



**Civil Procedure Review**  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

***Civil Procedure Review* - ISSN 2191-1339**  
Electronic Law Review in the field of Procedural Law

**<http://www.civilprocedurereview.com>**

**Vol.2 – Special Edition – 2011**

**Summary**  
**Vol.2 – Special Edition**  
**South America’s Reports to the XIV IAPL World Congress**  
**Heidelberg, Germany – 2011**

**GENERAL REPORT**

**MODEL LAWS AND NATIONAL TRADITIONS - GENERAL REPORT**

ROBERTO OMAR BERIZONCE ..... p.3

**NATIONAL REPORTS**

**BRAZIL**

ADA PELLEGRINI GRINOVER AND KAZUO WATANABE ..... p.63

**CHILE**

ÁLVARO PÉREZ RAGONE AND RAÚL NUÑEZ OJEDA ..... p.98

**COLOMBIA**

RAMIRO BEJARANO GUZMÁN, FREDY TOSCANO AND CAMILO VALENZUELA ..... p.125

**PERU**

JUAN MONROY GALVEZ AND OMAR CAIRO ..... p.203

**URUGUAY**

ÁNGEL LANDONI SOSA AND SANTIAGO PEREIRA CAMPOS ..... p.225

**VENEZUELA**

RENÉ MOLINA GALICIA AND YAJAIRA YRURETA ORTIZ ..... p.289

**The *Civil Procedure Review*'s Editorial Board expresses gratitude to all authors and specially Professor Roberto Berizonce for the collecting of the material and sending of the reports**



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## ***Model Laws and National Traditions***

### **General Report<sup>1</sup>**

***Roberto Omar Berizonce***

Professor Emeritus at the Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Honorary President of the Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal and member of the International Association of Procedural Law

#### **Introducción**

Este Relatorio General comprende una visión global, necesariamente sintética, de la tan vasta temática de las diversas tradiciones jurídicas y los intentos de armonización o uniformación de las legislaciones, así como los esfuerzos desplegados con esa finalidad en los niveles regionales y a través de otros emprendimientos con vocación de universalidad.

El planteamiento de las complejas cuestiones y problemas que se suscitan en torno de la temática general, tanto como los interrogantes y dilemas a los que se pretende brindar respuesta, están contenidos en la síntesis introductoria, donde se expresa lo siguiente:

Es clásica la distinción entre tradiciones de *common law* y de *civil law* para proceder a una clasificación de los sistemas jurídicos tanto en cuanto el derecho material como en materia de proceso civil, si bien esta distinción no da cuenta de todos los matices y de todas las tendencias en materia de procesal<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> El presente relatorio integra el Relatorio General elaborado por el autor, junto con la Prof. Frédérique Ferrand, destinado al Congreso Internacional de la IAPL - 2011.

<sup>2</sup> V.H. Kronke, que habla de “stéréotypes”, Le cadre du projet ALI/Unidroit, in F. Ferrand (dir), *La procédure civile mondiale modélisée*, EJT éd., 2004, p. 18.



Aunque aproximaciones sucesivas cada vez más notorias se realicen<sup>3</sup>, esta dicotomía clásica de base permanece<sup>4</sup>.

Ciertamente, los fenómenos de recepción de ciertas instituciones de una tradición jurídica en la otra suceden, a tal punto que los derechos nacionales devienen a veces sabias “mélanges”, pero esto no hace desaparecer por sí solo las “raíces” de tal o cual ordenamiento jurídico nacional. Aunque los cambios, aproximaciones se operen y se operarán todavía en el futuro, no habrá sin duda una asimilación total y una unificación mundial del proceso civil.

Durante mucho tiempo, el proceso civil ha sido considerado como excluido de toda tentativa de armonización a causa de que estaría particularmente atado a la soberanía de un Estado<sup>5</sup> y a su cultura jurídica y que dependería pues del *orden público* nacional<sup>6</sup>. Si este modo de ver tiende a retroceder, notoriamente, en especial en el ámbito de Europa y también en los países iberoamericanos (es decir, en los espacios regionales más o menos integrados)<sup>7</sup>, y si ciertos textos internacionales tienden a armonizar algunas instituciones procesales, sin embargo las singularidades de las leyes procesales resisten todavía hoy de manera casi insuperable a los intentos de unificación o de uniformización de los procedimientos, aún bajo formas de un modelo único de Código Procesal. En ese sentido, puede afirmarse que la cultura del proceso revela profundamente la cultura de una determinada sociedad.

---

<sup>3</sup> V.N. Andrews, *The Modern Civil Process*, Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht 50, Mohr Siebeck éd. 2008, n°1.02, que escribe con humor “*In fact English law is sandwiched between civil law Europe and the distinctive Common law system of the USA*” y que describe en su obra cómo el derecho inglés se adaptó (y debe continuar adaptándose) a fin de ofrecer un modelo atractivo y moderno de justicia civil.. Comp. R. Stürner, *Anglo-American and Continental Civil Procedure: The English Reform as a Model for Further Harmonization?*, in *The Future of Transnational Civil Litigation*, British Institute of Comparative Law 2004, p. 9.

<sup>4</sup> V.G. Hazard, R. Stürner, M. Taruffo et A. Gidi, Reporters’ preface in *ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge Univ. Press 2006, p. XXVIII.

<sup>5</sup> Comp. M. Storme, *Procedural Law and the Reform of Justice: from Regional to Universal Harmonisation*, *Rev. dr. uniforme* 2001, n°4, p. 765. La administración de la justicia ha sido considerada como una expresión de la autoridad política y sus instituciones confirieron una función de Estado, v. J. Sánchez-Cordero Dávila, Preface, in *ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge Univ. Press 2006, p. XXXIII.

<sup>6</sup> V.K.D. Kerameus, *Some Reflections on Procedural Harmonisation; Reasons and Scope*, *Rev. droit uniforme*, 2003, n°1/2, p. 448.

<sup>7</sup> Particularmente, en los términos de la Unión Europea, la adopción de diversos textos de procedimiento civil en materia de competencia jurisdiccional, de reconocimiento y de ejecución (por ejemplo, los reglamentos Bruxelles I y Bruxelles II bis), pero también relativos a las notificaciones en materia civil y comercial, a la cooperación para la obtención de las pruebas, la ayuda judicial, a la mediación en materia civil. Los instrumentos europeos más recientes han igualmente instaurado procedimientos específicos: el procedimiento europeo de injunción de pago (Reglamento CE n° 1896/2006 de 12 diciembre 2006 entró en aplicación el 12 diciembre 2008) y el procedimiento regulatorio de las pequeñas causas (reglamento CE n° 891/2007 del 11 junio 2007 que entró en aplicación el 1<sup>er</sup> julio 2009).



Diversas tentativas han tenido resultados frustrantes: es el caso del modelo de *Code Judiciaire Européen* propuesto por la Comisión Storme. En cuanto a los Códigos Modelo para Iberoamérica, de Proceso Civil y de Procesos Colectivos, no son más que modelos de referencia o de guía, que no tienen la pretensión de ser aplicados como orden jurídico único y unitario. Por otra parte, el Código Modelo procesal civil de 1988 solo ha sido íntegramente adoptado en un sólo país -Uruguay-, bajo circunstancias muy particulares.

En cambio, la tendencia a una cierta armonización, más limitada o sectorial, se afirma en buena medida como consecuencia del fenómeno de la globalización. Esta última, que está asociada a una creciente movilidad también en las relaciones jurídicas en general, torna todavía más importantes y agudas, en los procesos civil y comercial, las exigencias de eficacia, de celeridad, de transparencia, de previsibilidad y de economía del proceso<sup>8</sup>. La doctrina contribuye a esta armonización, lo mismo -en buena medida- la jurisprudencia de los tribunales nacionales o regionales. Así, en Europa, la jurisprudencia francesa acogió instituciones tales como el *amicus curiae*<sup>9</sup> o el *estoppel*<sup>10</sup> para conferirles un sitio particular en el proceso civil. Igualmente, la Corte Europea de los Derechos Humanos contribuye, para los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa, a realizar una cierta armonización de los procedimientos civiles fundándose sobre la noción central de *procés équitable* contenida en el artículo 6 § 1 CEDH<sup>11</sup>, donde ella desarrolló un tríptico: el derecho de acceso efectivo al tribunal, el derecho a una buena justicia (equidad en los procedimientos, igualdad de armas, publicidad, independencia e imparcialidad de los jueces...) y finalmente el derecho a la ejecución de las decisiones de justicia. Incluso si bien la Corte Europea de los Derechos Humanos no se inmiscuye en los pormenores de la reglamentación procesal de los Estados contratantes, las exigencias fundadas sobre una interpretación extensiva del artículo 6 § CEDH han contribuido notablemente a la modificación de las legislaciones nacionales que habían sido consideradas

<sup>8</sup> V.M. Storme, *Procedural Law and the Reform of Justice: from Regional to Universal Harmonization*, préc., p. 768.

<sup>9</sup> V. Cass. ass. plén., 31 mayo 1991, *D.* 1991, p. 417, relación Y. Chartier y nota D. Thouvenin; 29 junio 2001, *JCP G* 2001. II. 10 569, relación P. Sargos y concl. J. Sainte-Rose; Cass. ch. mixta, 23 nov. 2004, *D.* 2004. IR. 3 191; CA Paris, 16 oct. 1992, *D.* 1993, p. 172, nota Y. Laurin. V. aussi D. Mazeaud, *L'expertise de droit à travers l'amicus curiae*, in: *L'expertise*, bajo la dirección de D. Mazeaud et M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 1995, p. 109 et s.; R. Encinas de Munagorri, *L'ouverture de la Cour de cassation aux amici curiae*, *RTDCiv.* 2005, p. 88.

<sup>10</sup> En materia de arbitraje, v. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 febrero. 2010, *D.* 2010, 448 et déjà Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 julio 2006, *Bull. civ. I*, n°369; *D.* 2006. AJ 1422, obs. X. Delpech et Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mai 2009, *D.* 2009. Pan. 2966, obs. Th. Clay. En el marco de proceso civil ante las jurisdicciones estatales francesa, en las cuales el *'estoppel* no es admitido como condición estricta, v. Cass. ass. plén., 27 febrero 2009, *D.* 2009. Jur. 1245, nota D. Houtcief; *D.* 2010. Pan. 169, obs. N. Fricero; *JCP G* 2009. II. 10 073, nota P. Callé.

<sup>11</sup> Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales del 4 noviembre 1950.



violatorias de los principios del artículo 6<sup>12</sup>. Hoy la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea ha adquirido fuerza obligatoria con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa; su artículo 47 contiene garantías muy similares a aquellas del artículo 6 § 1 CEDH.

En Iberoamérica se verifica un fenómeno similar. En Argentina, Brasil, Colombia, México y otros países los tribunales (y no sólo los tribunales superiores o supremos, sino igualmente las jurisdicciones inferiores), fundan de modo habitual sus decisiones en los principios y las reglas que se consagran en las convenciones internacionales (el Tratado de San José de Costa Rica, muy similar al Tratado de Roma); y aún sobre la interpretación que de aquellos principios y reglas hacen los tribunales internacionales americanos y europeos. Así, por consiguiente, los principios del debido proceso –proceso justo, *due process of law*–, del derecho al juez natural, del contradictorio entre las partes, del plazo razonable, del acceso irrestricto a la justicia o todavía del derecho a la ejecución de las decisiones judiciales, son habitualmente interpretados y aplicados en sintonía con las convenciones internacionales. Una cierta “uniformidad” viene bajando paulatinamente entonces de los principios convencionales que recientemente (en las dos últimas décadas), han sido constitucionalizados en varios países de la región.

Por otro lado, una tentativa *mundial* de armonización del procedimiento civil transnacional ha sido realizada por los grupos de trabajo comunes de la American Law Institute y de Unidroit. Se han elaborado los *Principes transnationaux de procédure civile*<sup>13</sup>, cuyo objetivo es el de permitir a un litigante extranjero actuar o defenderse ante una jurisdicción de otro Estado, de modo de garantizar un cierto número de principios fundamentales de “buena justicia”, principios inspirados tanto por las garantías procesales consagradas por la Corte Europea de los Derechos Humanos cuanto por los principios rectores del proceso civil contenidos en todos los primeros artículos del Código de procedimiento civil francés. Estos son los principios fundamentales que trascienden segmentaciones tradicionales entre sistemas de derecho continental y *common law*. Los *Principios transnacionales de procedimiento civil*, consagran un fondo

---

<sup>12</sup> V. por ej. Cour eur. dr. h., 30 juill. 1998, *Aerts c/ Belgique*, req. n° 25357/94 (criterios de atribución de la ayuda judicial); 27 oct. 1993, *Dombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas*, req. n° 14448/88 (violación de la igualdad de armas y cuestión de la audición de una parte en el proceso en calidad de testigo); 19 dic. 1997, *Helle c/ Finlande*, req. n° 20772/92 (motivación de las decisiones de justicia). V. también las muy nombradas sentencias que sancionan una violación de la exigencia de duración razonable del proceso. La aparición de una exigencia de eficacia y de rapidez del procedimiento (= plazo razonable) ha contribuido a desarrollar en los numerosos sistemas jurídicos el principio de concentración y el rol activo de jueces como “court manager” (v. M. Storme, Concluding Remarks, in M. Deguchi et M. Storme, *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, op. cit., p. 357, conforme aquí “the dispute is in the hands of the parties. The litigation is in the hands of the Judie”).

<sup>13</sup> ALI/Unidroit, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge University Press/Unidroit, 2006.



común procesal que reposa sobre la equidad del proceso, donde sin embargo, sobre ciertas cuestiones, optan por una aproximación al *common law*, a veces atenuando los trazos (por ejemplo en materia de pruebas, de transacción pendiente el proceso, del rol de un eventual *amicus curiae*...). Estos Principios constituyen un *soft law* que los Estados interesados pueden decidir adoptar, para integrar total o parcialmente en su orden jurídico nacional. México notoriamente ha testimoniado su interés por esta “ley-modelo”<sup>14</sup> que ha influenciado su proceso civil.

Nos podemos preguntar, en definitiva, si la influencia de leyes-modelo en su vocación de universalidad no es potencialmente más intensa en los continentes donde no existe una real integración económica y jurídica regional. Ciertos autores<sup>15</sup> han afirmado que las Américas serían más abiertas a los movimientos universales de armonización, en razón del hecho que ninguna atadura regional impediría allí adherir a tales movimientos. A ello habrá que agregar, en relación a Iberoamérica, que los movimientos de integración, y especialmente los de integración jurídica, se facilitan notablemente por la comunidad compartida de orígenes, tradiciones, idiomas, valores y creencias<sup>16</sup>. ¿La Unión europea se encuentra en desventaja para la armonización a nivel mundial, en razón del propio proceso de integración jurídica europea?

Agradeceremos a los relatores nacionales responder al siguiente cuestionario. Uds. están en libertad de agregar otras cuestiones que se estimen de interés para el mejor y más acabado enfoque de los temas.

Roberto Omar Berizonce

Frédérique Ferrand

## Cuestionario general para los relatores nacionales

### I. Tradiciones nacionales

<sup>14</sup> V.J. Sánchez-Cordero Dávila, Preface, in *ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge Univ. Press 2006, p. XXXViii et s.

<sup>15</sup> V.H.P. Glenn, Prospects for Transnational Civil Procedure in the Americas, *Rev. dr. uniforme* 2003, n°1/2, p. 488.

<sup>16</sup> VESCOVI E., *El proyecto de Código Procesal Civil uniforme para América Latina*, Rev. Inst. Colombiano de Der. Proc., Bogotá, 1986, n° 4, p. 68 y ss.. GELSI BIDART A., *Código “tipo” y reforma del proceso civil...* en *Un “Códice Tipo” di procedure civile per l’America Latina*, Cedam, Padova, 1990, pp. 41 y ss..



1. *Frente a la distinción clásica entre tradiciones jurídicas (common law, civil law), ¿a qué tradición corresponde la legislación procesal de su país? Describa sucintamente las características típicas en lo que concierne a los principios fundamentales del proceso civil (principios dispositivo, inquisitorio, mixto; contradictorio; oralidad; publicidad; administración de la prueba; vías de impugnación y alcance de las instancias recursivas, etc.).*
2. *¿Existen tradiciones nacionales muy específicas en su país en materia de proceso civil? Por ejemplo, en materia de recurrencia a los medios alternativos de resolución de litigios antes o durante la instancia judicial, en materia de poderes del juez, de cargas, derechos y obligaciones de la partes, de prueba, de vías de recursos, etc.*
3. *¿Se han adoptado en su país recientemente (en los 15 últimos años) reformas procesales estructurales? Si es sí, ¿en qué dirección fueron esas reformas y cual ha sido el objetivo? ¿Han contribuido ellas a “modelar” el proceso y a la armonización en relación a las convenciones internacionales o leyes-modelos, o a los Principios ALI/Unidroit de Procédure civile transnacional?*
4. *¿Los proyectos de reforma procesal civil son, en su país, precedidos por estudios de derecho comparado?*
5. *¿Constata usted en su país un retroceso de la distinción clásica entre common law y civil law en materia de proceso civil? ¿en qué instituciones o principios?*

## **II. Leyes modelos**

6. **a)** *¿En qué medida la jurisprudencia de su país acoge los principios de las convenciones y tratados internacionales (Convención Americana sobre los Derechos del Hombre, textos de la Unión Europea, Convención Europea de los Derechos del Hombre, Tratado Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.) y la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales (Corte Interamericana de los Derechos del Hombre, jurisdicciones europeas y otras)? Indicar las principales materia a los que aquellas han sido aplicadas.*  
  
**b)** *¿Los tribunales de su país han resistido a veces seguir la jurisprudencia en materia de procedimiento civil de una jurisdicción internacional (por ej. La Corte Europea de los Derechos Humanos), dictando decisiones en sentido contrario u opuesto?*





7. *En doctrina, ¿hay en su país debates sobre la “modelización” mundial (o regional) del proceso civil? ¿Cuál es la posición mayoritaria de los autores en esta materia? ¿Cómo han sido recibidos los Principios ALI/Unidroit de Procedimiento civil transnacional? La cuestión de la autonomía procesal de los Estados ha sido un obstáculo?*
8. *En jurisprudencia, ¿los tribunales de su país han hecho alguna referencia a) a los principios transnacionales de procedimiento; b) a las leyes-modelos; c) a los principios fundamentales y universales del proceso? ¿Constató usted alguna influencia de la flexibilidad y la contractualización de las reglas de procedimiento en el arbitraje ante las jurisdicciones estatales?*
9. *¿Su derecho nacional del procedimiento es incompatible con ciertos Principios transnacionales de procedimiento civil ALI/Unidroit? Si es sí, ¿con cuáles? ¿Diría usted globalmente que los Principios ALI/Unidroit son más bien compatibles o incompatibles con sus reglas de procedimiento civil? ¿Los principios ALI/Unidroit de procedimiento civil transnacional han influenciado las reformas recientes del procedimiento civil en su país?*

**Preguntas suplementarias para los relatores nacionales  
de Iberoamérica**

1. *En qué medida el ordenamiento procesal civil de su país recoge los principios típicos del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica, de 1988: a) oralidad ante jueces unipersonales con apelación ante una cámara superior; b) poderes del juez ordenatorios e instructorios; c) intermediación y concentración; d) audiencia preliminar; e) proceso monitorio; f) procesos sociales; g) otras instituciones.*
2. *En qué medida el ordenamiento procesal de su país recoge los principios típicos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2006: a) legitimación extraordinaria; b) requisitos de la demanda colectiva y representatividad adecuada; c) anticipación de la tutela; d) derechos individuales homogéneos; e) cosa juzgada; f) otras instituciones.*



3. *En qué medida la jurisprudencia de los tribunales de su país recoge los principios de las convenciones y pactos internacionales (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de Roma, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.) y la doctrina de los Tribunales internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos y otros); indicando las principales materias en que se aplica (derechos económicos, sociales y culturales; derechos de la institucionalidad democrática; derecho de incidencia colectiva; etc.).*

Ha sido para mí un gran honor y un inmenso placer trabajar con la tan prestigiosa Prof. Frédérique Ferrand, de la Universidad de Lyon, experta conocedora de todos los temas analizados. Mi propósito se ha limitado principalmente a elaborar el relato general desde una perspectiva iberoamericana. A ese fin, he contado con la inestimable colaboración de los informantes nacionales, quienes han sido los profesores Ada PELLEGRINI GRINOVER y Kazuo WATANABE, Universidad de São Paulo, Brasil; Eduardo David OTEIZA, Universidad Nacional de La Plata, Argentina; Juan MONROY GALVEZ y Omar CAIRO, Universidad de Lima, Perú; Ángel LANDONI SOSA y Santiago PEREIRA CAMPOS, Universidad de la República, Uruguay; Ramiro BEJARANO GUZMÁN, quien contara con la colaboración de Fredy TOSCANO y Camilo VALENZUELA, Universidad Externado, Colombia; René MOLINA GALICIA y Yajaira YRURETA ORTIZ, Universidad Central, Venezuela; y Álvaro PÉREZ RAGONE y Raúl NÚÑEZ OJEDA, Universidad de Valparaíso, Chile. La tarea que me fuera encomendada no hubiera sido posible sin el inestimable apoyo brindado por los colegas iberoamericanos.

