civil y criminal, sea en el proceso civil o en el proceso penal.

En caso de *contempt* criminal que es punitivo, éste se inicia de oficio o a pedido de parte como un proceso autónomo y sumario; en cambio, en el *contempt* civil, el cual es coercitivo, la aplicación de la sanción ocurre en el mismo proceso en que se produjo la desobediencia.

Ahora bien, las sanciones propiciadas por el *contempt*, en cualquiera de sus modalidades, son la prisión, la multa, la pérdida de derechos procesales y el secuestro. En el *contempt* civil la punición es por tiempo indeterminado, es decir, hasta que se haya cumplido con el mandato inicialmente desobedecido. Si la decisión se tornare de imposible cumplimiento, la sanción también debe cesar, motivando, entretanto, el *contempt* criminal.

La multa puede ser compensatoria o no. Cuando es compensatoria, revierte al perjudicado; cuando es coercitiva, revierte al Estado, considerado el gran perjudicado con la contumacia. La prisión, aplicada con prudencia, es considerada medida de gran practicidad para la efectividad de proceso.

El *contempt* civil, destinado al cumplimiento de las órdenes judiciales, puede ser directo o indirecto. El directo autoriza al juez a ordenar la detención inmediata del contumaz, concediéndole un plazo para justificar su conducta.

18 BALLESTER, Eliel. *Libertad de prensa y debido proceso legal. Contempt of court*, en J.A., 1988-I, p. 831.

19 SWAYZEE, León Oliphant. *Contempt of court in labor injuction cases*. New York, MAS Press, 1968, p. 17.

20 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Ética, "Ética, abuso del proceso y resistencia a las órdenes judiciales: el '*contempt of court*'", ponencia presentada ante el XX Congreso Nacional de Derecho Procesal (San Martín de los Andes, Neuquén, Argentina), 1999, pp. 3 y 4.

El indirecto exige un procedimiento incidental que se lleva de acuerdo con los siguientes requisitos:

i) Prueba de la ocurrencia de la acción u omisión;
ii) Que la orden judicial determine con claridad la acción u omisión impuesta a la parte;
iii) Que la parte sea adecuadamente informada sobre el tenor y la existencia de la orden judicial;
iv) Que la orden judicial desacatada sea de posible cumplimiento.

Cumplidos los requisitos antes mencionados, el juez o la corte citan a la persona obligada, a quien se le informa las condiciones dentro de las cuales el cumplimiento de la orden judicial resultará en la revocación de las sanciones. Después de la presentación de las razones, el juez decide, apreciando las pruebas producidas, considerando o no a la parte en *contempt*, imponer una sanción condicionada. Finalmente, la sanción impuesta es efectivamente aplicada, si el "contemptor" no cumpliere la orden.

Las mayores críticas al *contempt* están dirigidas al de naturaleza criminal o punitivo, debido a la sumariedad con la que aplica la pena y por el hecho de ser el propio juez ofendido quien decide respecto de la sanción a aplicar. En lo que se refiere al *contempt* civil, las mayores críticas apuntan al hecho de que se puede autorizar la prisión inmediata.

Pese a las críticas antes referidas, el *contempt of court* es una herramienta eficiente del *common law*, ya que concede a los jueces los suficientes poderes para reprimir a quienes injustificadamente resisten a los mandatos judiciales. Algunas legislaciones latinoamericanas, como veremos más adelante, han incorporado dicha institución.

Finalmente, como bien lo refiere la profesora Ada Pellegrini[21], la constitucionalidad de la prisión civil es defendida porque no se encuentra dentro del ámbito de aplicación a la prohibición constitucional de imponer prisión por deudas, ya que se trata de la imposición de sanciones a quien resiste injustificadamente un mandato judicial.

b) Las astreintes

De origen pretoriano francés, esta institución procesal fue consagrada jurisprudencialmente en el año 1895, cuando fue recibida por la Corte de Casación Francesa.

21 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Op. cit. 2000, p. 2.

El profesor argentino Marcelo J. López Mesa[22] indica que "las astreintes son un medio de tutela, protección, o defensa de un derecho reconocido judicialmente. Constituyen un medio, facultad o herramienta que el derecho ha instrumentado para posibilitar y asegurar la eficacia del crédito. Y, dentro de ellas, ostentan un claro carácter excepcional. Dicho en otras palabras, aun cuando en principio no hay que supeditar la aplicación de las 'astreintes' al fracaso o esterilidad de otras medidas, tales sanciones son improcedentes cuando pueden utilizarse medios compulsivos de mayor envergadura y eficacia. Las astreintes son sólo una vía de compulsión, de un medio a fin de que el deudor le procure al acreedor aquello a que se ha obligado, no son una pena civil ni una indemnización".

Discrepo de la posición del profesor López Mesa, al darle ese carácter de medio compulsorio subsidiario extremo a las astreintes, y afirmar que ellas no deben ser aplicadas si pueden utilizarse medios compulsorios de mayor envergadura y eficacia. Es que, definitivamente, el orden de imposición de sanciones por desobediencia a las decisiones judiciales, debe ser de menos a más: i) requerimiento de cumplimiento bajo apercibimiento de ejecución forzada, ii) verificación de incumplimiento injustificado de la decisión judicial, iii) amenaza de imposición de medios de compulsión, y iv) imposición efectiva de los medios de compulsión, teniendo en consideración su envergadura: astreintes, *contempt* civil (detención) o medidas conminatorias.

Sin embargo, el prudente orden propuesto no debe ser asumido como una regla matemática, pues pueden darse casos en los que si no se aplica de manera inmediata un medio compulsorio extremo, puede que se cause un daño irreparable, o de muy difícil reparación, al beneficiario con la orden judicial que es objeto de desobediencia.

Considero más adecuada la propuesta hecha por el profesor Enrique Lino Palacio, quien califica a las astreintes (constricción) como "un medio indirecto de coacción destinado a obtener el cumplimiento *in natura* de las prestaciones impuestas por la sentencia, y que opera mediante la aplicación de una condena pecuniaria establecida por días u otro período de tiempo hasta tanto el deudor cumpla la obligación. El juez puede, a su arbitrio, disminuir o aumentar el monto de las astreintes, siendo en definitiva el acreedor el beneficiario de ellas"[23].

Las astreintes cumplen una doble función: función conminatoria y función sancionatoria.

22 LÓPEZ MESA, Marcelo J. "La aplicación de astreintes como medio de forzar el cumplimiento de las obligaciones del Estado". Ponencia presentada en el XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Martín de los Andes, Neuquén, Argentina, 1999, p. 3.