Para facilitar e interpretar las citas que aparecen en el relato general, se ha formulado la siguiente tabla de abreviaturas.

CEDH	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950).
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969).
Com. IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.



C.Br.	Constitución de la República Federativa de Brasil.
CN Arg.	Constitución de la Nación Argentina.
CP Col.	Constitución Política de la República de Colombia.
CP Per.	Constitución Política del Perú.
C. Ven.	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
C. Mex.	Constitución de la República Mexicana.
C. Ur.	Constitución del Uruguay.
STF Br.	Supremo Tribunal Federal de Brasil.
STJ Br.	Superior Tribunal de Justicia de Brasil.
CSN Arg.	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.
SCJ Ur.	Suprema Corte de Justicia de Uruguay.
TC Per.	Tribunal Constitucional del Perú.
CC Col.	Corte Constitucional de Colombia.
CSJ Col.	Suprema Corte de Justicia de Colombia.
CSJ Ven.	Corte Suprema de Justicia de Venezuela.
CPCN Arg.	Código Procesal Civil de la Nación Argentina.
CPC Br.	Código de Proceso Civil de Brasil.
CPC Col.	Código de Procedimiento Civil de Colombia.
CPC Per.	Código Procesal Civil del Perú.
CGP Ur.	Código General del Proceso del Uruguay.
LEC Esp.	Ley de Enjuiciamiento Civil Española.
CMPCI	Código Modelo de Proceso Civil para Iberoamérica.
CMPr.Col.I	Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.



Los informes nacionales se citan por el nombre de los autores.

## **Primera Parte: Tradiciones nacionales.**

### **I. Algunas precisiones preliminares.**

Parécenos necesario formular ciertas precisiones preliminares para orientar la interpretación de este relato general: una primera muy genérica relativa al método comparativo en general y a la forma cómo aquí se intentará aplicarlo para su mejor utilidad. La segunda, para ubicar en general los ordenamientos iberoamericanos en el contexto de los modelos del *civil law continental europeo*. Por último, una tercera, complementaria de la anterior y destinada a anticipar, a grandes rasgos, el paulatino acercamiento de los ordenamientos de la región a las grandes líneas tendenciales que, en los comienzos del nuevo milenio, se denotan en el derecho comparado.

1. Hay generalizada coincidencia en la afirmación acerca que la historia de los dos últimos siglos revela la existencia en el sistema del *civil law continental europeo*, cuanto menos, de tres *modelos* nítidamente diferenciados, cada uno de los cuales sufrió a su vez numerosos desmembramientos: a) el modelo *austro-alemán*; b) el modelo *franco-italiano*; c) el modelo *español*. Un fenómeno similar de desmembramiento ha operado, como es sabido, dentro del *common law*, por razones históricas y especialmente desde las más recientes reformas en Inglaterra y Gales, por la sanción de las *Rules of Civil Procedure*, en 1999, y la Enmienda Constitucional de 2005, que suprimiera la House of Lords estableciendo un particular mecanismo de selección de los jueces supremos, desplazando al *Lord Chancellor* como jefe de la magistratura, y que culminara en 2009 –con la creación de la Suprema Corte, como más alto tribunal del Reino Unido–.

Frente a este panorama –como ha señalado certeramente TARUFFO<sup>17</sup>– puede afirmarse que al presente existe una pluralidad fuertemente fragmentada de modelos procesales y, sobre todo, variadas experiencias de reformas que no pueden ser consideradas en términos genéricos. Cualquier perspectiva que se coloque en el nivel de los macrosistemas corre el riesgo de ser inútil, de ahí que parece preferible la

---

<sup>17</sup> *Due Iceberg a confronto: le derive del common law e civil law*, Rev. Trim. Dir. e Proc. Civ., Guiffré, Milano, 2009; reproducida en RePro, São Paulo, 2010, N° 181, pp. 167 y ss., *Icebergs do common law e civil law?...*, trad. H. Zaneti Jr., versión que hemos seguido.



“microcomparación”, que no significa comparación de los mínimos e irrelevantes detalles de la disciplina del proceso, sino comparación “por ordenamientos”, en contraposición a la comparación por macromodelos.

En cuanto a las “familias de ordenamientos”, conviene estar concientes del hecho que inevitablemente sus miembros están cada vez más expuestos a la segregación, lo que deriva en una creciente “balcanización” del grupo. Con lo que, en definitiva, parece cierto que lo realmente útil y valioso, más que las tentativas de construir homogeneidades en abstracto, son aquellas centradas en las diferencias entre modelos y entre ordenamientos.

Claro que la visión comparatística, tan valiosa, ha de complementarse con el enfoque sociológico – *factual approach*- para verificar el funcionamiento en concreto de los diversos ordenamientos y tornar más útiles los resultados de la comparación<sup>18</sup>.

2. Desde esa perspectiva, conviene anticipar una precisión: los ordenamientos procesales iberoamericanos en su conjunto podrían ser considerados históricamente como un desmembramiento de la “familia” del *civil law* continental europeo que, en su evolución, si bien mantiene los elementos estructurales característicos de aquel, está en camino de conformar un “modelo” procesal singular, derivativo, por la recepción, adopción y adaptación de numerosas instituciones, procedimientos y técnicas provenientes de los tres modelos del *civil law* y, aún, de la familia del *common law*.

A su vez, en la comparación por ordenamientos, dentro de Iberoamérica, se puede apreciar la existencia de dos “bloques” diferenciados: el conformado por los ordenamientos de los países hispano-parlantes y, por otro lado, el de Brasil.

3. En la primera década del nuevo milenio el derecho procesal iberoamericano se encuentra inmerso en un proceso en general de profundas transformaciones que avanza en diversos frentes y a distintas “velocidades” en cada uno de los sistemas nacionales. Tratando de superar sus tradicionales disfuncionalidades, se encamina a recoger y acompañar, de uno u otro modo, las grandes tendencias que se vislumbran en el derecho comparado: 1) el afianzamiento de la concepción de la justicia civil como

---

<sup>18</sup> El análisis comparativo es insuficiente desde una cultura rigurosamente normativista-positivista. Por otro lado, una comparación orientada a las reformas implica la consideración del funcionamiento efectivo del sistema y de los institutos (TARUFFO M., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002. Seguimos la versión castellana: *Sobre fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Temis, Bogotá, 2006, trad. B. Quintero, pp. 58-60).



manifestación de una de las *funciones públicas* esenciales del Estado democrático de derecho, o Estado “de justicia”, con sus correlatos del aseguramiento de las *garantías fundamentales del proceso* y su *efectividad* en concreto (la “edad” de las garantías), en consonancia con su “constitucionalización” y consagración en los pactos y convenciones internacionales a los que adhirieran los países de la región. 2) Como consecuencia de ello, la emergencia de novedosas *tutelas procesales diferenciadas*, que introducen jurisdicciones y técnicas procesales especiales para brindar protección a sujetos y situaciones particularmente necesitadas, que las propias Constituciones o los pactos enuncian con particular énfasis en el catálogo de los derechos fundamentales –derecho a la vida, a la dignidad, a la salud, a la educación y, en general, derechos económicos, sociales y culturales-, incluyendo los derechos de incidencia colectiva – tutela del ambiente, de consumidores y usuarios, de la institucionalidad democrática en general-. 3) la *armonización transnacional* de la justicia civil, primeramente en torno de los Códigos Modelo Iberoamericanos, de Proceso Civil y de Procesos Colectivos, y sobremanera a partir de una vigorosa tendencia que comienza a vislumbrarse en varios países, aunque con diversa intensidad, y que sustentándose promiscuamente provienen de las Constituciones y de los tratados y convenciones sobre derechos humanos –especialmente la CADH-, a través de una interpretación judicial creativa y progresista, comienza a perfilar diversas líneas maestras, coincidentes, propias de una novedosa justicia de “acompañamiento” para la tutela efectiva de los derechos fundamentales. 4) El tránsito hacia la consolidación de los *métodos alternativos de solución de conflictos* y la superación de las contradicciones que plantean frente a la concepción publicística del proceso. 5) el emerger, cada vez más notorio, de *nuevas misiones de los jueces*, como activistas gestores, ejecutores y garantes de la efectividad de las garantías fundamentales y, como consecuencia, el papel de la jurisprudencia como *fuerza del derecho*. De todo lo cual ha derivado una inédita tendencia hacia la construcción de un “constitucionalismo global”<sup>19</sup> para la tutela de los derechos fundamentales.

## **II. Tradiciones jurídicas en la legislación procesal iberoamericana.**

### **1. La tradición del *civil law* continental europeo.**

1.1. Las distintas legislaciones de los países del subcontinente sudamericano nacieron y se desarrollaron en la tradición del *civil law* continental europeo, cuyas variables estructurales fundamentales

---

<sup>19</sup> GILLES P., *El proceso civil en transformación...*, RePro, São Paulo, nº 173, 2009, pp. 330 y ss..



aún perduran en aquellas: **a)** la exaltación de la ley y el régimen de legalidad, como fuente primigenia del derecho; **b)** la *naturaleza del órgano jurisdiccional*, confiado a jueces profesionales dotados de específica competencia técnica jurídica, que solo excepcionalmente cuentan con gabinetes técnicos multidisciplinarios de apoyo (tribunales de familia o de menores, etc.); lo cual ha condicionado la propia evolución de los ordenamientos procesales, que han pasado tíbiamente del originario esquema escriturario hacia un sistema mixto de escritura y oralidad; **c)** la *independencia jurisdiccional*, que está condicionada principalmente por el *método de selección* burocrático, o aún político partidista, de los jueces, su ingreso y permanencia dentro de una carrera jerárquica progresiva hasta su jubilación, idealmente al margen de las influencias políticas a partir de confiar el “gobierno” del Poder Judicial a un órgano independiente conformado por los distintos estamentos involucrados (Consejos Generales o Superiores de la Magistratura); **d)** la *formación jurídica de jueces y abogados*, a través de las Escuelas o Facultades de Derecho universitarias, mediante estudios predominantemente teóricos y abstractos, en base a clases “magistrales” con escaso entrenamiento práctico para la resolución de los casos concretos. Situación atenuada, solo en parte, por la organización del “tirocinio profesional” para los abogados y la creación de Escuelas de la Magistratura; **e)** la *misión de los jueces*, influida por lo anterior y especialmente por desenvolverse con sujeción al esquema “piramidal” jerárquico y al principio de legalidad, que acota fuertemente el poder de creación del derecho a través de la interpretación pretoriana; **f)** el *funcionamiento del proceso civil* deviene acorde con la naturaleza del órgano y la misión asignada a los jueces. Sin embargo, resulta notoria una tendencia, que en paralelo con los más recientes avances operados en los modelos continental-europeos, se encamina a superar la tradicional concepción “privatista” del proceso, sustituyéndola por una visión “publicista”, en la que el juez pasa a instalarse en el centro mismo del proceso, como actor principal para gestionar su desarrollo ordenado, y aún, con poderes instructorios suficientes para esclarecer la verdad de los hechos en disputa y, de ese modo, asegurar el resultado justo y útil de la jurisdicción. Y como proyección se vislumbra un creciente “activismo” judicial sustantivo y procesal, que se convierte en el eje central que alienta una incipiente y rica creación pretoriana, especialmente encaminada al aseguramiento de los derechos fundamentales.

## 2. Evolución histórica.

A partir de la originaria adscripción de los ordenamientos procesales del subcontinente americano a la tradición del *civil law* continental europeo, se ha producido en su evolución histórica el paso sucesivo por



diversas etapas que pueden enunciarse en sus grandes trazos así: colonial; patria; del procedimentalismo; científica; contemporánea.

2.1. El fenómeno de la recepción del proceso común romano-canónico, resultado de la infiltración de elementos germánicos en el proceso romano, opera en España especialmente a partir del siglo XIII, con la compilación llevada a cabo en 1265, conocida con el nombre de las Siete Partidas, de las cuales la III estaba dedicada a la materia procesal. Posteriores regulaciones mantuvieron en esencia sus principios, destacándose la Nueva Recopilación (1567) y la Novísima Recopilación (1805). En América, a partir del descubrimiento (1492) se aplican a través de las Leyes de Indias, la legislación procesal vigente en España, que se ordena mediante la Recopilación de Indias (1680), que establecía un complejo orden de prelación de las leyes entonces vigentes. Durante la época colonial la administración de justicia estaba distribuida entre la justicia lega de primera instancia, civil y criminal, los gobernadores e intendentes con funciones de alzada en ciertos supuestos y las Reales Audiencias, que conocían en tercera instancia y en instancia originaria para el juzgamiento de delitos graves o por la calidad de las personas. Contra las resoluciones de las Reales Audiencias era procedentes recursos extraordinarios para ante el Supremo Consejo de Indias, residente en España. Todavía perduran las consecuencias derivadas de las grandes distancias que separan a las metrópolis de los centros coloniales, lejanía que ha influido en el complejo régimen de las impugnaciones<sup>20</sup>.

En Brasil, desde la época del descubrimiento (1500) hasta la independencia en 1822, estuvo en vigor el derecho real portugués, contenido en las *Ordenações Afonsinas* de 1456, influenciadas por las Siete Partidas, y sucesivamente, las *Ordenações Manuelinas* (1514) y, desde 1603, las *Ordenações Filipinas*. El derecho de las *Ordenações* representaba el *ius proprium*, que se integraba en el cuadro más vasto de los *iura communia*, los derechos del Imperio y el romano-canónico de la Iglesia de aplicación subsidiaria, en paralelo con lo que, es sabido, constituía característica dominante en los ordenamientos europeos de la alta Edad Media. En ese contexto, sobresalía naturalmente la influencia del derecho romano, desde que las propias *Ordenações* constituían una verdadera codificación del derecho común, que pervivió al desaparecer aquellas y aún, en buena parte, hasta nuestros días. Esa evolución, que denotó la falta de recepción en general de otras fuentes externas, incluyendo el derecho francés, confirió al derecho común y procesal brasileño una individualidad propia.

---

<sup>20</sup> OTEIZA E., *Disfuncionalidad del modelo de proceso civil en América Latina* en III Congreso Internacional de Derecho Procesal. *Garantismo y crisis de la Justicia*, Cartagena de Indias, 2-4 setiembre 2009.





2.2. En los tiempos que siguieron a los movimientos de independencia de las potencias coloniales (en 1810 se emanciparon Argentina, Chile, Venezuela, Colombia y México; en 1822, Brasil), se fueron configurando lenta y trabajosamente los nuevos sistemas patrios. Durante muchos años perduraron o influenciaron las legislaciones coloniales, hasta desembocar en las primeras codificaciones procesales, todavía tributarias de las LEC españolas de 1855 y 1881, bajo el auge del procedimentalismo que se encumbró, en general, en las últimas décadas del siglo XIX y pervivió durante más de medio siglo.

Las ideas renovadoras de la doctrina alemana y, especialmente, las difundidas por la escuela clásica italiana inaugurada por CHIOVENDA, y en buena medida también por algunos destacados autores españoles, penetraron primero en la doctrina vernácula, desde los años 30 del siglo pasado, y después fueron recogidas, al menos en parte, por los códigos de la etapa del “procesalismo científico”. Pueden mencionarse, entre otros, el CPCN Arg. (1967)<sup>21</sup>, el CPC Br. (1973)<sup>22</sup>, el CPC Col. (1970)<sup>23</sup>, el CPC Ven. (1986)<sup>24</sup>, el CGP Ur. (1989)<sup>25</sup>, el CPC Pe. (1993)<sup>26</sup>.

En Brasil, producida la emancipación política en 1822, la creación de una nueva legislación operó recién con el transcurso del tiempo. El proceso civil continuó regido por las *Ordenações Filipinas* hasta 1890 al implantarse la República. A partir de la Constitución de 1934 se reconoció la competencia exclusiva de la Unión para legislar sobre proceso civil, consagrándose el primer código en 1939. Igualmente, a partir de mediados del siglo XX el sistema procesal brasileño recibió profundas influencias de la doctrina italiana y alemana, primero, y después de otros países europeos, consolidándose la filiación romano-germánica, al mismo tiempo que se buscaba inspiración en los ordenamientos anglosajones. Resultó notoria la influencia de la doctrina clásica italiana en el CPC de 1973<sup>27</sup>.

### 3. Características típicas de los ordenamientos procesales iberoamericanos.

Frente a la distinción clásica entre tradiciones jurídicas, las legislaciones procesales de los países del subcontinente americano pueden encasillarse, en general, entre aquellas que provienen del *civil law*

<sup>21</sup> OTEIZA E., *Disfuncionalidad del modelo...*, ob. cit..

<sup>22</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

<sup>23</sup> BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..

<sup>24</sup> MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..

<sup>25</sup> LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

<sup>26</sup> MONROY GALVEZ J., CAIRO O..

<sup>27</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



continental europeo, si bien han sufrido “infiltraciones” diversas por la recepción de ciertas y determinadas instituciones que son originarias de las tradición del *common law* inglés y norteamericano.

Las notas esenciales que tipifican los ordenamientos de la región son las siguientes:

### 3.1. Principio dispositivo atenuado.

En todos los códigos se confía a las partes tanto el estímulo de la función judicial, a través del planteamiento de la acción, como la aportación de los hechos sobre los cuales ha de recaer la decisión del juez. La vigencia del principio se manifiesta en la iniciativa del proceso civil (*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*), y la disponibilidad por las partes del derecho material, a través del desestimamiento de la acción o del derecho, el allanamiento del demandado, la transacción o conciliación (salvo en los procesos en que existe un interés general comprometido). En cambio, corresponde al juez la dirección del proceso, que incluye el impulso material oficioso, sin perjuicio de la carga de las partes de hacer lo propio.

Las partes son las que mediante sus postulaciones, proceden a aportar los hechos y determinan el *thema decidendum*, debiendo el juez limitarse a decidir en los términos de dichas alegaciones (principio de congruencia), sin perjuicio de la aplicación del derecho que correspondiere (*iuria novit curia*). Al juez se le reconoce, en la mayoría de los ordenamientos, potestades más o menos amplias para completar o integrar, *ex officio*, el material probatorio aportado por las partes. Así, el CPCN Arg. le impone como deber ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes (art. 36, inc. 2º); puede, asimismo, disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimientos de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa (art. 452). Estos preceptos y otros complementarios contribuyen a atenuar considerablemente el principio dispositivo y le adjudican al juez un rol relevante como director y gestor del proceso. Lo propio ocurre en el CPC Br.<sup>28</sup>, CPC Col.<sup>29</sup>, CPC Ven.<sup>30</sup>, CGP Ur.<sup>31</sup> y CPC Pe<sup>32</sup>. Las técnicas del *case*

<sup>28</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K., quienes afirman que el sistema brasileño puede ser considerado un sistema mixto de *civil law* y *common law*. El principio dispositivo es observado para el enjuiciamiento de la demanda, pero el proceso se desenvuelve por impulso oficial, con poderes instructorios conferidos al juez.

<sup>29</sup> BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., señalan que las características más relevantes del sistema procesal colombiano se encuentran en el “Título Preliminar” del CPC: i) gratuidad; ii) sistema mixto de procedimiento, en el cual tienen cabida el dispositivo y el inquisitivo; iii) la prevalencia del derecho sustancial, que comporta la garantía del debido proceso.



*management* si bien no están explicitadas, son a menudo utilizadas, en sus diversas variables con la finalidad de acelerar el trámite del proceso. El CPC Ch., de su lado, continúa imbuído de los principios tradicionales que acotan considerablemente la misión judicial<sup>33</sup>.

### 3.2. Principio de contradicción.

La garantía de contradicción o bilateralidad deriva, en la mayoría de los ordenamientos, de cláusulas constitucionales que consagran la inviolabilidad de la defensa en juicio. Supone que las leyes procesales acuerden a las partes una suficiente y razonable oportunidad de ser oídas y participar en la actividad probatoria, mediante el ofrecimiento, producción y control de las pruebas de parte y de las dispuestas *ex officio* por el juez.

Excepcionalmente, se admite que las medidas cautelares y de urgencia en general, puedan ser decretadas *inaudita parte*; o, en los juicios de ejecución, se excluye la posibilidad de deducir ciertas defensas vinculadas con la relación sustancial o fundadas en circunstancias anteriores a la creación del título que se ejecuta. Se trata de supuestos de aplazamiento o postergación del contradictorio, que puede ser ejercido en un momento posterior.

En varios ordenamientos se regulan procesos de estructura monitoria, generalmente siguiendo el tradicional modelo italiano documental, aunque con variantes no significativas. Así, en Uruguay (arts. 354, ss. CGP Ur.)<sup>34</sup>, Brasil (arts. 1102-a, b y c, CPC)<sup>35</sup>, y Venezuela<sup>36</sup>.

---

<sup>30</sup> MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y., destacan que el CPC Ven. de 1986 introdujo la figura del juez como director del proceso y le ordena su impulso aún de oficio hasta su conclusión, atribuyéndole facultades probatorias que en general no ejerce.

<sup>31</sup> LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S., subrayan que en el CGP vigente el juez se constituye el verdadero director del proceso, abandonando su anterior rol pasivo, en el marco de un sistema predominantemente dispositivo, donde subsiste la disponibilidad material del derecho en cabeza de las partes y las consecuentes limitaciones del juez por los hechos y pruebas restringidas a los hechos alegados y controvertidos.

<sup>32</sup> MONROY GALVEZ J., CAIRO O., quienes enfatizan que el CPC Per. vigente se elaboró en base a los principios o garantías constitucionales del proceso, reconociendo los derechos de las partes (principios de la demanda, de igualdad sustancial, del contradictorio, de la defensa, etc.), en equilibrio con aquellos que permiten al juez el dictado de una resolución justa, como director del proceso y titular de poderes instructorios a ese fin.

<sup>33</sup> PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R., destacan la actitud pasiva del juez chileno no sólo en la génesis del proceso sino también en cuanto al desenvolvimiento de los trámites y la instrucción probatoria, ámbito en el que las atribuciones del órgano están restringidas a la sola adopción de las tradicionales medidas “para mejor proveer” de la antigua legislación española.

<sup>34</sup> LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

<sup>35</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.: la acción monitoria exclusivamente documental fue introducida en el CPC por ley 9079, de 1995 (arts. 1102-a, b y c).



### 3.3. *Sistemas mixtos de escritura-oralidad.*

La pervivencia casi inalterada de las variables estructurales de la tradición del *civil law* en las legislaciones hispano-luso americanas ha sido una de las razones de mayor peso que ha impedido, en la mayoría de ellos, la adopción de sistemas de enjuiciamiento orales, o al menos, predominantemente orales. El tan denostado esquema escriturario estructurado en estrictas fases preclusivas, con todas sus carencias por falta de intermediación, la desconcentración de los actos, muy escasa publicidad y sus inevitables secuelas del retardo en la decisión del litigio, no ha podido ser sustituido a pesar de los denodados esfuerzos de la doctrina y las innumerables proyectos que, basados más recientemente en el Código Modelo Iberoamericano, a lo largo y ancho del subcontinente en el último medio siglo han intentado instalar la oralidad. No es ésta la ocasión para analizar las causas múltiples y profundas de esa defección<sup>37</sup>, ni las iniciativas o legislaciones fracasadas, sino tan solo dejar constancia de un fenómeno que se reitera en la mayoría de los países. Así, en Argentina donde el CPC Arg. de 1967 descartó la oralidad, contentándose con el mantenimiento con escasas variantes de un procedimiento que asentaba en las viejas LEC españolas del siglo anterior. Las reformas posteriores se limitaron, en este aspecto, tan solo a la introducción de una audiencia preliminar, injerto que fracasara rotundamente en la práctica<sup>38</sup>. Una experiencia similar ha sido la del derecho brasileño, donde no obstante que el CPC Br. de 1939 había proclamado solemnemente la adopción del procedimiento oral, fracasó en su implementación, por lo que el legislador del CPC Br. de 1973 lo atenuó considerablemente (arts. 132, 330, 522). La oralidad quedó confinada a las audiencias de recepción de prueba, pero la intermediación se desdibuja por el sistema de impugnaciones y la concentración no es observada por la sobrecarga de trabajo<sup>39</sup>. Las experiencias de Colombia<sup>40</sup>, Venezuela<sup>41</sup> y Perú<sup>42</sup> replican obstáculos, falencias y fracasos similares. En Chile se proyecta

---

<sup>36</sup> MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..

<sup>37</sup> OTEIZA E., *El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino en Oralidad y escritura en el proceso civil eficiente*, F. Carpi y M. Ortells ed., Univ. de Valencia, 2008, pp. 413-426.

<sup>38</sup> OTEIZA E., ob. cit..

<sup>39</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

<sup>40</sup> BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., donde no obstante el principio de oralidad establecido recientemente en la reforma a la administración de justicia de 2009, solo parcialmente se lo recepta en la audiencia preliminar consagrada en 1989.

<sup>41</sup> No obstante que la Constitución Bolivariana de 1999 consagró un modelo procesal de avanzada, superior del actual modelo escrito largo, costoso y lleno de complejidades, aún está pendiente su implementación legislativa (MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y.).

<sup>42</sup> Mientras el CPC de 1993 prevé el desarrollo del proceso en audiencias sucesivas, de saneamiento, conciliación y de recepción de pruebas, reformas posteriores suprimieron la audiencia de saneamiento y la de conciliación, fijación de puntos



implantar la oralidad conforme al paradigma del CMPCI de 1988, mientras sigue vigente el CPC de 1902, tributarios de las viejas LEC españolas del siglo XIX<sup>43</sup>.

La excepción, prácticamente la única, está constituida por CGP Ur. de 1989, que siguiera a pie juntillas el esquema del proceso por audiencias en doble instancia, del aludido Código Modelo, con resultados altamente satisfactorios: reducción considerable de los tiempos de duración del proceso, mayor calidad de las decisiones judiciales<sup>44</sup>.

#### 3.4. *Publicidad.*

Desde que la publicidad de los actos del proceso solo se verifica en los sistemas de oralidad, consecuentemente con lo anterior, puede sostenerse que resulta muy limitada en los ordenamientos del subcontinente. Las previsiones legales sobre el carácter público de las audiencias carecen de toda significación. A salvo, claro, la legislación uruguaya, donde el proceso por audiencias posibilita la presencia del público en esos actos centrales, con las ventajas consiguientes.

#### 3.5. *Administración de la prueba.*

Como ha sido señalado, en los ordenamientos de la región prevalece el criterio de la distribución de la tarea probatoria, que es confiada por un lado y principalmente a las partes a título de carga procesal, sin perjuicio de los recíprocos deberes de colaboración; y, por otro, al juez como deber de integración del material aportado por aquellas, en cuanto su ejercicio resulte necesario para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (principio de primacía de la realidad). Solo se prevén potestades judiciales genéricas de dirección y ordenación de las causas –concentrar en lo posible los actos, señalar anticipadamente sus defectos u omisiones y sanearlos, prevenir y sancionar los que resulten contrarios a la buena fe, procurar la mayor economía procesal, etc.-, incluyendo la denominada audiencia preliminar, pero no se regulan específicas técnicas de gestión, propias del *case management*, que resultan particularmente útiles para la administración de las pruebas (conferencias preliminares, contratos de procedimiento, etc.).

#### 3.6. *Sistema de las impugnaciones.*

---

controvertidos y saneamiento probatorio, con lo que se ha convertido el proceso de conocimiento pleno en una vía procedimental puramente escrita (MONROY GALVEZ J., CAIRO O.).

<sup>43</sup> PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R..

<sup>44</sup> LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S., con remisión a PEREIRA CAMPOS S., *El proceso civil ordinario por audiencias. La experiencia uruguaya en la reforma procesal civil*, Montevideo, 2007.



El régimen de la época colonial dejó profundas huellas en los ordenamientos procesales ibero-luso americanos, con sus intrincados procedimientos impugnatorios<sup>45</sup>. Aún en el presente, muchos de estos ordenamientos padecen disfuncionalidades, que se manifiestan tanto en los recursos ordinarios como en los extraordinarios, y que conspiran para generar una de las principales causas incidentes en la excesiva duración de los procesos.

### 3.6.1. Recursos ordinarios.

En el marco de la doble instancia de grado, los recursos típicos son el de apelación y el de nulidad que, en algunos ordenamientos queda subsumido en aquel. Tienden a reparar errores de juicio (*in iudicando*) o irregularidades del procedimiento (*in procedendo*) y se conceden con amplitud para atacar tanto las sentencias finales de mérito como las interlocutorias o aún simples, dictadas durante el curso del trámite. No significan una revisión de la primera instancia (*ius novarum*), ya que el tribunal de alzada se limita a examinar el pronunciamiento impugnado en base al material reunido en aquella; solo excepcionalmente se admite la aportación de nuevos elementos de juicio o la producción de pruebas rechazadas por el *a quo*. Si bien por principio la apelación procede contra todo tipo de resoluciones, quedan excluidas aquellas que no produzcan gravamen irreparable, o que recaigan en procesos en que el valor cuestionado no exceda de un monto determinado. En los procesos extraordinarios o plenarios abreviados, generalmente la regla es inversa: solo se admiten en los casos de excepción que la ley determina. La apelación puede concederse en el modo “libre”, que posibilita la alegación y prueba de hechos nuevos, o de modo restringido (algunos ordenamientos de raíz hispana aún aluden a la apelación “en relación”<sup>46</sup>, terminología propia de la antigua legislación española), en cuyo caso el tribunal *a quem* resuelve derechamente en base a lo actuado en la instancia de origen. La interposición del recurso, en la mayoría de los ordenamientos, suspende como regla la ejecución de la sentencia hasta tanto sea decidido<sup>47</sup>. En cambio, en el CGP Ur. se admite la ejecución provisional de la sentencia de condena, prestando el requirente garantía suficiente para responder, en su caso, por todos los gastos judiciales y los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse. A su vez, la contraria podrá solicitar la suspensión de la ejecución por causarle perjuicio grave, de difícil reparación, lo que apreciará discrecionalmente el tribunal, exigiéndose en su caso al condenado que preste garantía bastante para asegurar lo que ha de ser objeto de

<sup>45</sup> OTEIZA E., *Disfuncionalidad del modelo...*, ob. cit..

<sup>46</sup> Así el CPCN Arg., arts. 243, 246.

<sup>47</sup> CGP Ur., art. 251, 252; CPCN Arg., art. 243, a menos que la ley disponga que lo sea en el devolutivo.



la ejecución. Por lo demás, en lugar de la ejecución provisional, podrán adoptarse en cualquier momento medidas cautelares (art. 260)<sup>48</sup>. Un régimen similar se contiene en el CPC Br., que al cabo de su evolución terminó por admitir la ejecución provisoria, que conduce a la alienación de los bienes, mediante caución que, excepcionalmente, puede ser dispensada (ley 10.444, de 2002)<sup>49</sup>.

Son diversas y complejas las cuestiones que plantea el régimen recursivo ordinario, que no cabe aquí considerar. Sin embargo, puede formularse una apreciación general para resaltar que el intrincado sistema de impugnaciones que en general, con variantes no significativas, se articula en las legislaciones hispano-luso americanas, es tributario de aquella variable estructural propia del órgano jurisdiccional, ya aludida, el sistema de selección de los jueces y su adscripción a una carrera burocrática. De ello principalmente, y sin dejar de lado otros aspectos concurrentes, se ha derivado una visceral desconfianza hacia la magistratura, el desprestigio de su quehacer y la falta de credibilidad de sus decisiones, que *ab origine* no son percibidas como sustancialmente justas.

### 3.6.2. Recursos extraordinarios y régimen de la casación.

El derecho público de los países iberolusoamericanos exhibe, en la mayoría de las legislaciones, la singularidad de hacer receptado para la organización del Poder Judicial federal el paradigma de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, con una Suprema Corte en el vértice de un verdadero y propio poder de Estado, que se concretó con el seguimiento sustancial del esquema de la *Judiciary Act* de 1787. Simultáneamente, la casación común se encomendaba, o de hecho la asumía, el mismo tribunal u otro también superior, que en los países de organización federativa se radicaba en cada una de las jurisdicciones locales. Así, en Argentina se estatuyó el recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema Nacional, en 1863, y ésta prontamente adoptó para sí la doctrina de *Marbury vs. Madison*, erigiéndose en guardiana de la Constitución para asegurar su supremacía a través del control último de constitucionalidad, como una verdadera casación constitucional y sin perjuicio del control difuso en manos de todos los jueces de la Nación. La casación común sobre la interpretación de las leyes comunes, entretanto, quedaba disgregada entre los superiores tribunales de provincia, a falta de una casación nacional, y organizada en base al

---

<sup>48</sup> LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

<sup>49</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



modelo francés en versión española del siglo XIX, con características típicas del *civil law* continental europeo<sup>50</sup>.

Los sistemas difusos en América Latina pasaron a convivir con formas de control concentrado de constitucionalidad de las leyes, convirtiéndose en sistemas mixtos de justicia constitucional. Esa transformación provino de la creación de Tribunales Constitucionales al estilo europeo en Perú<sup>51</sup>, Colombia<sup>52</sup>, Ecuador, entre otros; o por la atribución a la Corte Suprema (México, Brasil) o a una de sus Salas (Venezuela) de la competencia para juzgar la constitucionalidad de las leyes por vía directa.

3.6.2.1. En su evolución más que centenaria los tribunales supremos de la región, casi sin excepción, muestran trayectorias signadas por similares escollos –que, podría sostenerse, resultan universalmente consustanciales a todos los órganos superiores- y que, especialmente en las últimas décadas, han derivado en una permanente e insuperable sobrecarga de tareas, por el número ingobernable de las causas a decisión. Semejante situación de colapso ha perturbado gravemente el ejercicio de las funciones político-institucionales primarias, como verdadero poder de Estado, que corresponde a las Cortes Superiores, al quedar de hecho absorbidas por el control de legitimidad, la nomofilaquia de los casos concretos. Si bien el punto excede los objetivos del presente, no podemos dejar de señalar al menos, que algunos de los ordenamientos de la región están en tránsito hacia la modificación paulatina de los esquemas tradicionales, especialmente a partir de la adopción de sistemas de selección de las causas, con el objetivo de reducir sustancialmente la cantidad de asuntos a resolver. Los modelos son diversos. Así, el *writ of certiorary* norteamericano influyó en la reforma argentina de 1990, que instituyó un *certiorary* “criollo” con particularidades propias: posibilita a la Corte, “según su sana discreción”, rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia (art. 280, CPCN)<sup>53</sup>. A su vez, con las mismas finalidades, la Enmienda Constitucional brasileña n° 45/2004 (art. 102 § 3) incorporó el requisito de la *repercussao geral* para la admisibilidad del recurso extraordinario ante el STF, ulteriormente reglamentado por la ley 11.418, de 2006 (art. 543-A, CPC Br.)<sup>54</sup>. La decisión denegatoria debe adoptarse por mayoría calificada de dos tercios de sus

<sup>50</sup> OTEIZA E., *Disfuncionalidad del modelo...*, ob. cit..

<sup>51</sup> MONROY GALVEZ J., CAIRO O..

<sup>52</sup> BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..

<sup>53</sup> En la doctrina argentina, por todos: MORELLO A.M., *Admisibilidad del recurso extraordinario (el certiorari según la jurisprudencia)*, LEP, La Plata, 1997.

<sup>54</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..





integrantes, a cuyo efecto “será considerada la existencia o no de cuestiones relevantes desde el punto de vista económico, político, social o jurídico, que exceda los intereses subjetivos de la causa”. Habrá repercusión general siempre que el recurso impugnare decisión contraria a *súmula* o jurisprudencia dominante del tribunal (inc. 3, art. cit.). El mecanismo adoptado, más allá de sus particularidades, reconoce diversas fuentes, entre ellas el derecho alemán.

En suma, existe una tendencia a restringir, bien que mediante técnicas diversas, la competencia de los tribunales superiores para conocer tan solo, en principio, de las cuestiones constitucionales trascendentes, ejercitando amplios poderes discrecionales, no solo para cerrar las compuertas sino, también, para abrirlas –el *certiorari* “positivo” argentino-. Todo ello incide notablemente en la misión de las Cortes, ahora reconvertida para poder concentrarse en la función de *governar la legalidad* del sistema jurídico en su conjunto, atendiendo preferente antes que al *litigatoris*, al interés público que resulta propio del ordenamiento en su conjunto, el *jus constitutionis*, siguiendo las comunes matrices del derecho norteamericano y de ciertas legislaciones del *civil law* continental, especialmente la alemana.

3.6.2.2. En punto a la *naturaleza y efectos de las sentencias constitucionales*, los regímenes nacionales exhiben diferencias notorias en cuanto al efecto vinculante del pronunciamiento, en conexión con las respectivas normas constitucionales que estatuyen sobre el Poder Judicial dentro de esquemas de división y equilibrio de poderes. Buena parte de los países siguen adscriptos al modelo de la Constitución norteamericana de 1787 y la *Judiciary Act* de 1789 (Argentina, Brasil). Otros han adoptado el paradigma de los Tribunales Constitucionales al estilo europeo.

En lo que aquí interesa nos centraremos en el primero de esos grupos, dentro del cual pueden identificarse, a su vez, al menos tres modelos diferentes: en primer lugar, algunos ordenamientos siguen el principio que los jueces les corresponde tan solo la aplicación en concreto de la ley en los casos planteados, de lo que se derivan que sus sentencias constitucionales solo tienen virtualidad *inter partes*; y no para terceros, pues ello –los efectos *erga omnes*- implicaría conceder a las decisiones alcances generales y abstractos, invadiendo atribuciones propias y excluyentes del legislador. Por excepción, se admite la extensión subjetiva u horizontal de los efectos de la sentencia constitucional que recae sobre derechos o intereses colectivos o difusos, y en general sobre los derechos de incidencia colectiva, entre los cuales se incluyen los denominados derechos individuales homogéneos. Un problema diverso se plantea en torno de la vinculatoriedad vertical u orgánica interna de los efectos de las sentencias de los tribunales superiores,



en relación a los jueces inferiores, prevaleciendo el criterio en cuya virtud los tribunales inferiores, sean federales o provinciales, deben ajustar sus decisiones sobre puntos regidos por la Constitución, a los pronunciamientos de aquella; sin perjuicio de quedar a salvo la posibilidad de apartamiento que se reconoce a los magistrados inferiores, siempre que hubiera sido fundado en razones novedosas y tendiere a la modificación del criterio del superior. En definitiva, la vinculatoriedad de los efectos de los pronunciamientos de la Corte se sustenta en razones de igualdad y seguridad jurídica, por la necesidad de asegurar la uniformación de la interpretación jurídica. Es el régimen, entre otros, del derecho argentino<sup>55</sup>.

En segundo lugar, en otros ordenamientos, como el de Colombia a partir de la Carta Política de 1991, se observa un giro hacia el establecimiento de la *doctrina de precedentes*<sup>56</sup>, que progresivamente se ha ido expandiendo, en especial a partir de 1995, al asumir la Corte atribuciones para fijar la doctrina constitucional como regla de obligatoria observancia por parte de los jueces inferiores, cuando está en juego la interpretación de los derechos fundamentales. Las sentencias constitucionales producen efectos *erga omnes* y vinculan frente a casos futuros. Podría encasillarse en este grupo a la legislación mexicana, donde la ley de amparo impone a la Suprema Corte en pleno o a sus Salas, la resolución de contradicciones entre las tesis sustentadas por los tribunales colegiados en los juicios de amparo, aprobar el texto y numerar de manera progresiva sus tesis jurisdiccionales<sup>57</sup>. Con las reformas constitucionales de 1995 y 1996, la SC se convirtió en un tribunal especializado de naturaleza constitucional, advirtiéndose la tendencia a expandir los efectos subjetivos de la cosa juzgada sobre materia constitucional<sup>58</sup>. También en Venezuela, la Sala Constitucional del TSJ, al pronunciarse sobre el recurso de revisión constitucional dicta sentencias vinculantes que ordena publicar en la Gaceta Oficial, siendo de observancia obligatoria para las demás Salas del tribunal y para los órganos inferiores<sup>59</sup>. En Perú, el Tribunal Constitucional utiliza igualmente la técnica del precedente que, aunque con resultados dispares, recogen los órganos

---

<sup>55</sup> OTEIZA E., *La función de las Cortes Supremas en América Latina en Reforma procesal civil*, E. Oteiza coord., Rubinzal-Culzoni ed., 2010, pp. 669 y ss..