23 PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 668.

La primera implica la amenaza de imponer una sanción de naturaleza económica, diferente a la reparación de daños, y que podría significar una amenaza de afectación del patrimonio de quien resiste el mandato judicial; la segunda, cumple una función sancionatoria cuando a pesar de la amenaza de imponer una sanción, el obligado continúa con su actitud rebelde, no quedando otra alternativa que imponer efectivamente la sanción pecuniaria hasta el momento en que se doblegue la voluntad de quien resiste la orden judicial.

Las astreintes se aprecian por las siguientes características:

- Constituyen un medio de coacción psicológica.
- Dependen del poder jurisdiccional del juez, quien puede imponerlas o no, variando inclusive su monto o dejándolas sin efecto.
- Son de naturaleza dineraria.
- No tienen relación con el perjuicio sufrido por el titular de la obligación que se pretende cumplir. Es decir, son un medio de compulsión y no de resarcimiento.
- Son aplicables a cualquier obligación con prestaciones de dar bienes ciertos, hacer o no hacer.
- No es procedente su dictado de oficio. Debe existir un pedido de la parte que se ve afectada con el incumplimiento del mandato judicial.
- Son aplicables sólo a favor del acreedor.
- Son subsidiarias, sólo se aplican cuando los medios regulares de conminación no resultan efectivos.

Como bien dice el profesor López Mesa, "su génesis y su derrotero posterior muestran un instituto apto para compeler al cumplimiento *in natura* de prestaciones incanjeables. Por tanto, como primer punto de apoyo para juzgar la presente cuestión, puede extraerse como premisa que cuando se trata de dar sumas de dinero las astreintes no tendrían en principio mayor significación, como que puede llevarse adelante la ejecución de la deuda a través de medidas de cumplimiento forzado, siempre que el cumplimiento de la prestación no se hubiere tornado imposible. En dicho caso, también las astreintes devienen insatisfactorias, puesto que sólo deben compelerse a quien se halla en posición de cumplir, pues de otro modo sólo se agravaría una objetiva imposibilidad de efectivizar la prestación"[24].

Ahora bien, frecuentemente se confunde a las astreintes con las multas coercitivas procesales o también denominadas como "pena civil". Las astreintes constituyen un procedimiento intimidatorio para obligar al deudor a cumplir el mandato judicial expreso, que puede consistir en una medida cautelar o una sentencia definitiva con la autoridad de cosa juzgada; en cambio, la

24 LÓPEZ MESA, Marcelo. Op. cit. 1999, p. 4.

multa coercitiva procesal tiene un ámbito de aplicación más amplio, por medio del cual se vela por el normal desenvolvimiento del proceso y se reprime cualquier conducta que atente contra ello, por ejemplo, la sanción pecuniaria que se impone a quien ofende al juzgador, a la otra parte, o a quien cometa actos contrarios a los principios de buena fe, lealtad y probidad procesales (recusaciones maliciosas, actos meramente dilatorios, abuso de los actos procesales, actos temerarios, etcétera). Las astreintes sólo pueden ir en beneficio del acreedor; en cambio, cuando se impone una multa coercitiva procesal, el monto a recaudarse ingresa al tesoro público. Las astreintes sólo se conceden a petición de parte; la multa procesal puede ser decretada de oficio.

No se piense que las astreintes, como dicen hoy los jóvenes, equivalen a una "Coca-Cola en el desierto" y constituyen un medio compulsorio lo suficientemente eficaz como para doblegar la voluntad de quien resiste una orden judicial específica. Esta figura procesal tiene sus limitaciones, propias de lo que ella misma representa: el dinero, y que puede convertir la etapa de ejecución en un vil juego de probabilidades aplicándose el famoso "análisis costo-beneficio"; es decir, ponernos a pensar qué nos conviene más: ¿cumplir o incumplir?, ¿qué nos resultaría más rentable? Cuando lo que realmente está en juego (aparte del cumplimiento específico) es tanto el rol que cumple el sistema de justicia en nuestro país como, por qué no decirlo, el propio Estado de Derecho, elemento indispensable de este sistema imperfecto –como nosotros, los humanos que lo creamos–, pero que hasta ahora nadie ha demostrado que exista otro mejor: la democracia.

c) La medida conminatoria

Esta forma especial de compulsión procesal tiene un cuño muy particular, y nada mejor para entenderla que citar un caso judicial:

"Se inauguró en Rosario un negocio de confitería bailable en un subsuelo muy amplio, con capacidad para más de mil personas. El éxito de la explotación trajo como consecuencia una realidad no sospechada en un comienzo: la ventilación del local era deficiente. Ello determinó que, en forma unilateral, los propietarios del susodicho negocio instalaran unos enormes extractores de aire (forzadores) para hacer más respirable el ambiente. Con tal fin se practicaron grandes boquetes en la parte superior del subsuelo para dar cabida a los conductos de ventilación. Sucedía que dichos conductos arrojaban el aire extraído (que era una gran masa de aire caliente enrarecido) debajo de la puerta de acceso y de las ventanas (que debían permanecer abiertas durante la época estival por tratarse de un gran local que carecía de sistema de refrigeración) de un bar lindero. Con lo que esta última explotación resultaba perjudicada por encontrarse, repetidamente, invadido su interior por una masa de aire

caliente que hacía desistir a potenciales parroquianos y que ahuyentaba a los asistentes.

Ante la situación referida, los perjudicados promovieron a la sazón, los autos Cuoco Esteban y Daniel Igareta (Sociedad de Hecho) c. C.A. – Medidas Precautorias – Demanda Sumaria, radicados en definitiva en el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Tercera Nominación de Rosario, a cargo del doctor Hernán G. Carrillo.

Invocando lo dispuesto por el artículo 2618 del C.C., los promotores de los obrados solicitaron y obtuvieron el despacho de una medida cautelar innovativa consistente en ordenar el inmediato cese del funcionamiento de los forzadores – extractores de aires mencionados; con lo que, tácitamente, se estaba ordenando su adaptación de modo tal que su funcionamiento no ocasionara las molestias justificantes de la referida innovativa.

Dicha orden fue desobedecida y los forzadores siguieron funcionando como si nada hubiera ocurrido. Después (segunda orden judicial) el magistrado interviniente dispuso el inmediato acatamiento de la aludida innovativa, sin tampoco lograr éxito alguno.

Posteriormente –y habiendo ya transcurrido más de tres meses de haberse despachado y notificado la innovativa indicada y estándose ventilando un proceso criminal por la desobediencia de marras– se ordenó (tercera orden judicial) constatar si realmente los mencionados extractores de aire seguían funcionando en las mismas condiciones, y en caso afirmativo el precintado. Esto fue cumplido: la contestación fue positiva y, por ende, los meneados aparatos fueron desconectados y precintados.