<sup>56</sup> PARRA QUIJANO, J., *El rol actual de la jurisprudencia y los métodos de uniformación*, informe colombiano al VII Seminario Internazionale, Roma, 2002.

<sup>57</sup> OVALLE FAVELA J., *Tradiciones jurídicas y proceso civil: sentencia, precedente y jurisprudencia*, en *Derecho Privado*, coord. J. Adame Godar, UNAM, México, 2005, pp. 445 y ss..

<sup>58</sup> FIX-ZAMUDIO H., *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, Porrúa-UNAM, México, 2005, pp. 274 y ss..

<sup>59</sup> MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..



administrativos y los jueces laborales, con la finalidad de uniformar los criterios jurisprudenciales, especialmente en las cuestiones de mayor relevancia social<sup>60</sup>.

Por último, en tercer lugar, en Brasil, el STF instituyó la *súmula de la jurisprudencia predominante* por enmienda de 1963 a su régimen interno, con la finalidad de compendiar y publicar las tesis jurídicas y acordarles efectos vinculantes respecto de los tribunales inferiores. Ulteriormente, la enmienda constitucional N° 45/2004, insertó el art. 103-A de la Constitución Federal (CF) disponiendo que el STF podrá, de oficio o por provocación, después de reiteradas decisiones sobre materia constitucional, aprobar *súmula* por el voto de los dos tercios de sus integrantes que, a partir de su publicación oficial, tendrá efecto vinculante en relación a los demás órganos del Poder Judicial y a la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estadual y municipal, como también proceder a su revisión o cancelación, en la forma establecida en la ley (§ 1°). La *súmula* tendrá por objetivo la validez, la interpretación y la eficacia de normas determinadas, acerca de las cuales haya controversia actual entre órganos judiciales o entre ellos y la administración pública, que acarree grave inseguridad jurídica y relevante multiplicación de procesos sobre cuestión idéntica (§ 1). Sin perjuicio de lo que establezca la ley, la aprobación, revisión o cancelación de *súmula* podrá ser provocada por aquellos que pueden proponer la acción directa de inconstitucionalidad (§ 2). Del acto administrativo o decisión judicial que contraríe la *súmula* o que la aplicare indebidamente, cabrá reclamación al STF que, juzgándola procedente, anulará el acto administrativo o casará la decisión judicial reclamada, y determinará que otra sea dictada con o sin aplicación de *súmula*, conforme al caso (§ 3). Como se ha señalado<sup>61</sup>, la creación de la *súmula* vinculante en el derecho brasileño tuvo la virtualidad de transformar la jurisprudencia del STF, aún fuera de los casos de control de constitucionalidad, de mera modalidad de interpretación, en fuente de derecho. Sin embargo, a diferencia del sistema de *stare decisis* del *common law*, la jurisprudencia del STF, en el caso de la *súmula* vinculante, no obliga al tribunal a regirse por el precedente, pero impide nuevos juzgamientos.

### 3.7. El sistema de garantías.

<sup>60</sup> MONROY GALVEZ J., CAIRO O..

<sup>61</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., *O Supremo Tribunal e a súmula vinculante en El papel de los Tribunales Superiores. Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello*, R.O. Berizonce, J.C. Hitters, E. Oteiza coord., Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni ed., Santa Fe, 2006, pp. 3-4. Asimismo: BARBOSA MOREIRA J.C., *A recente reforma da Constituição brasileira e o Supremo Tribunal Federal en El papel de los Tribunales Superiores...*, ob. cit., pp. 555 y ss..



A partir de las dos últimas décadas del siglo XX la mayoría de los países latinoamericanos, aunque tardíamente, ingresa en lo que se ha considerado la “fase madura” de uno de los fenómenos más importantes que ha sellado la evolución de la justicia en general, la “constitucionalización de las garantías” o, si se prefiere, la “procesalización del derecho constitucional”<sup>62</sup>. No ha sido casual que como consecuencia del creciente proceso de democratización y retorno a la institucionalidad democrática que en la región opera por ese entonces, se hayan dictado las nuevas o reformadas Constituciones de Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), México (1994 y ulteriores) y Venezuela (1999). Paralelamente, se tornan operativos los pactos y convenciones americanas sobre derechos humanos, particularmente la CADH de 1969, a los que en general se adjudica jerarquía constitucional en los propios Estados, sea de modo expreso (Colombia, art. 93 CP<sup>63</sup>; Brasil, art. 5º § 3 incorporado por EC 45/04; Argentina, art. 75 inc. 23, CN; Venezuela, art. 23; Paraguay art. 141), o tácito.

La CADH, siguiendo el modelo de la CEDH, consagra un “núcleo duro” o “esencial” de principios para gobernar la administración de justicia civil, que vincula y obliga a todos los Estados miembros, y que resultan atingentes a la *condición del juez*, como imparcial e independiente; a las *partes*, a quienes se les ha de asegurar un acceso irrestricto a la jurisdicción y el derecho de defensa; y al *procedimiento*, el “*fair trial*” o debido proceso que ha de ser simple, claro y rápido, para ser oído “con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”, lo que conlleva el dictado de un pronunciamiento debidamente fundado y justo. Se trata de las “garantías judiciales” que se derivan del art. 8º y que se integran con el derecho a “un recurso sencillo y rápido” o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces que brinde amparo contra actos que violen los derechos fundamentales (art. 25). Las propias Constituciones, además, reconocen como garantía fundamental el derecho a la *tutela judicial efectiva*, bajo distintos enunciados (“eficaz prestación de los servicios de justicia” –CN Arg., art. 114, tercer párrafo, inc. 6 *in fine*; “derecho a la tutela jurisdiccional”, CP Per., art. 139 inc. 3; art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI, C.Br)<sup>64</sup>.

3.7.1. El principal instrumento de tutela de los derechos fundamentales está dado por las instituciones, procedimientos y técnicas procesales y organizacionales, y en particular por las acciones y remedios constitucionales, que genéricamente componen los denominados *procesos constitucionales*.

<sup>62</sup> BEJARANO GUZMÁN R., *La procesalización del derecho constitucional en Colombia en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho, E. Ferrer MacGregor y A.Z. Lelo de Larrea (coord.), UNAM, México, 2008, v. VI, p. 173.

<sup>63</sup> BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..

<sup>64</sup> OTEIZA E., *Disfuncionalidad del modelo...*, ob. cit..



3.7.1.1. Sea en los ordenamientos que se mantienen fieles al sistema de control difuso de constitucionalidad, ya en aquellos otros que organizan un control concentrado en manos de un Tribunal Constitucional, el recurso extraordinario o la acción declarativa o demanda pública de inconstitucionalidad son los carriles propios para la tutela de los derechos fundamentales.

3.7.1.2. El sistema de justicia constitucional se integra, asimismo, por las garantías del *amparo* (México, Argentina), la *acción de tutela* (Colombia)<sup>65</sup> o el *mandado de segurança* brasileño, el *habeas data* y otras instituciones similares. El juicio de amparo tendiente a asegurar la tutela directa e inmediata de las garantías constitucionales cuando han sido flagrantemente violadas, se originó en el derecho mexicano, del cual pasó a la legislación de la mayor parte de los países del área, para finalmente quedar incorporado a la CADH (art. 25). El amparo latinoamericano presenta la particularidad, a diferencia de las regulaciones europeas continentales en general, de consagrar una forma de tutela expedita que no se gradúa en relación con la naturaleza de los derechos o su clasificación, por manera que todos los derechos positivizados en las cartas constitucionales –incluyendo los colectivos–, se consideran igualmente garantizados y susceptibles de ser tutelados por la vía directa del amparo.

3.7.1.3. Otra institución típica de la justicia constitucional latinoamericana es la *acción de inconstitucionalidad por omisión*, que permite a los jueces asegurar la virtualidad de los derechos fundamentales cuando mediere inercia u omisión, total o parcial, del legislador. La experiencia más notable es la de Brasil, donde la Constitución de 1988 establece que verificada la existencia de una omisión por parte de un poder de Estado, que torna ineficaz una norma constitucional, el STF procede a reparar la omisión (art. 103 § 2). En caso que la omisión tenga por objeto de un derecho fundamental, procede el *mandado de injunção*<sup>66</sup>. En otros países, por caso Argentina, la inconstitucionalidad por omisión se admite por creación pretoriana. Es igualmente típica la *acción de cumplimiento* consagrada por el art. 87 de la CP Col., que se otorga para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo<sup>67</sup>.

3.7.2. Asimismo, se ha desarrollado paulatinamente en diversos ordenamientos, generalmente por creación pretoriana, ciertas tutelas de excepción, reforzadas que se agrupan bajo la denominación de

<sup>65</sup> BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.. La CP de 1991 estableció tres acciones trascendentes: la acción de tutela (recurso de amparo), las acciones populares y de grupo para la tutela de los derechos colectivos e individuales homogéneos, y la acción de cumplimiento.

<sup>66</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

<sup>67</sup> BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.. El Consejo de Estado la ha admitido especialmente respecto de personas afectadas gravemente por la violencia y desplazadas de sus tierras de origen.



*tutelas procesales diferenciadas* de los derechos fundamentales. Existen ciertas situaciones exaltadas en las constituciones como merecedoras de un trato procesal preferente, por excepción a la regla de la universalidad del proceso común, que pueden identificarse a partir de valores y principios subrayados en las normas fundamentales. Las Cartas modernas conceden semejante rango, es sabido, al derecho a la vida y a la dignidad de la persona, a la educación, a la vivienda digna, a los derechos sociales en general, de la seguridad social, de la salud, de la familia y menores, personalísimos, de consumidores y usuarios, de tutela del ambiente, de comunidades originarias, grupos desplazados<sup>68</sup>, de la institucionalidad republicana, entre los más prominentes. Complementariamente, las constituciones establecen el deber de aseguramiento positivo para tutelar el goce y ejercicio de tales derechos fundamentales, imponiendo a los poderes públicos, incluyendo al Poder Judicial, las acciones pertinentes.

Los autores del CMPCI de 1988 no fueron ajenos a estas preocupaciones, e incorporaron como precepto de avanzada el art. 310, que estatuye pautas especiales para ciertas pretensiones; así para las propias de la materia laboral, agrarias y demás de carácter social, las relativas a menores o incapaces. Como regla general, en tales procesos el tribunal dispondrá de todos los poderes de instrucción que la ley acuerda a los tribunales del orden penal en la instrucción de las causas, sin perjuicio del principio de contradicción y del debido proceso (apart. 4º). Prevé, complementariamente, que en tales procesos se podrá modificar la pretensión en una audiencia preliminar, con intervención de la contraria, cuando resulte, manifiestamente, que carencias de información o asesoramiento han determinado omisiones en relación a derechos que asisten a la parte (apart. 2º).

Al presente, diversas son las técnicas orgánico-funcionales y procesales que se utilizan a esos fines<sup>69</sup>. Se advierte una tendencia general a implementar reformas orgánico-funcionales que se complementan con procesos especiales, para atender la tutela de derechos y situaciones merecedoras de tutelas diferenciadas, en los que se recogen y experimentan instituciones y procedimientos novedosos que tienden a superar los moldes tradicionales. Esas innovaciones son, a menudo, el germen para la transformación evolutiva del proceso común, tal como ha ocurrido en algunos países europeos (así, vg., la reforma del proceso laboral de 1973 en Italia).

---

<sup>68</sup> BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., quienes refieren decisiones adoptadas por la Corte Constitucional colombiana, en juzgamiento de acciones de tutela, que consagran mecanismos procesales preferentes a favor de las personas vulneradas.

<sup>69</sup> BERIZONCE R.O., *Tutelas procesales diferenciadas*, Rubinzal-Culzoni ed., Santa Fe, 2009, *passim*.



Pueden mencionarse, entre otros: 1) los *Juizados Especiais de Pequenas Causas* brasileños<sup>70</sup> y la Justicia de paz colombiana<sup>71</sup>; 2) las recientes reformas al proceso laboral en Chile<sup>72</sup>, Venezuela<sup>73</sup>. Diferente se muestra la experiencia uruguaya, en que la regulación originaria del CGP fue sustituida en 2009 por una ley especial que ha suscitado severas críticas<sup>74</sup>; 3) los tribunales y procesos especiales familiares en Chile<sup>75</sup>; 4) la jurisdicción especial indígena creada por la CP Col de 1991<sup>76</sup>.

Las técnicas procesales incluyen, entre otras: a) ampliación de los poderes del juez para la dirección, ordenación e instrucción de las causas, mediante el dictado oficioso de medidas cautelares o de urgencia; b) acceso irrestricto –sin costos ni cargas económicas- a la jurisdicción; c) auspicio de las soluciones autocompuestas; d) acentuación del deber de colaboración y cargas procesales dinámicas; e) preclusión elástica de las deducciones; f) flexibilización del principio de congruencia; g) técnicas de sumarización, en general; h) tutelas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia, en general; i) mandatos preventivos e imposición de acciones positivas; j) legitimaciones extraordinarias, alcances extendidos de la cosa juzgada y régimen específico de ejecución en los procesos colectivos. En el trasfondo del reconocimiento de las tutelas procesales preferentes, queda sin embargo, la preocupación por su desborde, con menoscabo del ámbito natural del proceso común que constituye la regla universal. Aquí no cabe sino la apuesta al prudente equilibrio que se espera de los jueces.

### III. Tradiciones nacionales específicas.

---

<sup>70</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

<sup>71</sup> BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., aluden a la ley de 2009 que crea los juzgados de pequeñas causas, regidos por la oralidad.

<sup>72</sup> PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R., quienes destacan el modelo de tribunales laborales estructurados en “Jueces de letras” para la aplicación de un proceso oral y concentrado, con jueces de cobranzas para la ejecución a través de un proceso monitorio, al igual que el establecimiento de procedimientos especiales, como el de “vulneración de derechos” para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores.

<sup>73</sup> MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y., señalan la importante reforma traída por la ley de 2002, que estructuró un proceso oral concentrado, precedido por una etapa de mediación y conciliación obligatoria que inicialmente permitía concluir los juicios en un tiempo máximo de cuatro meses que, sin embargo, se fue desnaturalizando incrementándose notablemente la duración del proceso, lo que viene alentando intentos de nuevas reformas.

<sup>74</sup> LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S., afirman que la nueva regulación padece de grandes errores técnicos y algunas de sus disposiciones han sido declaradas inconstitucionales.

<sup>75</sup> PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R., destacan que mediante las leyes 19.968 y 20.286 se estructuró un proceso por audiencias ante tribunales de familia que concentran la competencia en todas sus materias, regulando procedimientos adecuados a la búsqueda de soluciones cooperativas, pacíficas y consensuadas. El tribunal cuenta con el soporte de Consejos Técnicos que lo apoyan en la toma de las decisiones. Adicionalmente, cabe señalar que un sistema similar se había instituido con anterioridad en algunas provincias argentinas, como las de Buenos Aires, Córdoba y Mendoza (BERIZONCE R.O., BERMEJO P. y AMENDOLARA Z., *Tribunales y proceso de familia*, LEP, La Plata, 2001).

<sup>76</sup> BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..



Si las tradiciones, en su acepción clásica, aluden a un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca del papel del derecho en una sociedad, podría afirmarse que en área ibero-luso americana son muy escasas las tradiciones culturales referidas al proceso civil; y naturalmente difícilmente puedan considerarse originarias de un país determinado<sup>77</sup>. Es que los ordenamientos procesales en vigor han implicado, por lo general y salvo muy limitadas excepciones, una ruptura abrupta con la cultura del proceso heredada de la época colonial, como ya fuera señalado. Si se analizan las normativas vigentes puede arribarse a la conclusión que sus fuentes inspiradoras ya no son aquellas legislaciones tradicionales, sino otras diversas: principalmente la doctrina clásica italiana y, a través de ella, la doctrina austro-alemana, el CPC italiano de 1942. Las instituciones de los códigos, en su mayoría sancionados en el último medio siglo, difícilmente pueden ser consideradas conformando una auténtica tradición. Habrá que espigar, en todo caso, en aquellas otras que han perdurado desde los lejanos tiempos coloniales y el derecho patrio desarrollado en el ochocientos hasta la primera mitad del novecientos.

Con esa imprescindible aclaración, podría sostenerse que algunas de las tradiciones nacionales específicas son las siguientes.

1. *Tradición de la escritura.*

Según ya se ha explicado, el sistema escriturario, estructurado en estrictas fases preclusivas, desconcentrado, con instancias múltiples, falta de intermediación, sin publicidad, constituye una tradición que proviene de la herencia colonial española y lusitana, que se han mantenido incólume en la mayoría de las legislaciones y, no menos principalmente, en los usos *–usus fori–* siempre desnaturalizadores. Constituye excepción la legislación uruguaya a partir del CGP de 1989.

En cambio, puede afirmarse que el modelo del juez impasible y neutral, pasivo e inerte, consustancial al sistema escriturario, quedó superado en la mayoría de las legislaciones vigentes, donde se lo concibe como verdadero director del proceso<sup>78</sup>.

2. *Los medios alternativos de resolución de disputas (ADR).*

Desde principio de los años '90 la región asistió a una verdadera explosión de los diversos medios alternativos de solución de conflictos, que se instalaran paulatina aunque dificultosamente en los usos

---

<sup>77</sup> BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..

<sup>78</sup> BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.. LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..





colectivos, desarrollándose y creciendo sin cesar. Claro que en los diversos ordenamientos distintas han sido las experiencias, con relación a cada una de las modalidades y solo en algunos países se los considera integrando “tradiciones típicas”<sup>79</sup>. Podría sostenerse que, en general, se han desarrollado diferentes métodos de negociación, incluyendo la mediación, la conciliación judicial<sup>80</sup> y el arbitraje<sup>81</sup>, bajo singulares formas organizativas –judicial, administrativo, institucional o “administrado”-.

En un balance provisional de todas esas experiencias, aún en curso en la mayoría de nuestros países, quizás se exhiban todavía más dudas y claroscuros que certezas<sup>82</sup>. Parece cierto, como uno de los datos más relevantes, que se trata de métodos particulares para dirimir los conflictos, superadores en general de la confrontación entre las partes y en los que se emplaza al órgano –conciliador, mediador, componedor, árbitro- en una dimensión singular, como verdadero “acompañante” de aquellas, como guía, gestor o impulsor en la búsqueda de soluciones autocompuestas –conciliación, mediación-, o ya para resolver el entuerto heterónomamente pero según reglas libradas a su leal saber y entender –amigable composición-. Siempre tras el logro del desenlace más justo y razonable. También está clarificado que solo cierta categoría de conflictos son los que toleran ser canalizados por tales medios alternativos, precisamente aquellos típicos que se derivan de las relaciones de “coexistencialidad”<sup>83</sup> –cuestiones familiares y de menores, de vecindad, de menor cuantía, relaciones de trabajo, inquilinarias y de duración, en general-. De modo similar, los conflictos derivados de las relaciones de consumo son propicios para ser encausados en instancias administrativas especializadas, sin excluir la vía judicial. Igualmente, el arbitraje institucional o “administrado” se ha abierto camino para la solución de conflictos especiales.

---

<sup>79</sup> Así, en Colombia: BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., quienes señalan que la conciliación y el arbitraje se vieron reforzados por mandato constitucional. En dicho informe nacional se analizan las diversas vicisitudes atravesadas por la conciliación a partir de 1998 y hasta la actualidad. Asimismo, en Uruguay, donde existe una instancia de conciliación previa ante la Justicia de Paz, de larga tradición pues proviene del mandato de la Constitución de 1830, mantenida en la Carta vigente de 1967 (LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.). También en Brasil la Constitución Imperial de 1824 disponía que ninguna demanda pudiera ser enjuiciada sin demostrarse que se intentó previamente la conciliación (PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.).

<sup>80</sup> En el CGP Ur. el intento conciliatorio tiene lugar en la audiencia preliminar directamente ante el juez, con singulares ventajas y rendimiento, sin perjuicio de la potestad de las partes de conciliar o transigir la litis en cualquier estado del proceso (art. 223, CGP). LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

<sup>81</sup> Remitimos a las muy valiosas ponencias presentadas en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal en *Relatorías y ponencias sobre Derecho Procesal*, San José, Costa Rica, 2000, v. I, pp. 9 y ss..

<sup>82</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K., afirman que los medios alternativos están siendo reforzados, pero aún no constituyen características del sistema procesal, como acontece, p. e., en Inglaterra.

<sup>83</sup> CAPPELLETTI M., *Appunti su conciliatore e conciliazione*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1981, pp. 49 y ss; *id.*, *Acceso a la justicia (como programa de reformas...)*, Rev. Col. Abog. La Plata, nº 41, pp. 165 y ss..



No se avizoran, en cambio, claras líneas de tendencia en punto a tópicos no menos sustanciales, cuales son, entre otros, los referidos a la judicialización o desjudicialización de ciertas cuestiones –por caso, las relativas a las relaciones de consumo<sup>84</sup>; o si las formas de justicia alternativa deben o no buscarse fuera de la maquinaria judicial. Sigue abierto el debate sobre el estatus de los operadores conciliadores-mediadores (adscriptos al Poder Judicial<sup>85</sup>, independientes, organización mixta); carácter facultativo u obligatorio del sometimiento<sup>86</sup>; confidencialidad y sus alcances; selección de los casos; idoneidad y selección de los operadores; costo y financiamiento.

En definitiva, si bien no existen tradiciones nacionales asentadas<sup>87</sup>, por razones diversas, los ADR vienen ganando en Iberoamérica una plaza significativa en el espectro del sistema de justicia, cuyas misiones, configuración y fronteras aún no están definitivamente establecidas. Forman parte, o de uno u otro modo inciden e interfieren, en el modelo procesal, que no puede articularse con prescindencia de ellos.

La ponderación de los antecedentes y razones múltiples y complejas que sustentan la actual explosión de los ADR, conduce a esbozar algunas conclusiones y, al mismo tiempo, apuntar lo que parecerían ser sus proyecciones, al menos en cuanto a ciertas modalidades de la “justicia conciliatoria”, que cabe resumir así:

1. Las múltiples instituciones desarrolladas en las últimas décadas y ahora de hecho expandidas universalmente, en el marco de una verdadera cultura alternativa contrapuesta a la cultura judicial del litigio, enraízan en la mayoría de las legislaciones (Uruguay, Colombia, Argentina, entre otras) en el viejo

---

<sup>84</sup> Afirman MONROY GALVEZ J., CAIRO O., que en Perú se asiste a un desmesurado auge de las jurisdicciones administrativas particularmente en áreas vinculadas a los derechos colectivos o difusos, donde se atribuye la legitimación para promover acciones administrativas o judiciales al denominado Instituto de Defensa de la Competencia.

<sup>85</sup> En Uruguay la SC ha creado Centros de Mediación, que aún cuando funcionan parcialmente exhiben altos porcentajes de acuerdos. En cambio, el arbitraje ha tenido escaso desarrollo, lo que se atribuye al correcto funcionamiento del sistema judicial (LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.). Asimismo, en Brasil la ley 9307/96 instituyó los Centro de Arbitraje, que contribuyeron a la difusión de los ADR. Sin embargo no se ha legislado sobre la mediación a nivel federal (PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.).

<sup>86</sup> En Argentina, la ley 26.589 de 2010, reafirmó el modelo de la anterior ley “piloto” 24.573, estatuyendo con carácter previo la mediación obligatoria, que es objeto de importantes críticas (OTEIZA E.). La experiencia peruana resalta el fracaso del régimen de conciliación extrajudicial obligatoria establecido a mediados de los noventa. Paralelamente se ha desarrollado el auge del arbitraje, cuyos resultados iniciales fueron satisfactorias aunque luego se fueron opacando; no obstante, el Estado impuso arbitrajes obligatorios en áreas disímiles como en materia de conflictos colectivos del trabajo o vinculados a los servicios públicos y actividades concesionadas (MONROY GALVEZ J., CAIRO O.).

<sup>87</sup> En Venezuela los ADR carecen de tradición y arraigo. La ley de arbitraje comercial de 1998 no ha tenido suceso, por la falta de una cultura favorable, sus altos costos y la doctrina judicial restrictiva de la ejecutabilidad de los laudos (MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y.).



modelo de la *justicia de paz lega* de las fuentes revolucionarias francesas de 1789, que en su desenvolvimiento, y en coincidencia con su ocaso a partir de la segunda mitad del siglo anterior, terminó por enlazarse con las ideas renovadoras que brindan ahora sustento a la denominada *justicia vecinal o de pequeñas causas*, que en la región se difundiera desde Brasil a partir de mediados de los años 80 del siglo pasado.

2. Sin embargo, mientras el ideario de la originaria justicia de paz y la renovadora justicia vecinal entronca con la cultura judicial de “los derechos”, en el sentido que aún desde la idea central de procedimientos sustancialmente informales y la instrucción simplificada y superficial de las causas, la decisión siempre se reserva en última instancia a un juez, aún lego, que se pronuncia con sustento en las reglas jurídicas y la equidad; en cambio, en ciertos métodos de la justicia “coexistencial” –en especial, en la mediación instalada en la región desde los años 90- la solución del conflicto se persigue en “fuga de la justicia”, en el sentido que mientras el derecho queda “de espaldas, tras la puerta”, el método se agota en una función puramente “facilitadora”, que a menudo conduce a acuerdos solutorios injustos o inequitativos.

3. Frente a la alternativa de un método de mediación “facilitadora”, como el que se recoge en la mayoría de las legislaciones de la región, se alza ahora la idea superadora de articular una suerte de *mediación-conciliación “valorativa”*<sup>88</sup>, sustentada sobre los principios básicos de la publicidad del procedimiento informal, la instrucción superficial y la decisión justa y equitativa, que subyace en la concepción anticipatoria de la legislación brasileña.

### *3. El control difuso de constitucionalidad.*

Puede sostenerse que constituye una tradición nacida del cruzamiento entre el sistema del *common law* y el *civil law* continental, el control difuso de constitucionalidad de las leyes; y, al menos en algunos países, ciertas formas de control concentrado<sup>89</sup>. Véase *supra* § I, 3.6.2.

### *4. Los procesos urgentes de amparo, acción de tutela o mandado de segurança.*

Véase *supra* § I, 3.7.1.2; *infra* § VII, 2.

<sup>88</sup> FISS O., *Contra la conciliación en El derecho como razón pública*, trad. E. Restrepo Saldarriaga, M. Pons, Madrid-Barcelona-Bs.As., 2007, pp. 140 y ss.. TARUFFO M., *Una alternativa a las alternativas...* en *Páginas sobre Justicia Civil*, trad. M. Aramburo Calle, M. Pons, Madrid-Barcelona-Bs.As., 2009, pp. 114 y ss.. BERIZONCE R.O., *La mediación en transformación...* en *Rev. Der. Proc. (Arg.)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010-2, pp. 241 y ss..

<sup>89</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



*5. Jurisdicciones especiales y tutelas procesales diferenciadas para cierta categoría de conflictos.*

Véase *supra* § I, 3.7.2; *infra* § VII, 3.

**IV. Reformas estructurales más recientes.**

En varios de los países de la región se adoptaron reformas estructurales en las últimas dos décadas.

1. La más notoria ha sido la sanción del Código General del Proceso (CGP) uruguayo en vigor desde 1989, que siguió casi íntegramente el Código Modelo de Proceso Civil para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal de 1988. Entre las principales rasgos del CGP se destacan<sup>90</sup>: a) su generalidad por abarcar todas las materias no penales; b) simplificación de estructuras procesales; c) proceso público por audiencias, mixto, de escritura en los actos de proposición y decisión, oralidad en la conciliación y recepción de las pruebas; d) predominantemente dispositivo con el juez como director del proceso; e) intermediación; f) doble instancia; g) valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica, salvo excepcionalmente algunas pruebas tasadas. Se articula un logrado equilibrio entre el principio dispositivo, que sigue siendo predominante y el rol del juez como director del proceso, bajo el irrestricto respeto del contradictorio. El trámite no obstante sigue sujeto estrictamente al principio preclusivo, que opera en las distintas etapas de constitución del proceso, de pruebas y decisoria.

Se destaca, asimismo, la regulación especial de ciertos procesos, como los relativos a menores o incapaces, aquellos de la materia laboral, agraria y demás de “interés social”, en los cuales se otorga al tribunal las potestades de instrucción propias de los jueces en el sumario del proceso penal; sin que, por ello, el proceso se convierta en inquisitivo, en tanto se mantiene el poder de postulación exclusivamente en manos de la parte, al igual que la aportación de los hechos y de las pruebas, tanto como el principio de congruencia.

En su aplicación práctica el CGP uruguayo, se afirma<sup>91</sup>, implicó un cambio trascendente del paradigma tradicional, con resultados francamente positivos reflejados en la notoria reducción de los tiempos procesales y la mayor calidad de las decisiones en términos de justicia intrínseca, por las bondades de la oralidad, con todos sus consecutarios. Resultó decisiva la adecuada implementación del nuevo ordenamiento, acompañado de las correlativas reformas orgánico-funcionales, el incremento sustancial

<sup>90</sup> LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

<sup>91</sup> LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..



(ciento por ciento) de los tribunales entonces existentes, la dotación edilicia y la especial formación de los nuevos magistrados.

2. También en Perú se consagraron importantes reformas estructurales a partir del CPC de 1992, en vigencia desde 1993, estructurado en buena medida siguiendo los lineamientos del CMI de 1988<sup>92</sup>. Se sustenta en los principios rectores del contradictorio, dispositivo atenuado, con amplios poderes del juez como director del proceso –instructorios, disciplinarios, de ejecución de las decisiones- para tornar efectiva la intermediación, que se concreta en la técnica de la oralidad, con sus consecretarios de concentración y celeridad a través del proceso por audiencias en la etapa probatoria. El ordenamiento peruano afirmó las garantías constitucionales del contradictorio y consagró un modelo procesal eficaz, encaminado al logro de una decisión justa. En la misma línea, la ulterior sanción del Código Procesal Constitucional, vigente desde fines de 2004, profundizó las garantías constitucionales del debido proceso.

Sin embargo, la justicia civil exhibe notorios déficits que se evidencian en la labor judicial y, en general, en el desempeño del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. Mientras el sistema formal puede considerarse de avanzada, desfallece en su aplicación cotidiana por factores diversos, entre ellos, la organización de la judicatura, capacitación deficiente de sus miembros, retribuciones insuficientes, irrelevancia de los controles disciplinarios, falencias de la infraestructura, manipulación por los gobiernos de turno<sup>93</sup>. Han incidido negativamente también, con no menor intensidad, ulteriores modificaciones al CPC que suprimieran la audiencia de saneamiento (ley 29.057) y la audiencia de conciliación y fijación de puntos controvertidos, con lo que el proceso de conocimiento pleno se ha convertido en una vía predominantemente escrita<sup>94</sup>.

3. En la región resaltan igualmente las profundas reformas operadas en el CPC brasileño, de 1973, configuradas paulatinamente hasta el presente en cuatro etapas. a. En una primera instancia, la Ley 8.952, de 1994, modificó el texto del art. 273 del CPC, agregándole varios párrafos (que a su vez vinieron a sufrir adiciones de la Ley 10.444, de 2002), con lo que se implantó la *anticipación de tutela*, bajo la influencia del *refèré* francés y la doctrina italiana<sup>95</sup>. Con ello se fracturó el sistema dualístico que, hasta entonces, separaba el proceso de conocimiento y el proceso de ejecución, y confinaba a cada uno de ellos en

<sup>92</sup> MONROY GALVEZ J., CAIRO O..

<sup>93</sup> MONROY GALVEZ J..

<sup>94</sup> CAIRO O..

<sup>95</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



compartimentos estancos<sup>96</sup>. En los términos del art. 273, se torna posible para evitar el peligro de daño irreparable y cohibir la defensa temeraria, la obtención inmediata de medidas ejecutivas (satisfactivas del derecho material del actor) dentro del proceso de cognición y antes de ser pronunciada la sentencia definitiva de mérito. La anticipación, no obstante ser provisoria, y susceptible de revocación, compone la litis posibilitando la virtualidad de los efectos ejecutivos y mandamentales de la decisión. Los proveimientos anticipatorios son sustancialmente monitorios; de ahí que se prevea la estabilización de la tutela anticipatoria, independientemente del proceso de conocimiento, siguiendo las recientes reformas italianas.

b. Un segundo momento de modernización del procedimiento de ejecución de sentencia ocurrió con la reforma del art. 461 del CPC<sup>97</sup>. Por la redacción que le confiriera la Ley 8.952, de 1994 (complementada por la Ley 10.444, de 2002), la sentencia en torno del cumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer debe conceder a la parte la “tutela específica”, de modo que siendo procedente el pedido, el juez “determinará providencias (liminares o sentencia) que aseguren el resultado práctico *–in natura–* equivalente al de implementación”. Para alcanzar ese objetivo se deberá, conforme al caso, adoptar resolución de anticipación de tutela y se podrá disponer *–aún de oficio–* medidas de coerción y apoyo, como multas diarias (*astreintes*), búsqueda y aprehensión, remoción de personas y cosas, demolición de obras e impedimento de actividad nociva. Se reconoce al acreedor el acceso a los actos de satisfacción de su derecho, sin depender del procedimiento de ejecución de sentencia. En otras palabras, las sentencias relativas a obligación de hacer o no hacer ya no se cumplen según las pautas de la *actio iudicati* autónoma, sino de acuerdo con las aludidas reglas del art. 461.

c. En una tercera e importante etapa de la secuencia de innovaciones, se introdujo en el CPC el art. 461-A, por virtud de la aludida Ley 10.444, de 2002, que extendió el criterio antes referido al ámbito de las acciones de conocimiento cuyo objeto fuere la entrega de cosa<sup>98</sup>. También en relación a las obligaciones de dar o restituir, la tutela jurisdiccional deberá ser específica, de modo que el no cumplimiento voluntario de la condena acarreará, en las propias actuaciones en que se pronunció la sentencia, la pronta expedición de mandato de búsqueda y aprehensión o de inhibición en la posesión (art. 461-A, §2°).

d. Toda esa evolución remata con las reformas de la ejecución por cuantía cierta, traída por la Ley 11.232, de 2005. También la condena a pago de cantidades ciertas se simplifica notablemente, pues en el

<sup>96</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

<sup>97</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

<sup>98</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



propio pronunciamiento de condena el juez asignará el plazo en que el deudor habrá de realizar la prestación debida. Transcurrido dicho término sin el pago voluntario opera, en la misma relación procesal en que la sentencia fue pronunciada, la expedición del mandato de embargo y valuación para preparar la expropiación de los bienes necesarios para la satisfacción del derecho del acreedor (nuevo art. 475-J).

e. Por último, resulta no menos fundamental la ley 10.358, de 2001, que introdujo modificaciones en las normas que regulan los deberes de las partes y sus procuradores, con el explícito objetivo de asegurar la efectividad de las decisiones judiciales, incorporando –aunque con ciertas particularidades– el denominado *contempt of court*, medida de coacción originaria de los sistemas del *common law*<sup>99</sup>. De acuerdo al párrafo único del art. 14 del CPC, todo aquel que de algún modo actúe en el proceso podrá ser declarado responsable por la frustración integral o parcial del resultado de la prestación jurisdiccional, vale decir, por el desacato a la decisión judicial (o, si preferimos, por el *contempt of court*).

En la actualidad (2010), se gesta un nuevo Código de Proceso Civil con la finalidad de sistematizar y actualizar el ordenamiento vigente.

4. No ha habido, en cambio, modificaciones de fondo en Colombia. El CPC vigente de 1970 sufrió diversas reformas que han sido consideradas como simples esfuerzos coyunturales encaminados a solucionar la morosidad judicial y la pérdida de confianza en la justicia<sup>100</sup>. A esa limitada finalidad responden las modificaciones introducidas como consecuencia de la ley de 1987 que se propuso una reforma integral del sistema judicial y por las cuales se sustituyó sucesivamente más del cincuenta y cinco por ciento del texto original del CPC. Entre las alteraciones más relevantes, se introdujo una audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio (1989), siguiendo la regulación de la audiencia preliminar en el CMI de 1988; varias reformas parciales, incluyendo medidas tendientes a la flexibilización del recurso extraordinario de casación (ley 446, de 1998); normas orgánicas sobre el sistema de mediación (ley 640, de 2001); desformalización de algunos requisitos de la demanda y modificaciones al régimen de notificaciones (ley 794, de 2003); desistimiento tácito que revive la perención procesal (ley 1194, de 2008). Importa consignar, a su vez, que la ley 270, de 1996, estatutaria de la administración de justicia, consagró diversos principios orientadores como el derecho fundamental de acceso a la justicia y otros no menos esenciales; complementariamente, la ley 1285, de 2009 ya aludida,

<sup>99</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

<sup>100</sup> BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..



creó los jueces de pequeñas causas con competencia municipal y local. Por último, se destaca la relevancia de la Constitución Política de 1991, que puede sintetizarse en tres aspectos: la constitucionalización de las garantías procesales; la constitucionalización del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales y la creación de la Corte Constitucional, que ya han sido referidos.

En su aplicación práctica, resalta la inoperancia de las sucesivas reformas al CPC que se patentiza en la necesidad actual de afrontar el siempre acuciante problema de la descongestión judicial que, hacia junio de 2010, ocupaba la preocupación del legislador. La supresión de los procesos de trámite escriturario y su reemplazo por los verbales, como un primer paso para introducir definitivamente la oralidad en los procesos civiles, seguía pendiente<sup>101</sup>.

5. En Venezuela rige el CPC promulgado en 1986, que mantuvo la tradición del proceso escrito de doble instancia con publicidad limitada, apegada al principio dispositivo aunque restringido, por la figura del juez como director del proceso y la atribución de facultades de instrucción probatoria. En la práctica, sin embargo, se verifica la declinación en el ejercicio de tales facultades<sup>102</sup>. Dicho ordenamiento pervive desde entonces, no obstante que la Constitución Bolivariana de 1999 configuró un modelo procesal totalmente distinto, al establecer el derecho fundamental de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, con la correlativa obligación del Estado de garantizar una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles. Tan solemnes declaraciones, como aquella que afirma que la ley procesal adoptará un procedimiento breve, oral y público en la que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalismos no esenciales, esperan aún su concreción. Mientras tanto, se suscitan dudas sobre la independencia judicial: se ejercen innumerables previsiones, una jueza se encuentra en prisión por haber aplicado la ley penal en un caso de interés para el gobierno<sup>103</sup>.

6. El ordenamiento procesal civil argentino que está contenido en el CPCN de 1968, sufrió desde entonces diversas reformas que no innovaron en sus principios fundantes, tributarios del esquema escriturario y de doble instancia, desconcentrado y ajeno a la intermediación. La ley 22.434, de 1981, introdujo simples ajustes adoptando interpretaciones de la jurisprudencia. Posteriormente, la ley 24.573, de 1995, incorporó la audiencia preliminar que, sin embargo, fracasó en la práctica por motivos diversos,

<sup>101</sup> BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..

<sup>102</sup> MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..

<sup>103</sup> MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..





especialmente por tratarse de un mecanismo ajeno a los usos judiciales apegados al procedimiento escrito. El camino hacia un proceso por audiencias se cerró aún más al cabo de la sanción de la ley 25.488, de 2001, al suprimirse el tipo procesal sumario, verdadero plenario abreviado, uno de los mayores logros del ordenamiento de 1968. Se fragmentó en definitiva el sistema procesal, sin avanzar en las necesarias transformaciones estructurales<sup>104</sup>. No es mejor el panorama en las legislaciones provinciales, excepto en cuanto a algunos avances en los procesos familiares. Así, entre otras en la Provincia de Buenos Aires donde rige la ley 11.453, de 1993, incorporada al CPC, que instituyó los tribunales de familia para entender en esos conflictos típicos mediante un proceso moderno, por audiencias, mixto, concentrado bajo la dirección e intermediación del juez. Se inicia a partir de una etapa previa a cargo del Consejero de Familia, un funcionario letrado que integra el órgano, en la cual se persigue la solución autocompuesta del conflicto bajo impulso y activa participación de aquel, quien forma parte del órgano jurisdiccional<sup>105</sup>. Las indiscutidas bondades del sistema no han compensado, sin embargo, la excesiva duración de los procesos, lo que ha conducido a la sanción de modificaciones mediante la ley 13.634, de 2006, que no han alterado su estructura procedimental básica. Diversos intentos transformadores del CPCN no alcanzaron a concretarse, sin que se avizoren perspectivas favorables mientras no se logre consensuar, entre los sectores políticos y sociales, los lineamientos de una política de Estado coherente y sostenible en el tiempo para el sector de la justicia.