Empero, aconteció que poco tiempo después se violaron los precintos y se pusieron en funcionamiento los extractores de aire sin repararlos debidamente. Enterados de ello los perjudicados propietarios del bar lindero, solicitaron del doctor Carrillo la comprobación de tal circunstancia y, en su caso, la clausura de la vecina confitería bailable, a lo que –el 1ro. de abril de 1986– se hizo lugar, ordenándose tal clausura hasta tanto se acreditara la desaparición de las molestias ocasionadas por el funcionamiento de los aludidos extractores de aire"[25].

Con el citado *leading case*, se puede apreciar con suma claridad cómo es que un juez, frente a una clara conducta de resistencia de una orden judicial, ejerció su poder jurisdiccional en aras de obtener el cumplimiento debido del mandato primigenio (cautelar innovativa). Nuestra sociedad de hoy, ávida de justicia, ya no se contenta con simples pronunciamientos jurisdiccionales, nuestra sociedad quiere que el derecho declarado por los tribunales sea efectivamente reparado, aun sin el concurso de la parte vencida. Es que, si no tomamos conciencia y no dotamos a nuestros jueces de herramientas lo suficiente-

25 PEYRANO, Jorge W. "Las medidas de apremio en general y la conminatoria en particular. Poderes de hecho de los jueces. Su contribución a la eficacia del proceso civil", en *Procedimiento civil y comercial*, tomo 2, Editora Juris, 1992, pp. 19 y 20.

mente efectivas para doblegar la voluntad de quien resiste una orden judicial, estaremos contribuyendo a que el sistema judicial cada día pierda lo poco que le queda de credibilidad frente a la sociedad, y nos deje a expensas de los actos abusivos del poder político o de particulares, y, lo que podría ser más trágico, que nos veamos seducidos por sistemas que implican la dictadura de las clases sociales, o sistemas sustentados en el ejercicio abusivo del poder.

La medida conminatoria surge como una sugerente herramienta procesal para contribuir al valor eficacia del proceso. El prestigiado profesor argentino Jorge W. Peyrano la describe de la siguiente manera: "... como cualquier orden de contenido no pecuniario y con alcances extraprocesales emanada de un tribunal de justicia que tiende a obtener el debido cumplimiento *in natura* de un mandato judicial primigeniamente desobedecido, a través del concurso de la voluntad del destinatario del mismo, y que involucra para el desobediente la amenaza de un desmedro que *prima facie* podría llegar a ser de mayor entidad que el resultante de persistir en dicha contumaz"[26].

Extraigamos de tal propuesta conceptual algunos puntos que caracterizan a la medida conminatoria:

- *"Cualquier orden"*: con ello se quiere significar que su contenido concreto es creado por el propio intelecto del juez, y que sólo la imaginación y la prudencia del magistrado operarán a modo de un sistema de pesos y contrapesos al momento de dictarla.
  Dicha orden será considerada como un "mandato derivado", es decir, la consecuencia de haberse desobedecido previamente otra orden judicial respecto de la cual se pretende acatamiento.
- *"De contenido no pecuniario"*: se procura distinguir el presente medio compulsorio procesal (que es tal, por ser una vía de presión psicológica sobre la voluntad renuente del desobediente) de otros; concretamente, de las "astreintes", cuyo contenido sí es pecuniario.
- *"De alcances extraprocesales"*: ello porque no repercute directamente sobre las pretensiones que fueron materia de controversia y tampoco sobre el trámite del proceso. Nos explicamos: quien resiste el mandato no se verá sumido en alguna situación procesal desfavorable, sino que será objeto de algún tipo de consecuencia fuera del ámbito de proceso en el cual se encuentra involucrado en calidad de parte procesal. Como se pudo apreciar del *leading case* expuesto, la sanción impuesta por el juez no tenía relación directa con el objeto de la controversia, pero sí estuvo destinada a obtener el cumplimiento forzoso e *in natura* de parte de quien estuvo obligado a dar cumplimiento inmediato a la medida cautelar innovativa.

26 PEYRANO, Jorge W. Op. cit. 1992, p. 13.

Peyrano[27] agrega que la amenaza que implica la imposición de una medida conminatoria debe tener el suficiente peso específico como para persuadir al desobediente de que más provechoso, o menos perjudicial, le resultará cumplir en especie con lo ordenado, y he aquí precisamente el factor presión psicológica sobre la voluntad del desobediente que caracteriza a los medios compulsorios en general.

Además, quizás lo que más distingue a la medida conminatoria es que se persigue con su dictado no sólo la satisfacción en especie de un mandato judicial originalmente desobedecido (lo que podría, en algunos casos, lograrse a través de la ejecución por terceros), sino conseguirlo mediante la participación de la propia voluntad del destinatario del mismo, que a veces y por diversas razones es menester para su adecuado cumplimiento[28].

Ahora veamos por qué la ejecución a cargo de un tercero podría atentar contra un adecuado servicio de justicia que reclama el cumplimiento directo y en especie de parte del destinatario de la orden judicial respectiva, y qué mejor para ello que traer la siguiente explicación de Peyrano: "... la orden judicial desobedecida podría ser satisfecha a través del mecanismo de la ejecución por terceros, pero en el que, en concreto, tal posibilidad atentaría contra un buen servicio de justicia. Sobre el particular hemos expresado lo siguiente: 'repárese que en ciertas ocasiones es menester la participación de la voluntad del destinatario de un mandato judicial para que el mismo pueda ser satisfecho adecuadamente. Imagínese en este orden de ideas y desde una perspectiva meramente crematística, que el cumplimiento en especie de un mandato sea factible a través de la intervención de un tercero colocado *manu militari* por el magistrado para dar cumplimiento, vgr., a un mandato desobedecido cuya satisfacción presupone el desembolso inmediato de una suma de dinero con la que no cuenta el peticionante de la medida incumplida. Léase bien: la medida puede, teóricamente, ser efectivizada a través del concurso de un tercero, pero en los hechos no es factible que dicha ejecución por terceros resulte expeditamente practicable'"[29].

Considerando lo anterior, es hora de efectuar las siguientes preguntas: ¿es justo, acaso, trasladarle los costos de la ejecución a la parte vencedora, y ponerla en la posterior situación de intentar recuperarlos, de quien mantiene una actitud contumaz?, ¿acaso no es suficiente todo el tiempo, gasto y esfuerzo invertido por la parte que resultó vencedora, para, además, "castigarla" con la asunción de costos adicionales provocados por quien resiste de modo injustificado el mandato judicial?

27 PEYRANO, Jorge W. Op. cit. 1992, pp. 14 y 15.
28 PEYRANO, Jorge W. Op. cit. 1992, p. 15.
29 PEYRANO, Jorge W. Op. cit. 1992, pp. 15 y 16.