7. A partir de 1998, el legislador chileno ha estado concentrado en una sucesión de modificaciones estructurales de las preceptivas procesales, comenzando por la reforma procesal penal, incursionando ulteriormente en el régimen de los tribunales de familia (leyes 19.968 y 20.286) y de los procesos del trabajo (ley 20.087 y modif.), ya mencionados, siguiendo fuentes españolas; como también en la preceptiva regulatoria del arbitraje comercial internacional (ley 19.971). Mientras al presente se encuentran en marcha los trabajos tendientes a su íntegra sustitución, en materia de proceso civil se encuentra vigente, con escasas alteraciones, el vetusto CPC de 1903, inspirado principalmente en las LEC españolas de 1855 y 1881. Básicamente se trata de un proceso escrito en instancia plural, estructurado en estrictas fases preclusivas, en el que el juez ejerce poderes limitados por la falta de intermediación en la instrucción probatoria, costumbre nociva que, junto con la proliferación de las impugnaciones, ha redundado en una marcada dilación del proceso y la desnaturalización de las garantías, por la ineficacia general que aqueja a

---

<sup>104</sup> OTEIZA E..

<sup>105</sup> BERIZONCE R.O., BERMEJO P. y AMENDOLARA Z., *Tribunales y proceso de familia*, ob. cit..



todo el sistema<sup>106</sup>. De ahí que la doctrina autoral más prestigiosa auspice su pronta sustitución por un esquema más adecuado a los tiempos que corren<sup>107</sup>.

8. Del análisis de las reformas que se adoptaron en las últimas dos décadas en los ordenamientos de la región se desprende, en definitiva, que han afectado solo excepcionalmente las estructuras que son tradicionales. Únicamente en Uruguay ha sobrevenido la adopción plena del sistema de la oralidad mediante procesos por audiencias. Merece igualmente resaltarse el CPC peruano de 1993, si bien el sistema quedó rápidamente desnaturalizado. De su lado, las múltiples reformas introducidas al CPC brasileño de 1973 han tentado la transformación paulatina, en sucesivas etapas, con objetivos diversos. En los restantes ordenamientos los avances han sido escasos, sin operar transformaciones de esencia, motivados generalmente por la sola pretensión de agilizar los procedimientos tradicionales, todavía tributarios del sistema escriturario, desconcentrado y dividido en etapas marcadamente preclusivas. En general, tales reformas han contribuido escasamente a “modelar” el proceso; de hecho, el CMPCI de 1988 solo incidió decisivamente en Uruguay y parcialmente en Perú, como se señalara. Precisamente, al presente el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal impulsa su actualización. Tampoco han influenciado, al menos en medida significativa, las convenciones internacionales, ni los Principios ALI/Unidroit.

#### **V. Los estudios de derecho comparado como fuente de la reforma procesal civil.**

Naturalmente, los estudios de derecho comparado constituyen, en medida diversa, una de las fuentes inspiradoras de la mayoría de las reformas procesales en la región. Así se sostiene en los diversos informes nacionales<sup>108</sup>. Sin embargo, no puede dejar de mencionarse que son escasos en América Latina los estudios sociológicos de campo, que puedan ilustrar sobre la realidad de la operatividad en concreto de las normas procesales en los respectivos países, lo cual desdibuja la virtualidad del método comparativo<sup>109</sup>. En la experiencia de algunos países, por caso Argentina, numerosas normas procesales del ordenamiento vigente encontraron inspiración en el ordenamiento italiano o alemán; sin embargo, la experiencia práctica y algunos estudios de campo muestran su total o parcial inobservancia y aún sin derogación tácita<sup>110</sup>.

<sup>106</sup> PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R..

<sup>107</sup> TAVOLARI OLIVEROS R., *El proceso en acción*, ed. Libromar Ltda., Santiago, Chile, 2000, pp. 311 y ss.; *id.*, *Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno*, en *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, A. de la Oliva Santos y D.I. Palomo Vélez coord., ed. Jur. de Chile, Santiago, 2007, pp. 35 y ss..

<sup>108</sup> Así, en los referidos a Brasil, Uruguay, Colombia, Venezuela, Chile (respecto a los actuales intentos reformistas).

<sup>109</sup> Con ese fundamento, MONROY GALVEZ J., CAIRO O. afirman que en el Perú el estudio del derecho comparado no ha precedido a la elaboración de los proyectos de reforma procesal aprobadas a partir de la vigencia del CPC de 1993.

<sup>110</sup> BERIZONCE R.O. *Derecho Procesal Civil actual*, Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 1999, pp. 195 y ss..



Tampoco cabe desdeñar ni enmascarar las motivaciones reales y más apremiantes que, a menudo, impulsan al legislador<sup>111</sup>.

## VI. Virtualidad actual de la distinción clásica entre *common law* y *civil law* en materia de proceso civil.

En la mayor parte de los ordenamientos del subcontinente americano viene operando el fenómeno, que de algún modo puede considerarse universal, de una fuerte fragmentación del modelo procesal del *civil law*, de predominante raíz franco-italiana, al que se adscribieran, al menos parcialmente, a partir de la segunda mitad del siglo anterior. Al presente se exhiben diversas experiencias de reformas, todavía *in itinere*, que pretenden adaptar y articular instituciones, técnicas y procedimientos originarios del sistema del *common law*, sea en la vertiente del derecho inglés o ya la del norteamericano, que vienen de tal modo a infiltrar el modelo tradicional. O bien, otras típicas del derecho continental europeo.

1. Así ocurre en el propio plano constitucional, al receptarse instituciones como el Tribunal Constitucional (Colombia, Perú, entre otros), o el Consejo de la Magistratura (Argentina, Brasil). En el ámbito legislativo, el ordenamiento brasileño constituye un ejemplo paradigmático del fenómeno de la “permeabilidad”, que permite la inserción de elementos “extraños” y su adaptación, para ser reconvertidos útilmente en el propio sistema nacional. Así, entre otras, se modelaron como instituciones propias, bajo inspiración principalmente en el derecho norteamericano, los *Juizados Especiais de Pequenas Causas* (ley federal 7244, de 1984), siguiendo el modelo de las *small claim courts*, e igualmente, con influencias del derecho japonés en punto a la estrategia de la búsqueda de soluciones amistosas con participación comunitaria<sup>112</sup>. También, en la creación de un microsistema de procesos colectivos, el ordenamiento brasileño, que ha sido pionero en la región, adoptó técnicas básicas de la Regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure* norteamericanas de 1966, que fueron la matriz de la ley 7347 de 1985 y, ulteriormente, del Código de Defensa del Consumidor de 1990, si bien se incorporaron conforme a una visión enriquecedora que le ha conferido identidad propia; v. gr., en punto al requisito de la representación adecuada fijado mediante criterios objetivos, los efectos expansivos de la cosa juzgada<sup>113</sup>, y el régimen especial de la conexidad y de la continencia entre acciones colectivas, entre otros. La técnica de la *injunctio*

<sup>111</sup> La mayoría de las reformas introducidas en la legislación colombiana, se sostiene, han sido concebidas dentro de los esfuerzos por paliar los principales problemas de la justicia en general, principalmente la morosidad judicial, la corrupción y la litigiosidad (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.).

<sup>112</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

<sup>113</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



norteamericanas, además de los clásicos *writs* anglosajones, influenciaron directamente en el régimen genérico de cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer (art. 461, CPC) y que más adelante se extendió a las obligaciones de entrega de cosa cierta (art. 461-A). Surgieron de ese modo las sentencias condenatorias mandamentales, influidas también por la acción inhibitoria italiana y el régimen francés de las *astreintes*, lo que denota la originalidad de la solución brasileña<sup>114</sup>. No menos significativo, el *contempt of Court* anglosajón inspiró la reforma del art. 14 CPC Br. (2001), si bien la regulación exhibe contornos propios diferenciadores (*supra* § IV.3). Sin embargo, el proceso brasileño ha permanecido hostil al sistema de oralidad en el proceso por audiencias.

2. En cambio, otras instituciones se modelaron bajo influencia de técnicas y procedimientos desarrollados dentro de la propia familia del *civil law* continental europeo. Tal el caso de la tutela anticipatoria y satisfactiva (en Brasil, ley 8952, de 1994 y complementarias y con anterioridad en Uruguay, como medidas “provisionales y anticipadas” CGP, art. 317), estructuradas en base al *refèré* francés y la doctrina italiana. O la acción monitoria documental –regulada no solo en Brasil, sino además y aún con anterioridad, en Uruguay–, como adaptación del derecho italiano.

3. En este punto, conviene reparar en otro fenómeno singular: algunas de las instituciones y técnicas procesales “modeladas” en el derecho procesal brasileño están “migrando” hacia otros ordenamientos de la región, donde se las recibe por implante parcial en las legislaciones –*Juizados Especiais de Pequenas Causas*, tutelas anticipatorias y satisfactivas–, o bien por vía de la creación jurisprudencial –las referidas tutelas en Argentina y otros países–. Y lo propio cabe decir de la “migración” de las instituciones del CGP Ur., en tanto réplica del CMPCI.

4. En definitiva, con variantes y singularidades en los diversos ordenamientos de la región, parece claro que se constata en la mayoría de ellos un notorio retroceso<sup>115</sup> en la distinción clásica entre *common law* y *civil law*, que se manifiesta en un número creciente de instituciones<sup>116</sup>; si bien siguen prevaleciendo

---

<sup>114</sup> En el plano de las tutelas provisionales, las sentencias mandamentales operan en otros ordenamientos como medidas cautelares atípicas y coercitivas. Así en el Perú (MONROY GALVEZ J., CAIRO O.) y en Argentina, por vía pretoriana.

<sup>115</sup> BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.; MONROY GALVEZ J., CAIRO O.; PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.; LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.. En Chile se manifiesta en el nivel doctrinario (PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R.). En Venezuela se afirma que más que un retroceso existe un estancamiento por lo que respecta al *civil law* (MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y.).

<sup>116</sup> Como sostiene TARUFFO, las diferencias y contrastes se han venido diluyendo, entre otras razones, porque el legislador asume orientaciones de reforma más pragmáticas y menos inclinadas ideológicamente (*Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Temis, Bogotá, 2006, trad. B.H. Quintero, p. 65).



en lo sustancial, en todos ellos, sin excepción, las estructuras fundamentales de la tradición del *civil law* continental europeo.

## Segunda Parte: Las Leyes Modelo.

### VII. Misión y papel de la jurisprudencia como receptora de los principios de las convenciones y tratados sobre derechos humanos.

La influencia de los principios fundamentales que conforman el denominado genéricamente *derecho internacional de los derechos humanos*, el *bill of rights* universalmente reconocido en las convenciones y tratados internacionales –principalmente la CEDH replicada en la CADH-, repercutió con singular intensidad en los diversos ordenamientos latinoamericanos. Los Estados adherentes, que lo son la inmensa mayoría, asumieron compromisos internacionales a cuyo cumplimiento se obligan los distintos poderes estatales y, entre ellos, muy especialmente, la rama judicial<sup>117</sup>. De ahí el creciente protagonismo de los jueces en la afirmación del *sistema de garantías* que, además y paralelamente, fue constitucionalizado en diversos países, en el lapso de las dos últimas décadas (*supra* § II, 3.7).

En realidad, el fenómeno de la “globalización” del sistema de derecho y de enjuiciamiento, que tiene su base en el derecho internacional de los derechos humanos y los sistemas de protección transnacionales, constituye una de las múltiples causas concurrentes (juntamente, entre otras, con la explosión de nuevas conflictividades, el mayor acceso a la justicia y el creciente protagonismo de la sociedad y sus entidades representativas en el proceso judicial, revalorizado como instancia privilegiada para el ejercicio de la democracia “deliberativa”, etc.), que han generado, al menos tres fenómenos paralelos, complejos y recíprocamente influidos: la creciente *judicialización* de los conflictos, el *activismo judicial* y la, cuanto menos tangencial, participación de los jueces en el diseño de las *políticas públicas*.

1. En ese escenario, la jurisprudencia acoge, desarrolla y aplica los principios de las convenciones y tratados, tanto respecto de los derechos y situaciones sustantivas –*bill of rights* sustantivo-, cuanto a las garantías fundamentales del proceso civil. En punto a lo primero, se destaca la tutela preferente que habitualmente se concede a los derechos que integran el “núcleo duro”: derecho a la vida, a la salud, al medio ambiente sano, personalísimos, a la dignidad, a la educación, a la vivienda y a las condiciones dignas

---

<sup>117</sup> Así, en Argentina: CSN, Fallos, 329:549, 553 y 2759. Es que el parámetro de la intervención judicial proviene de la Constitución que asegura los derechos fundamentales y su efectividad (PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.).



de vida y, en general, a los denominados derechos económicos, sociales y culturales (DESC)<sup>118</sup>; como también, a las situaciones objetivas que comprenden a determinadas categorías de personas –menores<sup>119</sup>, incapaces<sup>120</sup>, ancianos, mujeres, aborígenes<sup>121</sup>, inmigrantes, desplazados<sup>122</sup>, etc., sujetos considerados genéricamente en situación de vulnerabilidad<sup>123</sup>. En algunos países, los pronunciamientos judiciales se sustentan en los derechos fundamentales que emanan de la Constitución y su interpretación y, concurrentemente, en los que derivan de los pactos –control de convencionalidad- y aún en la interpretación de los tribunales transnacionales americanos); es el caso de Argentina<sup>124</sup>; Colombia<sup>125</sup>,

---

<sup>118</sup> En Colombia la tutela de los DESC fue evolucionando en la jurisprudencia a través de la interpretación extensiva del art. 4 de la ley 472/78, de acciones populares o de grupo para la tutela de los derechos colectivos. Así el Consejo de Estado ha protegido, entre otros, el *derecho a la salud* y el derecho a la *educación*, como prerrogativas de la prestación de un servicio público. Igualmente, en numerosos casos, se admitió la acción de cumplimiento del art. 87 CP Col. para tutelar a personas gravemente afectadas por la violencia y desplazadas de sus tierras. A su vez, la CC Col. tuteló en diversos casos el *derecho al medio ambiente sano*, aplicando el principio de progresividad con sustento en doctrina y normativa internacional; el *derecho a la información y la libertad de expresión*, con cita de precedentes de la CIDH; el *derecho a la educación*, asegurando esa prerrogativa a las minorías indígenas y a las comunidades afrodescendientes e imponiendo acciones positivas al Estado; el *derecho a la salud* en el caso de cobertura del plan obligatorio de salud a las parejas del mismo sexo o acogiendo la acción de tutela para la protección inmediata y total del derecho vulnerado; el *derecho a la seguridad social*, por conducto de la acción de tutela para asegurar el mínimo vital, o el derecho a la pensión del sobreviviente de la pareja homosexual; o el *derecho a una vivienda digna*, en vía de acción de tutela, dado el carácter de derecho fundamental y no obstante tratarse de un derecho prestacional; el *derecho al mínimo vital* para garantizar el subsidio de empleo temporal (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.). En Venezuela, la Sala Constitucional del TSJ, en vía del recurso de revisión constitucional, declaró el derecho de inamovilidad laboral del padre del recién nacido, extendiendo la garantía que cubre a la madre (sent. 547/6/2010). MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..

<sup>119</sup> La SCJ Ur. resolvió un caso vinculado a los derechos del niño con apoyo en la CADH (LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.).

<sup>120</sup> La CCCol. tuteló el *derecho de los sujetos discapacitados*, entre otros casos, en vinculación con el derecho a la no discriminación, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra la norma que prohíbe acceder al concurso de un cargo notarial a los sordos y mudos; o en vinculación con el derecho a la salud (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.).

<sup>121</sup> La CCCol. se pronunció reiteradamente sobre la tutela de los derechos de los pueblos indígenas y el contenido del derecho a la diversidad étnica y cultural y a la autodeterminación, con sus proyecciones en la salud, la seguridad social y otros derechos (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.).

<sup>122</sup> CCCol., sent. T 025 de 2004 y autos de cumplimiento de marzo de 2009, que se analizarán *infra*.

<sup>123</sup> Los relatores uruguayos mencionan diversas decisiones sobre derecho a un trato adecuado para las personas en condiciones de vulnerabilidad (LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.).

<sup>124</sup> BERIZONCE R.O., *Tutelas procesales diferenciadas*, ob. cit., pp. 117 y ss. y jurisprudencia que allí se cita.

<sup>125</sup> Afirman enfáticamente los relatores colombianos que la evolución progresiva de la jurisprudencia de la CCCol., resultado del activismo judicial a partir de interpretaciones amplias y flexibles de los textos normativos relativos a los derechos de incidencia colectiva y los DESC, no hubiera sido posible sin la referencia constante en los pronunciamientos a los diferentes instrumentos internacionales (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.).



Uruguay<sup>126</sup>. En cambio, en Brasil generalmente las decisiones se apoyan de modo exclusivo en la Constitución<sup>127</sup>.

2. Respecto de las *garantías fundamentales del proceso civil*, ya consideradas *supra* § II, 3.7, en diversos países la jurisprudencia ha aplicado los preceptos de los art. 8º y 25 de la Convención Americana, como sustento concurrente de las propias garantías procesales contempladas en las constituciones –juez “natural”, debido proceso legal, juzgamiento en contradictorio, sentencia debidamente fundada dictada en tiempo razonable-. Así, en Argentina<sup>128</sup>, Colombia<sup>129</sup>, Perú<sup>130</sup>, Uruguay<sup>131</sup>.

Igualmente, las sentencias de los jueces han enfatizado el derecho a “un recurso sencillo y rápido”, consagrado por el art. 25 de la Convención, reforzando la operatividad de las vías legisladas –amparo, acción de tutela, *mandado de segurança*-, para asegurar la tutela de los derechos fundamentales. Por caso, en Argentina<sup>132</sup>, Perú<sup>133</sup>, Uruguay<sup>134</sup>, Colombia<sup>135</sup>, donde se ha remarcado la efectividad en concreto de los pronunciamientos<sup>136</sup>.

---

<sup>126</sup> En la jurisprudencia de los tribunales uruguayos en forma gradual y progresiva se han recogido principios de las convenciones internacionales, particularmente en materias del *derecho a la vida y a la salud, derecho a la identidad, restitución internacional de menores, garantía del debido proceso, motivación de las decisiones judiciales*, entre otras (LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.).

<sup>127</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K., desde que todos los principios y reglas convencionales integran la C. Br., de modo que raramente la jurisprudencia remonta a los instrumentos internacionales.

<sup>128</sup> Así, con sustento en los preceptos constitucionales y las convenciones sobre derechos humanos, la CSN Arg. declaró que la vida no es solo un derecho individual, sino también un bien social público y colectivo, que el Estado debe proteger (Fallos 223:3229); o el aseguramiento de las condiciones dignas de subsistencia (Fallos, 329:549); o las prestaciones educativas para una niña discapacitada (CSN, 30-9-08).

<sup>129</sup> BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., se explayan especialmente sobre pronunciamientos de la CCCol. que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y la descalificación de la prueba ilícita. Sin embargo, la alusión a los principios convencionales y a la doctrina de los tribunales internacionales ha sido excepcional en el juzgamiento de las acciones colectivas; en cambio, sí se apoyan en aquellos principios, sea en la forma de *ratio decidendi*, sea como *obiter dicta* para justificar sus decisiones en vía de las acciones de tutela.

<sup>130</sup> MONROY GALVEZ J., CAIRO O., refieren sentencias del TC Per. sobre el debido proceso, con apoyo en pronunciamiento de la CIDH, y su operatividad en el procedimiento administrativo.

<sup>131</sup> LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S., también vinculado con el acceso al conocimiento de actuaciones administrativas (SCJ Ur.).

<sup>132</sup> La CSN Arg. declaró que los recursos de amparo no pueden resultar tardíos o inefectivos, especialmente en aquellos ámbitos vinculados a la vida o a la preservación de bien culturales de una comunidad indígena (Fallos, 331:2119).

<sup>133</sup> MONROY GALVEZ J., CAIRO O., quienes ejemplifican con casos relativos al derecho de reunión en que el TC Per. sigue precedentes del TEDH, y al debido proceso donde se sustenta en doctrina sentada por la CIDH.

<sup>134</sup> LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S., refieren diversas decisiones vinculadas al *derecho a la salud*, derecho de menores que pretendían condiciones adecuadas de reclusión, entre otras.

<sup>135</sup> Por caso, respecto del *derecho a la seguridad social*, la CCCol. declaró que si bien en principio la acción de tutela no es viable para garantizar la justiciabilidad de tal derecho, procede en ciertos supuestos concretos: transmutación del derecho; conexidad con un derecho fundamental o afectación del mínimo vital. O en relación al *derecho a una vivienda digna*,



3. Resaltan por su interés las construcciones de la jurisprudencia y la creación pretoriana que, en algunos países, se manifiesta como expresión de un creciente *activismo judicial*<sup>137</sup> en cierta categoría de conflictos que versan sobre derechos fundamentales, individuales y colectivos, a los que se confiere una *tutela procesal diferenciada*. Se tiende al aseguramiento en concreto de tales derechos mediante lo que se configura como una “justicia de acompañamiento” o protección, o “de resultados”, cuyas notas características son la accesibilidad para todos, aceleración del reconocimiento del derecho, simplificación de los trámites, prevalencia de la verdad objetiva (principio de la realidad litigiosa) y prevalencia del derecho sustantivo por sobre los recaudos formales que resulten frustratorios. Las técnicas procesales que utilizan los jueces, generalmente por vía de interpretación creativa de normas legales y aún por creación pretoriana, son diversas y han sido enunciadas *supra* § II, 3.7. Un ejemplo de su utilización se ofrece en la experiencia argentina<sup>138</sup>.

4. En la proyección de las tutelas diferenciadas, resulta particularmente significativo el tratamiento que los jueces confieren, en algunos países, a los denominados *conflictos de interés públicos o estratégicos*, que atañen a los derechos colectivos sociales en general, incluyendo los derechos de la institucionalidad democrática.

4.1. A semejanza –y salvando las distancias- de la conocida experiencia norteamericana que tuviera su origen en la era de la Corte Warren en los años cincuenta y sesenta<sup>139</sup>, el denominado modelo de reforma estructural se ha utilizado recientemente en Argentina, por creación pretoriana de la CSN<sup>140</sup> y

---

cuando se lo considere un derecho fundamental o por transmutación ante la falta de pago de un subsidio ya acordado, o ya en el caso de las personas desplazadas. O, también, en el caso de las *personas con discapacidad*. O tratándose de *derechos de los pueblos indígenas* (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.).

<sup>136</sup> Las decisiones de la CCCol. que acogen la acción de la tutela, resultan particulares, no solo en cuanto a la celeridad con que se prescribe el cumplimiento, sino porque las medidas revisten un altísimo grado de concreción, en la forma de mecanismos procesales (principalmente de ejecución) preferentes (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.).

<sup>137</sup> BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., aludiendo a la CCCol..

<sup>138</sup> Corresponde atemperar el rigor formal en beneficio de derechos de contenido alimentario, o en materia previsional (CSN Arg., Fallos, 315:1314; 306:1839, entre otros).

<sup>139</sup> FISS O., *The Law as It Could Be*, 2003. Seguimos la versión española: *El derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007, especialmente, pp. 21 y ss..

<sup>140</sup> Entre otros casos, cuando estaba en debate la defensa de los derechos de todas las personas detenidas en comisarias o establecimientos carcelarios de una provincia, ante la situación de colapso del sistema penitenciario (3-5-05, “Verbitsky H., s/ *habeas corpus*”, 6-9-06; “Lavado D. y otros”). O cuando se trataba de la tutela del medio ambiente, que por constituir bienes que pertenecen a la esfera social y transindividual, comprometen a los jueces, quienes deben actuar con particular energía para tornar efectivos los mandatos constitucionales, haciendo uso oficioso de sus facultades ordenatorias e instructorias a fin de proteger el interés general (CSN Arg., 20-6-06, “Mendoza B. y otros c. Estado Nacional y otros”, consid. 18). Igualmente, en casos de demandas para reclamar sobre deficiencias de las prestaciones de salud en los hospitales





también en Colombia por la CCCol.<sup>141</sup>. Se destacan como características típicas (i) el pronunciado *activismo procedimental de los jueces*<sup>142</sup> (i.i.), el método *dialogal* impulsado por el tribunal en un marco de mayor publicidad y transparencia del procedimiento –diálogo público entre las partes, con la participación abierta de organismos administrativos, grandes corporaciones públicas o privadas<sup>143</sup>, enriquecido por la intervención de *amicus curiae*, como forma de alentar la participación social en salvaguarda del interés general<sup>144</sup>; (i.i.i.) la *función remedial* que asume el tribunal, cuyas decisiones están encaminadas hacia la búsqueda de “remedios” para una compleja situación planteada, de cara al futuro, ponderando los principios y valores en disputa<sup>145</sup>; (i.i.i.i.) la pervivencia del “diálogo” interinstitucional durante la ejecución continuada de la sentencia, que facilita el cumplimiento de lo acordado, con el “acompañamiento” del tribunal<sup>146</sup> que, a menudo, queda involucrado en la reorganización de la institución o servicio en cuestión<sup>147</sup>. De ese modo, los altos tribunales, y también los jueces inferiores<sup>148</sup>, tienen la posibilidad de

---

públicos (CSN Arg., 31-10-06, “Ministerio de Salud s/acción de amparo”, y más explícitamente: Cám. Cont.Adm. y Trib. CABA, Sala I, 25-6-07, 23-12-08).

<sup>141</sup> Se trata de una “megacausa” radicada ante la CCCol. relacionada con la situación en que se encuentran diversas comunidades que han quedado desplazadas territorialmente, a consecuencia del conflicto armado que aflige al país desde hace muchos años. La Sala Plena del tribunal asumió el seguimiento a la ejecución de las órdenes impartidas en la Sentencia T-025 de 2004 y autos de cumplimiento en marzo de 2009, para lo cual creó una Sala Especial de Seguimiento -SES- integrada por tres magistrados, que mantendrá su competencia hasta la superación del estado de cosas inconstitucional declarado por la CC.. La SES ha asumido tres líneas de trabajo: 1) seguimiento a la reformulación e implementación eficaz de cada uno de los componentes de *políticas públicas* en atención integral a la población desplazada; 2) el fortalecimiento de la *coordinación* interinstitucional y la corresponsabilidad entre la Nación y las entidades territoriales; y 3) el *enfoque diferencial* en materia de atención a mujeres, niños, personas y comunidades indígenas, afrodescendientes, personas con discapacidad y de la tercera edad (VARGAS SILVA E., *El papel de la Corte Constitucional. La tragedia del desplazamiento forzado*, en *Revista Judicial*, Consejo de la Magistratura, Bogotá, junio de 2010, pp. 20-21).

<sup>142</sup> CSN Arg., 20-6-06, cit..

<sup>143</sup> CSN Arg., 3-5-05, cit., 20-6-06, cit., consid. 19; 24-2-2009, “Halabi E. c. PEN”. El régimen de audiencias públicas fue establecido por Acordada del tribunal N° 30/2007.

<sup>144</sup> CSN Arg., 24-2-2009, “Halabi E. c. PEN”. El régimen de los *amicus curiae* fue reglamentado por Acordada del tribunal N° 28/2004.

<sup>145</sup> CSN Arg., 3-5-05, 26-6-06, cit..

<sup>146</sup> CSN Arg., 3-5-05, 26-6-06, cit..

<sup>147</sup> En la “megacausa” del desplazamiento forzado en Colombia, la ejecución de la sentencia de inconstitucionalidad quedó a cargo de SES, ante la persistencia de la situación de vulneración de las garantías fundamentales por el estancamiento sistemático e integral en el goce efectivo de todos los derechos de las víctimas. La SES se centró en el estudio de todos los antecedentes, la evolución y las posibles fórmulas de solución a los problemas detectados en la reformulación de los componentes de la *política pública* de atención y prevención al desplazamiento forzado, entre ellos: prevención y protección, ayuda humanitaria de emergencia, salud, educación, vivienda, generación de ingresos, reubicación, reparación, etc.. A esos fines, entre 2009 y 2010 convocó siete audiencias públicas con distintas autoridades territoriales y del gobierno nacional, diversas organizaciones de la sociedad civil, observadores nacionales e internacionales, representantes de los pueblos indígenas y de comunidades afrocolombianas. En el mismo lapso, la SES dictó numerosas resoluciones, especialmente medidas cautelares urgentes y de protección inmediata para la salvaguarda de derechos fundamentales de comunidades indígenas y afrocolombianas (VARGAS SILVA E., ob. cit.).



participar, siquiera tangencialmente, en la configuración de las *políticas públicas*, a través del ejercicio de un poder de “suplencia” de las omisiones legislativas y con la finalidad de tutelar los derechos fundamentales<sup>149</sup>. Claro que cuidando celosamente de no invadir esferas de atribuciones propias de los poderes políticos, y a condición de sustentar sus decisiones en fundamentos racionales y motivaciones persuasivas que acotan el ámbito de la discrecionalidad y excluyen todo subjetivismo voluntarista. Se expresa de ese modo la dimensión discursiva de la democracia a través del quehacer judicial, que lo ejerce mediante la “representación argumentativa”, que coadyuva a complementar armoniosamente la representación política concretada mediante la ley.

4.2. A conclusiones similares ha arribado recientemente el STF Br., que ha sostenido que si bien es cierto que, de ordinario, no se incluye en el ámbito de las funciones institucionales del Poder Judicial la atribución de formular o implementar políticas públicas, excepcionalmente le corresponde toda vez que el incumplimiento de los encargos propios de los otros poderes, viniera a comprometer la eficacia o integridad de los derechos de jerarquía constitucional, aunque derivados de cláusulas de contenido programático. De ahí que el aseguramiento de la dignidad del hombre incluye las condiciones materiales mínimas de existencia (el “mínimo existencial”) y si los poderes de gobierno actuaren de modo irrazonable, afectando aquel núcleo intangible, se justificaría la intervención del Poder Judicial<sup>150</sup>. A partir de la C Br. de 1988, la tendencia generalizada de los tribunales, siguiendo al STF, es favorable al control de constitucionalidad de mérito (conveniencia y oportunidad) de los actos administrativos, cuando se trata de implementar políticas públicas, a consecuencia de la inercia o de corregirlas cuando resultan equivocadas. Las políticas públicas son construidas, así, por leyes, actuaciones administrativas y decisiones judiciales, envolviendo a todas las funciones del Estado<sup>151</sup>.

5. En un balance y valoración crítica, puede afirmarse que el creciente protagonismo de los jueces en el Estado democrático de derecho, que en buena medida deriva de la defección de los restantes poderes

---

<sup>148</sup> Así, en Argentina, en casos de deficiencias en las prestaciones de hospitales públicos: Cám.Cont.Adm. y Trib. CABA, Sala I, 25-06-07, 23-12-08, cit..

<sup>149</sup> La SES de la CCCol. tienen como una de sus principales y más ambiciosas misiones, el seguimiento a la reformulación e implementación eficaz de las políticas públicas de atención y prevención del desplazamiento forzado. Como se ha afirmado, se trata de proteger el calamitoso estado en que se encuentran los millones de víctimas, una tragedia que no cesará mientras se sigan produciendo desplazamientos por el conflicto armado (VARGAS SILSA E., ob. cit.).

<sup>150</sup> STF Br., ADPF 45-9, Mtro. Celso de Mello. PELLEGRINI GRINOVER A., *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário* en RePro, São Paulo, nº 164, p. 9 y ss., especialmente pp. 13-15.

<sup>151</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



en la atención y satisfacción puntual de los derechos fundamentales, resalta un fenómeno que se considera universal y que tiene particular incidencia en la región iberoamericana. Si bien deviene de importancia para sustentar la legitimación democrática de la judicatura, es lo cierto que el desempeño cabal de los nuevos roles enfatiza más que nunca la necesidad de su independencia funcional frente a los restantes poderes, requisito que –por la fragilidad de los sistemas-, lamentablemente, no se observa en algunos países, como se destaca en algunos informes nacionales<sup>152</sup>. En esos contextos, es justificado aseverar que, en general, la jurisprudencia de los países de la región acoge los principios de los tratados y convenciones internacionales y, aún, en la mayoría de ellos, la propia jurisprudencia de los tribunales americanos. Por último, el creciente protagonismo de los jueces que deriva de algún modo en la *judicialización de la política*, contiene –como se ha alertado<sup>153</sup>- notorios riesgos, especialmente el de quedar atrapados en el dilema de tener toda la potencialidad para actuar, pero un muy menguado poder para imponer a los poderes político que se cumplan sus decisiones.

#### **VIII. Recepción de la “modelización” del proceso civil en doctrina, jurisprudencia y legislación.**

1. El singular fenómeno de la “modelización” del proceso civil, es sabido, se ha desarrollado en los niveles regionales; recién con ulterioridad se gestó el intento de elaboración de los Principios ALI/Unidroit, tendientes a la universalización de un modelo para regir el ordenamiento de las disputas civiles internacionales. Este último se inscribe precisamente dentro de la tradición pionera del CMPCI para Iberoamérica de 1988 –continuada con el CMPr.Col.I de 2006- y de aquel otro inspirado por el Prof. Marcel Storme<sup>154</sup>. Unos y otros tienen por objetivo la “armonización”, que se resume en el esfuerzo por reducir las diferencias entre los sistemas legales nacionales pergeñando un paradigma abarcador y, al mismo tiempo, superador a través de un nuevo modelo al que se arriba al cabo de una “aproximación”, que supone la reorientación de ciertas normas de los sistemas legales nacionales<sup>155</sup>.

2. En América Latina el debate doctrinario sobre la “modelización” del proceso civil ha tenido alcances solo parciales y diferente intensidad, comprendiendo tan solo algunos modelos: además de los Códigos “Tipo” de la región –que son objeto de interés y consideración permanente hasta la actualidad-,

<sup>152</sup> MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y.; MONROY GALVEZ J., CAIRO O..

<sup>153</sup> DE SOUSA SANTOS B., *Sociología jurídica crítica*, ILSA, Bogotá, 2009, pp. 422 y ss..

<sup>154</sup> *Approximation of Judiciary Law in the European Union*, M. Storme (ed.), Kluwer, 1994.

<sup>155</sup> HAZARD, Jr., G.C., *Civil litigation without frontiers: harmonization and unification of procedural law*, XI World Congress on Procedural Law, Viena 1999, General Reporter for the Common Law Countries.



ocuparon la atención el régimen de la Unidroit del arbitraje comercial internacional<sup>156</sup>, las leyes modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza<sup>157</sup>, y en menor medida los P. ALI/Unidroit<sup>158</sup>, que en algunos países han sido recibidos con reservas y, en otros, aún no han sido suficientemente difundidos<sup>159</sup>; sin que la *jurisprudencia* los hubiere utilizado<sup>160</sup>. Existe interés, sin embargo, en debatir la armonización de las normas procesales más puntuales, como son las de los países integrantes del MERCOSUR<sup>161</sup>.

3. En la *jurisprudencia* en general, como se señaló, se recogen y aplican los principios fundamentales y universales del proceso civil (*supra* I, 3.7), tanto como los de los CMPCI y CMPr.Col.I, aunque muy limitadamente estos últimos.

4. Hemos de analizar a continuación la receptividad que han tenido los Códigos “Tipo” y los P. ALI/Unidroit y su compatibilidad con las reglas de los ordenamientos nacionales de la región.

#### 1. El Código Procesal Civil “Tipo” para Iberoamérica.

El Código Modelo se gestó laboriosamente al cabo de casi dos décadas de estudios, debates y decisiones escalonadas que culminaron con su aprobación durante las XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Río de Janeiro, 1988)<sup>162</sup>. Primero se acordó la preparación de “bases uniformes”, debatiéndose en los sucesivos encuentros los principios esenciales para finalmente estructurar el anteproyecto que fuera obra de los profesores uruguayos Adolfo GELSI BIDART, Luis A. TORELLO y Enrique

<sup>156</sup> BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K., señalan que también fueron considerados por la jurisprudencia. MONROY GALVEZ J., CAIRO O., aunque en Perú la recepción de esa normativa fracasó por razones diversas. PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R..

<sup>157</sup> BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..

<sup>158</sup> En Brasil no ha habido debates sobre “modelización” en general y en cuanto a los P. ALI/Unidroit fueron recibidos con reservas (PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.). En Colombia, la mayor parte de la doctrina los ha pasado por alto (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.). En Perú la cuestión de la “modelización” no es objeto de debate (MONROY GALVEZ J., CAIRO O.), quienes sostienen que el mayor obstáculo son las barreras culturales, más que la cuestión de la soberanía.

<sup>159</sup> LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.. Lo propio cabe afirmar en Argentina. No obstante, en Chile, donde se atraviesa un amplio debate sobre la reforma procesal civil, en los trabajos preparatorios se utilizan los P. ALI/Unidroit como un insumo más (PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R.).

<sup>160</sup> LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.; BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.; PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.; MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y.; PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R.; MONROY GALVEZ J., CAIRO O..

<sup>161</sup> LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

<sup>162</sup> GELSI BIDART A., TORELLO L. y VESCOVI E., *Hacia la preparación de Códigos Procesales Modelos: las bases para la reforma...*, en *Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamérica*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 25 y ss.. Sobre los antecedentes y bases del anteproyecto: GELSI BIDART A., *Código “tipo” y reforma del proceso civil en América Latina: entre derecho común y uniforme en Un “Codice Tipo” di procedure civile per l’America Latina*, a cura di S. Schipani y R. Vaccarella, Cedam, Padova, 1990, pp. 41 y ss.. VESCOVI E., *La reforma de la justicia civil en Latinoamérica*, Temis, Bogotá, 1996, pp. 20-22.



VESCOVI. Fue el fruto de la feliz confluencia de diversos factores que se cobijaron en el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, un logro que nació de la necesidad de impulsar un cambio en profundidad para transformar radicalmente los sistemas de enjuiciamiento imperantes<sup>163</sup> y sustituirlos por un nuevo paradigma sustentado en la idea-fuerza de la oralidad y el proceso por audiencias, con todos sus conseqüentarios, para superar la palmaria ineficacia del tradicional proceso escriturario y el estado de insatisfacción de la justicia.

4.1.1. La exposición de motivos<sup>164</sup> se explaya sobre los *principios rectores*<sup>164</sup>, dedicando atención a la oralidad y proceso por audiencias; organización de la magistratura; poderes, deberes y responsabilidades del juez y de las partes. Entre las principales instituciones transformadoras que recoge el código se destacan aquellas propias de la creciente publicización del proceso civil y el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción; la adopción del proceso por audiencias orales; la regulación de una audiencia preliminar, con finalidades múltiples (arts. 301, 302); el reconocimiento al juez de verdaderos poderes-deberes de observancia inexcusable (arts. 33 a 35) para la dirección e instrucción de las causas, potestades que se acentúan en los denominados procesos sociales (art. 310); doble instancia con un juez monocrático; la organización independiente del ministerio público (art. 36 a 42); la regulación de la tutela de los intereses colectivos o difusos (art. 53, 194); la prevención de los procesos fraudulentos o colusorios (art. 64); la protección cautelar genérica (art. 280); la instauración de procesos de estructura monitoria (art. 311 a 316); la admisión de medidas conminatorias para asegurar el cumplimiento de las decisiones; la consagración, en fin, de principios y directivas generales para guiar la interpretación finalista de los preceptos procesales (art. 1 a 3). Se trataba, en definitiva, de las grandes líneas tendenciales que por entonces se avizoraban en el derecho procesal iberoamericano<sup>165</sup>.

---

<sup>163</sup> Sobre el sentido transformador del anteproyecto de Código modelo: VESCOVI E. y GELSI BIDART A., *Bases para orientar en Latinoamérica la unificación legislativa en materia procesal civil*, Rev. Fac. Cs. Jurid. y Soc. de Guatemala, set.1982. VESCOVI E., *El proyecto de Código procesal civil uniforme para América Latina*, Rev. Inst. Colombiano de Der. Proc., Bogotá, 1986, n° 4. GELSI BIDART A., *Código "tipo"...*, ob. cit., pp. 41 y ss..