Por ello, la ejecución a cargo de un tercero debe ser considerada como una alternativa viable sólo en caso de que el cumplimiento *in natura* del mandato se torne en imposible.

Finalmente, los poderes conminatorios que hemos descrito, y de los cuales gozan los jueces, tienen sustento en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su subespecie conocida como el derecho a la ejecución, categoría jurídica procesal que hoy en día posee rango constitucional.

IV. LOS MEDIOS COMPULSORIOS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Código del Proceso Civil del Brasil:

Éste contiene las siguientes normas que regulan las siguientes conductas de las partes:

a) Artículo17, IV: oponer resistencia injustificada en el transcurso del proceso.
b) Artículo 600, III: resistir, el ejecutado, injustificadamente, a las órdenes judiciales.
c) Artículo 60, IV: no indicar al juez dónde se encuentran los bienes sujetos a la ejecución.

En los casos descritos, se aplica una sanción pecuniaria de naturaleza coercitiva y no compensatoria. Su aplicación se da en los mismos autos, de oficio o a pedido de parte.

Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay

"Artículo 374: Conminaciones económicas y personales.-

1.1 En cualquier etapa del proceso y para el cumplimiento de sus providencias, el tribunal, de oficio o a pedido de parte, podrá adoptar las medidas de conminación o astricción necesarias.

1.2 Las conminaciones económicas se fijarán por el tribunal en una cantidad en dinero a pagar por cada día que demore el cumplimiento.

El tribunal dispondrá la liquidación de las mismas una vez transcurrido un plazo prudencial. La cuenta pasará al Alguacil del tribunal, el que embargará bienes del deudor suficientes, los hará tasar por perito que designará y los asignará a un rematador público para su remate por los dos tercios de su valor de tasación, de lo que dará cuenta.

Las cantidades se fijarán teniendo en cuenta el monto o la naturaleza del asunto y las posibilidades económicas del obligado, de tal manera que signifiquen una efectiva constricción psicológica al cumplimiento de lo dispuesto.

El tribunal podrá en cualquier momento, de oficio o a pedido de parte, aumentar, moderar o suprimir la conminación establecida.

Las cantidades que se paguen pasarán a un Fondo Judicial que será administrado por la Corte Suprema de Justicia.

1.3 Las conminaciones personales consistirán en el traslado ante el tribunal por la fuerza pública de los encargados judiciales que no concurran espontáneamente una vez convocados, incluso testigos, en el arresto, que no podrá exceder de cuarenta y ocho horas, en los casos que expresamente fije la ley y para la entrega de elementos necesarios para la ejecución dispuesta en la respectiva etapa del proceso.

1.4 Además de lo anterior, el tribunal podrá elevar los antecedentes al tribunal competente, si estimare que la resistencia a la orden judicial puede encuadrar en alguna figura penal".

Código Procesal Civil de la Nación Argentina

"Artículo 37.- Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder".

Ley de Enjuiciamiento Civil de España

"Artículo 709.- Condena de hacer personalísimo

(...)

3. Cuando se acuerde apremiar al ejecutado con multas mensuales, se reiterarán trimestralmente los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el primero. Si, al cabo de un año, el ejecutado continuara rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el tribunal.

Artículo 711.- Cuantía de las multas coercitivas

Para determinar la cuantía de las multas previstas en los artículos anteriores, el tribunal, mediante providencia, tendrá en cuenta el precio o la contraprestación del hacer personalísimo establecidos en el título ejecutivo, y, si no

constarán en él o se tratara de deshacer lo mal hecho, el coste dinerario que en el mercado se atribuya a esas conductas.

Las multas mensuales podrán ascender a un veinte por ciento del precio o valor, y la multa única al cincuenta por ciento de dicho precio o valor".

V. LOS MEDIOS COMPULSORIOS EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL CIVIL PERUANA

El Código Procesal Civil peruano, en su artículo 52[30], regula las facultades disciplinarias del juez, y en el artículo 53[31], las facultades coercitivas. He visto por conveniente citar ambos artículos, ya que han sido redactados para que dependa uno del otro. En efecto, el artículo 52 tiene como finalidad preservar que las partes guarden una conducta procesal acorde con el debido respeto a la actividad judicial, y el artículo 53 otorga determinadas facultades coercitivas a los jueces en atención al fin promovido por el artículo 52, es decir, preservar la conducta procesal.

Pues bien, la manera en que han sido redactados los encabezados de ambos artículos podría llevar a confusión, e interpretar que las medidas coercitivas (multa y detención) sólo serían aplicables en los casos en que se pretenda preservar nada más que la buena conducta procesal de las partes, pero no en los supuestos de que alguna de ellas se niegue a cumplir una resolución judicial que tenga relación directa o indirecta con la materia controvertida (ejemplo: auto cautelar o sentencia definitiva). Esta tesis sólo posibilitaría la imposición de multa o detención cuando se desobedezca un mandato judicial que contenga un deber de conducta acorde con el debido respeto de la actividad judicial.

30 "Artículo 52.- Facultades disciplinarias del Juez.- A fin de conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, los jueces deben:

1. Ordenar que se suprima la frase o palabra expresada o redactada en términos ofensivos o vejatorios;
2. Expulsar de las actuaciones a quienes alteren su desarrollo. Si se trata de una de las partes, se le impondrá además los apercibimientos que hubieran sido aplicables de no haber asistido a la actuación; y
3. Aplicar las sanciones disciplinarias que este Código y otras normas establezcan".

31 "Artículo 53.- Facultades coercitivas del Juez.- En atención al fin promovido y buscado en el artículo 52, el Juez puede:

1. Imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión.
   La multa es establecida discrecionalmente por el Juez dentro de los límites que fija este Código, pudiendo reajustarla o dejarla sin efecto si considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación; y
2. Disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia.
   En atención a la importancia y urgencia del mandato, el Juez decidirá la aplicación sucesiva individual o conjunta de las sanciones reguladas en este Artículo.
   Las sanciones se aplicarán sin perjuicio del cumplimiento del mandato".

De acuerdo con lo indicado, las medidas coercitivas contenidas en el artículo 53 del Código Procesal Civil no podrían ser consideradas como medios compulsorios extraprocesales, ya que no provienen de un mandato previamente desobedecido y la multa o detención contenidas en dicha norma sólo estarían destinadas para garantizar la conducta procesal de las personas que intervienen dentro de un proceso.

No comparto tal posición, y considero que el juez sí puede hacer uso de las medidas que regula el artículo 53, cuando se trate de la desobediencia a un mandato judicial que tenga relación con la materia controvertida. En efecto, tales facultades coercitivas son una especie dentro del género de los medios compulsorios procesales, y éstos, por su propia naturaleza, cumplen una doble función: conminatoria y sancionatoria, características indispensables que poseen las medidas coercitivas tipificadas por la norma procesal en cuestión.

De acuerdo con lo desarrollado, es claro que la multa y la prisión civil, contenidos en el artículo 53 del Código Procesal Civil, poseen características propias de los medios compulsorios extraprocesales; y constituyen herramientas al servicio del juez para doblegar la voluntad de quien resiste de manera injustificada un mandato judicial, las mismas que puede aplicar de modo conjunto o individual, teniendo en cuenta la necesidad de cumplimiento urgente del mandato originalmente desobedecido.

Según lo indicado en los párrafos precedentes, haremos un breve análisis de la multa coercitiva y la prisión civil, contenidas en el artículo 53 del Código Procesal Civil:

a) Respecto de la multa compulsiva y progresiva contenida en el inciso 1

Si bien es cierto que este tipo de medio compulsorio se asemeja a lo que conocemos como astreintes, debemos decir que la forma en que ha sido regulado no guarda relación con la real esencia y naturaleza de dicha condena pecuniaria.

En tal sentido, en primer lugar, precisaremos cuáles son los elementos afines con las astreintes:

- Constituye un medio de coacción psicológica, pues la multa puede ser aplicada de manera compulsiva y progresiva (amenaza de incrementar el monto de la sanción periódicamente, hasta el total del cumplimiento del mandato judicial [días, semanas o meses], atendiendo a la gravedad de la orden judicial desobedecida).
- A pesar de haberse indicado que la multa depende del poder discrecional del juez, debemos decir que tal facultad coercitiva radica más bien en el poder jurisdiccional del juez.

- Es de naturaleza eminentemente pecuniaria, es decir que se impone su pago en dinero.

Sin embargo, como lo advirtiéramos en un inicio, la condena pecuniaria (multa) objeto de análisis se diferencia de las astreintes por lo siguiente:

- No se precisa si es aplicable para el cumplimiento de cualquier obligación con prestaciones de dar bienes ciertos, hacer o no hacer. A muestra de ejemplo, el artículo 707 del Código Procesal Civil[32] privilegia la ejecución por cuenta de un tercero, en el caso del cumplimiento de obligaciones de hacer.
- Otro rasgo que distingue a este medio con respecto a las astreintes, es que el monto mandado a pagar en calidad de multa no es aplicable a favor del acreedor, sino más bien a favor del Poder Judicial.
- Finalmente, la multa puede ser aplicada de oficio, a diferencia de las astreintes, que sólo se aplican a pedido de la parte ofendida con el incumplimiento del mandato judicial.

Opino que existe una contradicción entre lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 53 y el segundo párrafo del artículo 420 del Código Procesal Civil[33], pues en el primero se faculta al juez a dejar sin efecto la multa impuesta y, sin embargo, la segunda norma citada prohíbe la exoneración de la misma. En tal sentido, consideramos que a fin de evitar afectar el derecho a la defensa del perjudicado con la multa, debe interpretarse que el inciso primero del artículo 53 es una norma de excepción a la prohibición registrada por el artículo 420; excepción sólo aplicable al supuesto de que se acredite de modo fehaciente que el incumplimiento es justificado, y sólo una prudente apreciación de los hechos por parte del juez evitará excesos por ambos lados.

Por lo indicado, creo que debiera producirse una reforma en nuestra legislación procesal, de tal manera que se introduzca de modo expreso la imposición de astreintes como un medio compulsorio extraprocesal, diferenciándose claramente de la simple multa procesal coercitiva, también denominada pena civil.

32 "Artículo 707.- Mandato ejecutivo.- El mandato ejecutivo contiene la intimación al ejecutado para que cumpla con la prestación dentro del plazo fijado por el Juez, atendiendo a la naturaleza de la obligación, bajo apercibimiento de ser realizada por el tercero que el Juez determine, si así fue demandada.
En caso de incumplimiento, se hará efectivo el apercibimiento".

33 "Artículo 420.- Liberalidad 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*".

b) Respecto de la prisión civil regulada en el inciso 2

La detención hasta por 24 horas de quien se resiste un mandato judicial, sí puede ser considerada como una forma de *contempt of court*. En particular lo que se conoce como *contempt* civil directo (el juez puede ordenar la detención inmediata del sujeto renuente a cumplir con el mandato judicial). Propongo que el juez civil pueda tener la posibilidad de ordenar la detención de un sujeto que resiste injustificadamente a su mandato por un plazo mayor al que actualmente se encuentra regulado. Eso sí, pero ya no bajo la forma del *contempt* directo (detención inmediata), sino por el procedimiento incidental sumarísimo del *contempt* indirecto.

Finalmente, cabe preguntarse si es posible que nuestros jueces puedan aplicar una medida conminatoria a quien resiste de modo injustificado un mandato judicial. Sin perjuicio de los argumentos de naturaleza constitucional expresados al comienzo del presente escrito (el derecho constitucional a la ejecución plena de las decisiones judiciales), y de los poderes implícitos del juez, derivados del ejercicio natural de la función jurisdiccional, creo firmemente que nuestro juez puede aplicar medidas conminatorias en atención a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 715 del Código Procesal Civil[34], norma que posibilita dictar un apercibimiento o amenaza de imposición de un mal mayor a quien resista injustificadamente el mandato de ejecución de una resolución judicial firme o de cumplimiento inmediato, siempre y cuando se trate del incumplimiento de obligaciones con prestaciones de hacer, no hacer o dar un bien cierto.

Además, nuestro juez tiene la posibilidad de llenar cualquier vacío legislativo recurriendo a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, tal como lo establece el segundo párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil[35].

Soy consciente de que la decisión de imponer una medida conminatoria, debe llevar una gran dosis de valentía de parte del juez nacional, ya que éste se vería expuesto a actos de persecución como denuncias por prevaricato, abuso de autoridad, quejas ante la Oficina de Control de la Magistratura, quejas ante el Consejo Nacional de la Magistratura, investigaciones parlamentarias, denuncias periodísticas, etcétera. Ataques de quienes siempre quieren que las

34 "Artículo 715.- Mandato de ejecución.-
Si el mandato de ejecución contuviera exigencia no patrimonial, el Juez debe adecuar el apercibimiento a los fines específicos del cumplimiento de lo resuelto".

35 "Artículo III.- Fines del proceso e integración de la norma procesal.- El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.
En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso".

cosas sigan como están, de quienes siempre han lucrado con el status quo, de quienes quieren a un juez maniatado e indiferente ante las reales necesidades de nuestra sociedad.

La búsqueda de algún precedente judicial peruano para apreciar la aplicación de medios compulsorios, en un principio, había resultado infructuosa. Sin embargo, la vida del abogado procesalista ofreció un caso que resulta ilustrativo, el cual relato a continuación[36].

Como ocurre muy seguido en nuestra realidad, los ejecutores coactivos de las municipalidades ejercen un poder casi absoluto y abusivo (funcionarios públicos con poderes de ejecución). En ese escenario, el Ejecutor Coactivo de una municipalidad del interior del país ordenó un ilegal embargo en forma de retención en contra de un banco (Banco 1) cuya sede principal está en la ciudad de Lima, logrando afectar y retener los fondos que poseía en otra institución financiera (Banco 2). Frente a tal situación el Banco 1 recurrió a la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura y postuló una medida cautelar innovativa, a fin de que cese esa actividad contraria a derecho, consistente en el indebido embargo de sus fondos colocados en el sistema financiero nacional.

La Sala Civil de Huaura decidió conceder la medida cautelar peticionada, y dispuso que se notificara a todos los bancos integrantes del sistema financiero nacional (incluido el Banco 2), a fin de que se deje sin efecto cualquier retención de fondos ejecutada en atención al ilegal mandato decretado por el ejecutor coactivo. Todos los bancos dieron cumplimiento al mandato judicial, menos el Banco 2.

En tal sentido, el Banco 1 solicitó a la Sala Civil de Huaura, se requiera al Banco 2 a fin de que proceda al inmediato levantamiento de los fondos retenidos, requerimiento que dicho órgano jurisdiccional procedió a proveer y notificar debidamente. Como no hubo respuesta, la Corte ordenó que el auxiliar jurisdiccional se constituya en la sucursal del Banco 2 en la ciudad de Huaura, a fin de tomar el dicho del funcionario bancario respectivo, sobre los motivos por los cuales no se daba cumplimento al mandato judicial; actuación que no pudo concretarse por la negativa del funcionario bancario a prestar declaración.

Posteriormente, el Banco 2 se presentó en el proceso cautelar y manifestó su decisión de mantener vigente el embargo en forma de retención sobre los fondos del Banco 1. Argumentó su resistencia al mandato judicial basándose en que ellos sólo se someterían a lo que mandara el Ejecutor Coactivo de la Municipalidad, resultando claro que el Banco 2, en los hechos, había decidido

36 He obviado mencionar a las partes involucradas.

dar cumplimiento a un mandato emitido por una autoridad administrativa (ejecutor coactivo) dejando de lado el mandato judicial cautelar expedido por la Sala Civil de la Corte Superior de Huaura.

Frente a tal situación de contumacia hacia una orden judicial, el Banco 1 solicitó a la Corte de Huaura se apercibiera al Banco 2 bajo amenaza de imposición de multa compulsiva y progresiva, y que ordenara la detención hasta por 24 horas de los funcionarios bancarios responsables, pedido hecho al amparo de lo dispuesto por el artículo 53 del Código Procesal Civil. Todo ello, sin perjuicio de remitir partes al Ministerio Público para la denuncia respectiva por resistencia a la autoridad.

La Corte de Huaura sólo acogió el pedido de imposición de multa equivalente a una unidad de referencia procesal (trescientos sesenta nuevos soles[37]), y le concedió al Banco 2 un nuevo plazo de tres días bajo la amenaza de imponer nueva multa por un monto mayor. Pero lejos de cumplir con el requerimiento judicial, el Banco 2 intentó de manera infructuosa impugnar los apercibimientos decretados por la Sala Civil de la Corte Superior de Hauara.

Posteriormente, el Banco 2 consignó en el Banco de la Nación el equivalente a trescientos sesenta soles, dando por cancelada la multa impuesta. Demás está decir que dicho banco persistía en su actitud de desobediencia al mandato cautelar de levantamiento de fondos, prefiriendo en lugar de ello pagar una multa irrisoria. Era evidente, pues, que el Banco 2 no tenía la menor intención de dar cumplimiento al mandato judicial y prefería pagar las multas que vinieran.

Transcurridos siete meses desde la expedición del auto cautelar, cuatro meses desde el primer apercibimiento, dos meses desde la imposición de una multa equivalente a S/. 360 y casi un mes desde el pago de dicha multa, y un año desde la indebida retención de los fondos pertenecientes al Banco 1, la situación seguía siendo la misma. Por ello, el Banco 1 solicitó nuevamente la aplicación conjunta de los medios compulsorios regulados por el artículo 53 del Código Procesal Civil, pedido que esta vez sí fue admitido por la Sala Civil de la siguiente manera:

"Estando a lo que se solicita y teniendo en cuenta que el Banco (...) se niega a acatar lo ordenado por esta Sala, la que se ve obligada a utilizar las facultades coercitivas de las que está investida: IMPUSIERON multa compulsiva y progresiva al banco (...) de dos unidades de referencia procesal, lo REQUIRIERON para que proceda al levantamiento de la retención de fondos efectuada al banco (...), como consecuencia de la ejecución coactiva (...) dictada por la Municipalidad (...), en el plazo de tres días, bajo apercibimiento de imponér-

37 Cantidad que equivale a US$ 128 aproximadamente.

sele multa de monto mayor y de ordenarse la detención por veinticuatro horas a quienes el banco demandante deberá identificar y ORDENARON se remita copia certificada de los actuados al Ministerio Público, para que proceda a sus atribuciones".

Antes de vencerse el plazo otorgado por la Sala Civil, el Banco 2 dio cumplimento al mandato judicial liberando los fondos del Banco 1.

En el caso antes descrito, se aprecia claramente que el Banco 1, renuente a cumplir con la decisión judicial, hizo un análisis costo-beneficio entre pagar 360 nuevos soles y liberar fondos embargados inmensamente superiores a dicho monto, análisis que lo llevó a la conclusión que menos perjudicial le resultaba pagar una multa irrisoria que cumplir con el mandato judicial. Recién cuando se incrementó la multa y, sobre todo, se decretó la amenaza de detención civil (forma de *contempt of court*) en contra de los funcionarios bancarios responsables, se pudo doblegar la resistencia del banco.

VI. LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN SEDE CONSTITUCIONAL

a. Las medidas conminatorias concedidas al juez constitucional

Si consideramos que el derecho a la ejecución plena de las resoluciones (o decisiones) judiciales es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, es menester repasar cuál es el tratamiento que el legislador otorga a este tipo de herramienta procesal a los jueces constitucionales peruanos, cuya función es impartir justicia teniendo como fin esencial garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales[38].

El artículo 22 del Código Procesal Constitucional[39] es la norma que regula el tema en mención, concediéndole al juez constitucional no sólo un valor

38 "Artículo II, del Código Procesal Constitucional.- Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales".

39 "Artículo 22.- Actuación de sentencias.- La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad. La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer, es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas deben ser incorporadas como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución. El monto de las multas lo determina discrecionalmente el Juez, fijándolo en

preponderante de sus sentencias frente a otras de distinta naturaleza (civil, comercial, contencioso-administrativa, etc.) sino que, además, lo inviste de la capacidad de imponer medidas coercitivas a quien se muestre renuente a su decisión. Las medidas compulsorias taxativamente contempladas en el texto procesal constitucional son dos, a saber:

a) Multas fijas o acumulativas a discrecionalidad del juez que debe observar la magnitud del agravio constitucional.
b) La destitución del renuente.

De las medidas compulsorias trazadas, llama la atención fundamentalmente aquella referida al poder del juez constitucional de destituir al rebelde. En efecto, ésta es una innovación respecto de la legislación procesal tratada hasta el momento. De acuerdo con los párrafos que preceden, esta facultad de destitución no puede ser entendida como cosa distinta a las denominadas medidas conminatorias ya explicadas, cuyas características, como ya dijimos, son: (i) es cualquier orden devenida que sea producto de la desobediencia a un mandato judicial primigenio, (ii) es de contenido no pecuniario, y (iii) es de alcance extraprocesal, en tanto no repercute directamente en el trámite del proceso.

Ahora bien, considero que la prudencia del juez constitucional debe salir a flote en la aplicación de esta norma, en tanto que su uso indebido puede ser excesivamente gravoso para el rebelde. En ese sentido, como toda medida conminatoria, para su aplicación, debe existir una amenaza previa de infligir un mal mayor. De ser así, y de acuerdo con el tenor de la norma, en caso de renuencia a cumplirse un mandato judicial, el juez constitucional deberá, en primer término, realizar un apercibimiento de multa; en segundo término, en caso de persistir el desacato, imponer la multa (fija o acumulativa); luego, amenazar con la destitución y sólo como último mecanismo de coerción proceder con la destitución del funcionario involucrado.

Consideramos que de esta forma el legislador habría regulado, dentro de sus posibilidades, una garantía para el cumplimiento de las sentencias constitucionales.

Unidades de Referencia Procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará efectivo con el auxilio de la fuerza pública, el recurso de una institución financiera o la ayuda de quien el Juez estime pertinente. El Juez puede decidir que las multas acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial. El monto recaudado por las multas constituye ingreso propio del Poder Judicial, salvo que la parte acate el mandato judicial dentro de los tres días posteriores a la imposición de la multa. En este último caso, el monto recaudado será devuelto en su integridad al titular".

b. La actuación de la sentencia constitucional impugnada

Además de los poderes conminatorios otorgados al juez constitucional, se debe resaltar la relevancia y preocupación del legislador frente al cumplimiento de las decisiones judiciales en sede constitucional. En efecto, como adición a las medidas compulsorias tratadas, el Código Procesal Constitucional reconoce lo que en doctrina procesal se denomina "actuación inmediata de la sentencia impugnada". Así, el mismo artículo 22 que describí en el literal precedente establece, además de una prevalencia de las sentencias constitucionales sobre cualquiera de naturaleza distinta, la actuación inmediata de la sentencia constitucional estimatoria; así ésta fuese impugnada, en los casos de obligaciones de dar, hacer o no hacer. Y es en ese sentido que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Peruano, en la sentencia recaída en el expediente Nº 00607-2009-PA/TC, el cual señala que "a diferencia del modelo procesal que recogía la derogada Ley Nº 23506 y normas conexas, el Código Procesal Constitucional (C.P. Const.) –vigente desde el 1 de diciembre de 2004– ha incorporado en su artículo 22, segundo párrafo, el régimen de actuación inmediata de sentencias estimatorias para los procesos constitucionales (…) el juez constitucional se encuentra habilitado en estos casos para ejecutar los mandatos contenidos en su sentencia estimatoria…".

Pero, ahí no queda la cosa. Es lugar común, en nuestro país, criticar las sentencias que expide nuestro Tribunal Constitucional, pero casi nunca resaltamos las bondades de las decisiones que sí resultan positivas para nuestra sociedad. Y éste es un caso perfecto para resaltar positivamente la actuación de nuestro Tribunal Constitucional, ya que a través de la Sentencia 00607 fija los siguientes presupuestos para la actuación inmediata de las sentencias estimatorias:

- **Sistema de valoración mixto**: Se fija como regla la actuación inmediata de la sentencia, pero se le concede al juez cierto margen de discrecionalidad para actuar de acuerdo con las circunstancias especiales del caso concreto.
- **Juez competente**: Será competente el juzgador que dictó la sentencia de primer grado.
- **Forma de otorgamiento**: Se admite que la actuación inmediata de la sentencia pueda realizarse tanto a pedido de parte como de oficio; en este último supuesto, cuando exista un riesgo de producción de un daño de muy difícil reparación.
- **Sujetos legitimados**: Podrán solicitar la actuación inmediata el beneficiario de la sentencia estimatoria o, en su caso, el representante procesal.
- **Tipo de sentencia**: Sólo procede respecto de sentencias de condena.

- **Mandato preciso**: La sentencia estimatoria, para ser actuada, deberá contar con un mandato específico y determinado, de modo que no haya duda alguna respecto del modo en que deberá ser cumplida.

Además de lo indicado, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido los siguientes presupuestos procesales:

- **No irreversibilidad**: No resultara procedente la actuación inmediata cuando no sea posible revertir la ejecución, en el supuesto de que la sentencia estimatoria sea revocada posteriormente.
- **Proporcionalidad**: Sin perjuicio de observar la regla general, conceder la actuación inmediata, el juez deberá evaluar y ponderar si puede causarle al demandado un mayor daño frente al menor perjuicio que podría sufrir el demandante por la no ejecución.
- **No es exigible el otorgamiento de caución**: Sin embargo, por excepción, el juez puede exigir el otorgamiento de determinadas garantías cuando las pretensiones amparadas contengan algún tipo de contenido patrimonial.
- **Régimen de impugnación**: Tanto la decisión que ordena la actuación inmediata como aquella que la deniega, serán inimpugnables.

Siendo así, es notorio que en materia procesal constitucional el legislador peruano le ha otorgado prevalencia al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su manifestación de ejecución plena de las decisiones judiciales frente a los demás intereses que recoge la Constitución, como puede ser el principio de doble instancia o el efecto suspensivo de los recursos.

VII. LA EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES ARBITRALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En el punto anterior he realizado un breve repaso sobre el tratamiento del derecho a la ejecución en la que es quizás la materia más importante en un Estado de Derecho, como es la constitucional, rama eminentemente pública. Pasemos ahora al otro extremo del espectro, denominado por algunos como el proceso privado, a efecto de conocer la regulación del tema que nos ocupa y la idoneidad de ésta.

El arbitraje se encuentra sometido a la eterna y a veces improductiva discusión concerniente a determinar si corresponde o no darle carácter de jurisdicción. Quienes sostienen que los árbitros no tienen facultades jurisdiccionales señalan que aquellos no cuentan con dos elementos básicos: (i) ejecución y (ii) coerción. Sin embargo, nuestro legislador ha hecho un avance importante. Ahora, los árbitros sí tienen facultad de ejecutar sus decisiones, muestra de

ello son los artículos 48[40] y 67[41] del Decreto Legislativo Nº 1071, que norma el arbitraje (en adelante, LPA). Sin embargo, en función de estas mismas normas es claro que los árbitros no gozan de la *executio* necesaria para hacer efectivas sus decisiones. Por lo tanto, en los casos de ejecución forzada, debe existir una cooperación judicial con relación al arbitraje.

La colaboración señalada y el derecho a la ejecución de decisiones jurisdiccionales que le asiste a toda persona se ven seriamente amenazados por una aparente incoherencia del ordenamiento procesal peruano, que advertimos a continuación.

El artículo 59[42] de la LPA establece la denominada *actuación del laudo impugnado* (en doctrina procesal conocida como la actuación de la sentencia impugnada, como ya vimos en los procesos constitucionales). Es decir que, salvo pacto en contrario, el laudo despliega sus efectos desde su notificación a las partes sin importar la interposición de recurso alguno que cuestione su validez, como el de anulación. Abunda en esta posición el artículo 66[43] del mismo texto legal. La LPA es una norma que privilegia claramente el derecho de ejecución del vencedor en proceso, en contraste con otros intereses que puedan estar reconocidos al vencido (revisión judicial del laudo vía recurso de anulación). No obstante, se podría presentar una dificultad en la aplicación de esta norma para aquellos casos en los cuales la decisión contenida en el laudo deba ser ejecutada por la vía judicial (ejecución forzada).

En efecto, el Código Procesal Civil peruano regula el Proceso Único de Ejecución a partir de su artículo 688. Y es justamente en este artículo que se establece lo siguiente:

"Sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes:

1. (…)

40 "Artículo 48.- El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente la asistencia de la fuerza pública…".

41 "Artículo 67.- 1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable. 2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir a la fuerza pública…".

42 "Artículo 59.- 1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes…".

43 "Artículo 66.- 1. La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni de su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable… 2. Si no se ha acordado requisito alguno, a pedido de parte, la Corte Superior concederá la suspensión, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la otra parte…".

2. Los laudos arbitrales firmes; (…)".

La norma glosada nos presenta un escenario de aparente incoherencia. Por un lado, la legislación arbitral nos señala que los laudos son ejecutables desde el momento en que se notifica a las partes, sin importar si se ha interpuesto recurso de anulación, pero el Código Procesal Civil indica que sólo son títulos ejecutivos los laudos *firmes*, entendiéndose como tales aquellos contra los que no se ha recurrido, o, habiéndose impugnado, el procedimiento recursivo ha finalizado.

Así las cosas, puede darse el supuesto de que A inicie un arbitraje contra B sobre responsabilidad contractual en el que A resulte vencedor y deba ejecutar el laudo definitivo en sede judicial, pues a pesar de que el mismo ha sido cuestionado a través de un recurso de anulación de laudo, los artículos 48 y 67 de la LPA permiten ejecutarlo. No obstante, el órgano judicial competente podría, debido a la aparente incoherencia normativa señalada, sólo conceder mérito ejecutivo a aquellos laudos firmes, y en este caso el laudo no lo es porque ha sido impugnado.

Para resolver esta incoherencia legislativa, se puede recurrir a la Décima Disposición Complementaria de la LPA, que establece que "las disposiciones de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil", por lo cual debe prevalecer el mérito ejecutivo inmediato que le otorga la primera a los laudos impugnados. También es cierto que la regulación, tal como se presenta en la actualidad, puede dar lugar a que jueces no expeditos en la materia o conservadores, mediante una interpretación indebida, afecten el derecho a la ejecución de los justiciables.

En ese sentido, advirtiendo la importancia de la ejecución de las decisiones judiciales o arbitrales, es menester una regulación más clara y uniforme en cuanto a este tema, que evitará indebidas afectaciones a los consumidores del sistema de justicia.

VIII. CONCLUSIONES

1) El derecho a la ejecución de las decisiones judiciales o arbitrales constituye un elemento esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido constitucionalmente por nuestra Constitución de 1993 en el inciso 3 de su artículo 139. Para que este derecho sea pleno, se debe dotar a los jueces de poder suficiente para doblegar la voluntad del rebelde que se niegue a cumplirlas.

2) Los poderes jurisdiccionales que deben ostentar los jueces son conocidos como medios compulsorios, los cuales se dividen en extraprocesales cuando no repercuten de modo directo en el trámite regular del proceso, sino a doblegar la voluntad del renuente, y en intraprocesales cuando tienen consecuencias directas en el trámite del proceso.

3) Los medios compulsorios procesales son, por regla, aplicables al incumplimiento de obligaciones con prestaciones de hacer, de no hacer o de dar cosas ciertas. En el Perú se encuentra reconocido este poder jurisdiccional en los artículos 52, 53, 707 y 715, entre otros, del Código Procesal Civil, y en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

4) Asimismo, por excelencia, se subdividen en (i) el *contempt of court* (prisión, multa, pérdida de derechos procesales y secuestro), (ii) las astreintes y (iii) la medida conminatoria.

5) Las medidas conminatorias se caracterizan por lo siguiente: (i) Su contenido es creado por el mismo juez, (ii) no es pecuniaria y (iii) sus alcances son extraprocesales. Su debida aplicación consiste en que el magistrado, en primer orden, conmine al rebelde a cumplir bajo la amenaza de infligirle un mal mayor, y sólo si su actuación renuente persiste se debería aplicar la medida conminatoria.

6) Además de los medios compulsorios procesales, una herramienta sumamente eficaz para salvaguardar el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales consiste en la denominada "actuación de la sentencia impugnada", reconocida en nuestro ordenamiento para las sentencias constitucionales y laudos arbitrales.



Setiembre, 2011. Depósito Legal Nº. 356.647 / 11
w w w . t r a d i n c o . c o m . u y

MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA CIVIL