<sup>164</sup> *Código Procesal Civil y Procesal Penal...*, ob. cit., pp. 41-70.

<sup>165</sup> El Código "tipo", como lo señalara VESCOVI, se inspiró en las más avanzadas instituciones de la región: el despacho saneador y el rechazo preliminar de la demanda, del derecho brasileño; el principio venezolano de que "las partes están a derecho"; los poderes del juez acordados por el código procesal argentino; el desarrollo de la prueba en audiencia de la legislación colombiana; el proceso monitorio del derecho uruguayo; el sistema apelatorio y el efecto diferido de origen costarricense y argentino, etc. (*Confrontación entre el Código Procesal Civil modelo iberoamericano y el proyecto de Código Europeo...*, en *Unificazione del diritto e rimedi alternativi per la risoluzione delle controversie civili nel sistema giuridico latinoamericano*, estrato da *Roma e America. Diritto Romano comune*, Mucchi ed., Roma, 1997, p. 110).



Una ilustrada doctrina procesal<sup>166</sup> ha explicado con detenimiento los principios fundantes, la génesis del CMPCI y su proyección posterior, principalmente a partir de su íntegra recepción en el CGP Ur. de 1989<sup>167</sup> y parcialmente en el CPC Per. de 1993<sup>168</sup>.

4.1.2. El debate a nivel doctrinario del CMPCI de 1988 se mantiene vivo en la actualidad con el objetivo de proceder a su actualización, al cabo de las diversas circunstancias que han sobrevenido en la región, especialmente la constitucionalización en varios países de nuevos derechos y garantías, la evolución de los sistemas de gestión, la irrupción de los medios alternativos, entre otras. Los necesarios ajustes de diseño del modelo e incorporación de nuevas instituciones, técnicas y procedimientos, comprende la regulación del régimen específico de las tutelas procesales diferenciadas; la instrucción preliminar (procedimientos de *pre-action*); los poderes de dirección e instrucción de las causas; flexibilización del sistema de preclusiones rígidas; las medidas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia; los tipos procesales sumarios, de cognición plena y trámite simplificado; el régimen de los procesos repetitivos; el cumplimiento y ejecución de la sentencia, entre otros. El actual debate quedó inaugurado en las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Santiago de Chile, 2010)<sup>169</sup>.

4.1.3. La influencia del CMPCI en los ordenamientos iberoamericanos ha sido notoria desde 1989 por la vigencia del CGP Ur. y el prestigio derivado de la experiencia de este último. Así, en el CPC Per. de 1993, en cuyo diseño se receptaron en medida significativa los principios típicos de aquel: proceso por audiencias orales, poderes ordenatorios e instructorios del juez, inmediatez y concentración.

---

<sup>166</sup> VESCOVI E., *Los códigos modelos. El Código Modelo para Iberoamérica*, en *El Derecho Procesal en el MERCOSUR*, Fac. Cs. Jur. y Soc. UNLitoral, Santa Fe, 1997, p. 491 y ss.. BARBOSA MOREIRA J.C., *Le code-modele de procedure civile pour l'Amérique latine...*, en *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, ed. Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 191 y ss.. SIMON L.M., *La aplicación del Código Procesal Civil modelo en Iberoamérica*, relato general, *VII Seminario Internazionale Formazione e caratteri del sistema giuridico latinoamericano e problemi del processo civile*, Roma, 2002.

<sup>167</sup> La bibliografía uruguaya es amplísima. Por toda ella: VESCOVI E., *La reforma de la justicia civil en Latinoamérica*, ob. cit., pp. 22 y ss.. VESCOVI E., director, *Código General del Proceso*, ed. Abaco, Montevideo, v. I, 1992 y sucesivos. Sobre el sistema de los principios del CGP y su fuente en el Código Modelo, v. 1, pp. 54-55.

<sup>168</sup> MONROY GALVEZ J., *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*, 2ª ed. aumentada, Palestra ed., Lima, 2004, *passim*, especialmente pp. 81-89; 153-165; 289-314; 315-349; 351-355; 357-377; 433-447. Del mismo autor: *La reforma del proceso civil peruano quince años después*, en *Reforma procesal civil*, E. Oteiza coord., AADP, Rubinzal Culzoni ed., Bs.As., 2009, pp. 125 y ss.. SIMONS PINO A., *La evolución del proceso civil en Perú*, en *Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas*, Univ. de Lima, Lima, 2008, pp. 19 y ss..

<sup>169</sup> Ilustran ampliamente sobre dicho debate las ponencias y comunicaciones recogidas en *Derecho Procesal contemporáneo*, coord. R. Tavolari Oliveros, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010, vs. I y II.



Lamentablemente reformas posteriores terminaron desnaturalizándolo<sup>170</sup>. Igualmente, el CMPCI incidió decisivamente en la reforma de varios ordenamientos en las provincias argentinas, especialmente en la de Tierra del Fuego<sup>171</sup>, y de modo parcial en La Pampa y Río Negro. Numerosas de sus instituciones, como la audiencia preliminar<sup>172</sup>, las estructuras monitorias, el régimen de los procesos colectivos<sup>173</sup> –aunque luego superado- sirvieron de inspiración a varias legislaciones. De hecho, está siendo utilizado como fuente inspiradora para los proyectos de CPC para Chile<sup>174</sup>.

#### 4.2. *El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.*

La idea surgida en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en 2002 de elaborar un ordenamiento tipo sobre procesos colectivos en base al anteproyecto presentado por los profesores Ada PELLEGRINI GRINOVER, Kazuo WATANABE y Antonio GIDI, generó de inmediato numerosos aportes doctrinarios<sup>175</sup>, en base a los cuales se aprobó finalmente en 2004 el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica<sup>176</sup>. A partir de entonces se ha generado un fructífero debate que sigue abierto<sup>177</sup>.

---

<sup>170</sup> MONROY GALVEZ J., CAIRO O., SIMONS PINO A., *La evolución del proceso civil en Perú*, ob. cit..

<sup>171</sup> MORELLO A.M. y KAMINKER M.E., *El Código Procesal Civil (General) de la Provincia de Tierra del Fuego*, El Der., Bs. As., v. 159, p. 1018.

<sup>172</sup> En la legislación colombiana: BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..

<sup>173</sup> Las reglas sobre legitimaciones extraordinarias y cosa juzgada en los procesos colectivos se adoptaron en buena parte de los ordenamientos nacionales sobre tutela ambiental y defensa de los derechos de los consumidores y usuarios. Así, en Argentina, donde la legitimación extraordinaria fue incluida en la reforma constitucional de 1994 y ulteriormente incorporada, junto con el régimen de la cosa juzgada a las leyes de tutela ambiental y de consumidores.

<sup>174</sup> PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R..

<sup>175</sup> THEODORO Jr. H., *Acciones populares y acciones para la tutela de los derechos colectivos*, Rev. Iberoam. Der. Proc., Nº 2, 2002, pp. 85 y ss.. Asimismo: PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K. y GIDI A., *Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, en la misma rev., pp. 165 y ss.. GIDI A. y FERRER MAC-GREGOR E., coordinadores, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, ed. Porrúa, México – Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003, *passim*. GIDI A. y FERRER MAC-GREGOR E., coordinadores, *Procesos colectivos...*, ed. Porrúa, México, 2003, *passim*. GIDI A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil...*, *passim*. Asimismo, PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K. y GIDI A., *Proposta de Código Modelo de Processos Colectivos para Ibero-américa...*, Rev. Iberoam. Der. Proc., 2003, nº 3, pp. 165 y ss.; MARINONI L.G., *Acciones inhibitoria y de resarcimiento en forma específica en el "Anteproyecto de Código Modelo..."*, Rev. Iberoam. Der. Proc., 2004, nº 4, pp. 193 y ss.; *Exposición de motivos. Anteproyecto de Código Modelo...*, Rev. Iberoam. Der. Proc., 2004, nº 5, pp. 19 y ss.; PELLEGRINI GRINOVER A., *Pareceres sobre as propostas de emendas apresentadas ao Anteproyecto...*, en la misma rev., pp. 67 y ss.; CASTRO MENDEZ A.G. de, *Relatorio General Processos Colectivos...*, en la misma rev., pp. 155 y ss.; BEJARANO GUZMÁN R., *VIII Congreso Internacional... Relatorio General. De los proveimientos jurisdiccionales...*, Rev. Iberoam. Der. Proc., 2004, nº 6, pp. 51 y ss.; SAID A., *VIII Seminario... Los procesos colectivos. El anteproyecto...*, en la misma Rev., pp. 99 y ss.; LANDONI SOSA A., *XIV Jornadas Iberoamericanas. La acción colectiva para la tutela de los intereses difusos...*, en la misma Rev., pp. 123 y ss..

<sup>176</sup> Exposición de motivos y texto publicado en Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal, año VI-Nº 9, 2006, en versión castellana y portuguesa.



4.2.1. Tal como se expresa en la exposición de motivos, el modelo propuesto se inspira, en primer lugar, en aquel que ya existente en los países de la comunidad iberoamericana, completando, perfeccionando y armonizando las reglas de modo de configurar un sistema típico, diferenciado de los modelos norteamericano y brasileño que le sirvieron, junto con la legislación colombiana, de principales fuentes inspiradoras. En líneas generales, en sucesivos capítulos, el ordenamiento tipo conceptualiza los intereses o derechos transindividuales, según la categoría de difusos e individuales homogéneos. Para estos últimos se adoptaron los requisitos de predominancia de las cuestiones comunes y de la utilidad de la tutela colectiva (*predominance and superiority*), propios del sistema norteamericano, que la experiencia brasileña había demostrado necesarios. La representatividad adecuada –ya recogida en algunos ordenamientos de la región– se regula detalladamente. La legitimación es abierta, atendiendo las normativas nacionales, algunas de fuente constitucional, siendo concurrente y autónoma en relación a los colegitimados, admitiéndose el litisconsorcio. Al Ministerio Público se reserva el papel de fiscal de la ley, previéndose el compromiso administrativo de ajustamiento de conducta, a cargo de los legitimados públicos, capaz de evitar o abreviar el proceso, con la formación inmediata de título ejecutivo (capítulo I, arts. 1º a 3º).

Al logro de la efectividad del proceso colectivo tienden las provisiones referidas a los proveimientos jurisdicciones contenidas en el capítulo II (arts. 4º a 8º): anticipación de la tutela y su eventual estabilización; acción condenatoria a la reparación de daños al bien indivisiblemente considerado y destino de la indemnización; condenaciones a hacer o no hacer preferentemente *in natura*, aplicación de *astreintes*, mandamientos judiciales aptos a la obtención de un resultado práctico equivalente.

En el capítulo III (arts. 9º a 19) se regula el trámite del proceso colectivo, con reglas específicas sobre competencia, pedido y causa de pedir, atenuación del principio preclusivo, tentativa de conciliación y otras formas de autocomposición, proceso por audiencias bajo el control y dirección del juez, reglas probatorias incluyendo la carga dinámica, régimen de costas y honorarios con sistema de incentivos. El régimen de la apelación, por regla sin efecto suspensivo, se complementa con la ejecución provisional de la sentencia.

---

<sup>177</sup> Puede consultarse los comentarios a todo su articulado en GIDI A., FERRER MAC GREGOR E., coord., *Código de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano*, Porrúa-UNAM, México, 2008.





Los derechos individuales homogéneos y, particularmente, la acción colectiva reparadora de los daños individualmente sufridos (la *class action for damages* norteamericana) se regula en el capítulo siguiente (arts. 20 a 26). Son sus particularidades que puede ser promovida sin necesidad de identificar a los posibles damnificados, a quienes se da conocimiento notificándoles de la radicación para que puedan intervenir en el proceso, si lo desean, como asistentes o coadyuvantes. La sentencia de acogimiento podrá ser genérica, declarando la existencia del daño y condenando a indemnizar a todos los damnificados, aún no individualizados. A éstos incumbirá, individualmente o a través de los legitimados extraordinarios, acreditar el daño personal sufrido y su cuantificación; sin perjuicio de la facultad judicial de fijar en la sentencia condenatoria, las indemnizaciones individuales, cuando resultare posible. Se adopta, asimismo, la solución de la *fluid recovery* del sistema norteamericano, habilitándose la ejecución colectiva de la indemnización debida a título de daños causados, transcurrido un año sin comparencia de interesados en número acorde con la gravedad del daño, cuyo producido revierte un fondo especial, de gestión reglada y controlada por el juez.

Las relaciones de conexidad y litispendencia entre las distintas acciones, al igual que el régimen específico de la cosa juzgada se prevén en el capítulo siguiente. Cuando se trata de derechos colectivos la eficacia de la sentencia se extiende en todos los casos *erga omnes*, salvo que cuando el rechazo de la demanda se sustentara en insuficiencia de pruebas, en cuyo caso puede plantearse nuevamente, con nuevas pruebas sobrevinientes. La solución del CMPr.Col.I resulta original al consagrar la cosa juzgada *secundum probationem*, como derivación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Tratándose, en cambio, de derechos individuales homogéneos, se acoge la solución ya prevista en la legislación brasileña, de la cosa juzgada *decundum eventum litis*. Se prevé, igualmente, la extensión *in utilibus* de la cosa juzgada favorable a la tutela de derechos colectivos en provecho de los damnificados individuales del mismo evento dañoso.

Una novedad para los ordenamientos de *civil law* es la acción colectiva pasiva, el *defendant class action* del derecho norteamericano, que regula el CMPr.Col.I en su capítulo VI, con la singularidad de los efectos de la cosa juzgada. Cuando se trata de intereses o derechos difusos, tendrá eficacia *erga omnes*; en cambio, si está en juego intereses o derechos individuales homogéneos, la eficacia *erga omnes* opera en el plano colectivo, pero la sentencia que admite la demanda no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase, quienes podrán promover acciones propias o defensas en el proceso de ejecución encaminadas a la inoponibilidad a su respecto de la decisión (arts. 32 a 35). Por último, el capítulo VII contiene disposiciones



generales sobre interpretación abierta y flexible de sus normas y disposiciones de aplicación subsidiaria (arts. 36 y 37). En conclusión se crea un modelo original para erigirse en un verdadero y propio sistema iberoamericano de procesos colectivos.

4.2.2. Algunas legislaciones nacionales han sido anteriores a la aprobación del CMPr.Col.I, y de hecho constituyeron fuentes inspiradoras de éste: la brasileña<sup>178</sup> y, aunque en menor medida, la colombiana<sup>179</sup>. El CGP Ur. regula las normas básicas sobre legitimación y cosa juzgada, que han sido complementadas con preceptos específicos sobre protección del medio ambiente, que acuerdan legitimación activa al Ministerio de la Vivienda<sup>180</sup>. El panorama legislativo actual en los países de la región exhibe, en general, leyes aisladas<sup>181</sup> regulatorias de la defensa del medio ambiente, por un lado, y de los derechos de consumidores y usuarios, por otro, que contienen preceptos sustantivos y algunas normas procesales, habitualmente referidas a los principios centrales de la legitimación y la cosa juzgada<sup>182</sup>. No se han dictado normativas completas que regulen en su totalidad el fenómeno de los procesos colectivos, como el CMPr.Col.I.

La *jurisprudencia* ha acompañado, en general y salvo excepciones<sup>183</sup>, el perfeccionamiento de esas novedosas instituciones<sup>184</sup>. Sin embargo, y más allá del auge general de las acciones colectivas<sup>185</sup>, en

---

<sup>178</sup> Así se destaca en la exposición de motivos. PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

<sup>179</sup> La ley 472, de 1998, que implementara el art. 88 CP Col., y su aplicación jurisprudencial, le han conferido a la legislación colombiana una génesis y desarrollo propio. De todos modos, presenta numerosas similitudes con el CMPr.Col.I, aunque resaltan también sus diferencias (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.).

<sup>180</sup> LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

<sup>181</sup> En Perú el Código Procesal Constitucional, de 2004, prevé la tutela de los derechos individuales homogéneos y la ejecución de la sentencia mediante medidas coercitivas. Sin embargo, el reciente Código de Defensa del Consumidor atribuyó la iniciativa y la tutela de los derechos colectivos, de manera casi exclusiva, a un organismo administrativo, lo que ha generado un sensible retroceso (MONROY GALVEZ J., CAIRO O.).

<sup>182</sup> En Argentina, en implementación de la reforma constitucional de 1994, la Ley de Defensa del Consumidor n° 24.240, de 1993, con las reformas n° 26.361, de 2008, regula la legitimación, incluyendo la intervención de las asociaciones como litisconsortes, normas procesales que resaltan los poderes oficiosos del juez, los efectos de la sentencia y su ejecución, entre otras previsiones. A su vez, la Ley General del Ambiente n° 25.675, de 2002, estatuye sobre legitimación para las diversas acciones, competencia, acceso a la jurisdicción, poderes oficiosos del juez, medidas cautelares, fondo de compensación ambiental, entre otras disposiciones. También en Chile existen normas que tutelan el medio ambiente y los derechos de consumidores, con reglas procesales (PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R.).

<sup>183</sup> LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S. critican una decisión de un tribunal de alzada uruguayo, que negó legitimación a dos abogados en una acción colectiva vinculada con la violación de derechos fundamentales de los detenidos en las cárceles, no obstante su trascendencia institucional.

<sup>184</sup> La CSN Arg. amparó los denominados derechos individuales homogéneos, no previstos en la legislación, declarando la inconstitucionalidad de normas que autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por internet; al mismo tiempo de describir los requisitos que las habilitan instó, al legislador a regularlos (sent. 24-2-2009, "Halabi E. c. P.E.N.").

<sup>185</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.; BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..



algunos países no se plantean con frecuencia, entre otras razones, por no existir un marco legal claro sobre los efectos de las sentencias y su incidencia sobre situaciones similares<sup>186</sup>. También es cierto que las acciones colectivas, por esencia, propician y dependen de la participación comunitaria en la justicia y ello requiere de una cultura singular que, en general, no está suficientemente desarrollada en los países de la región.

#### 4.3. *Los Principios ALI/Unidroit de Procedimiento Civil Transnacional.*

4.3.1. Los P. ALI/Unidroit, que constituyen un cuerpo sistemático de reglas fundamentales para regir en los litigios transnacionales, de singular valor para su utilización, además, como base de un procedimiento para los arbitrajes internacionales, han venido a llenar un sensible vacío existente. Los objetivos perseguidos de armonización y aproximación de los distintos sistemas nacionales y, especialmente, de las familias de sistemas, para ser aplicados por los órganos nacionales, han de ser considerados desde una visión iberoamericana como plenamente compatibles, en principio, con las ideas que sustentaron la elaboración de los CMPCI y CMPr.Col.I. Si bien las finalidades de unos y otros son diferentes, no dejan de ser sustancialmente similares en buena medida, en cuanto a los principios esenciales del procedimiento. Así, entre otros, en punto a: independencia, imparcialidad y competencia del tribunal (P. 1), debido proceso, tratamiento equitativo de las partes (P. 3), derecho a asistencia letrada (P. 4), contradictorio entre las partes (P. 5), decisión en tiempo razonable (P. 7), medidas provisionales y de urgencia (P. 8), estructura de los procedimientos (P. 9), iniciativa de parte para la promoción de los procedimientos (P. 11), acumulación de acciones, litisconsorcio e intervención de terceros (P. 12), responsabilidad del juez en la dirección de los procedimientos (P. 14), presentaciones escritas y orales (P. 19), publicidad (P. 20), reglas y *standards* de prueba (P. 21), determinaciones de hecho y de derecho (P. 22), contenido y fundamentación de la decisión (P. 23), medios alternativos de solución (P. 24), costos (P. 25), ejecución inmediata de la sentencia (P. 26), régimen de la apelación (P. 27), litispendencia y cosa juzgada (P. 28), efectividad de la ejecución forzada (P. 29), etc..

En conclusión, puede afirmarse que, analizado en general, la admisión de los P. ALI/Unidroit no debería generar obstáculos decisivos en la región. No existe incompatibilidad, al menos en el nivel de los Principios, con las ideas fundamentales en que se sustentan los CMPCI y CMPr.Col.I. Por otro lado, el

---

<sup>186</sup> Así, en Uruguay (LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.).



tratamiento de las garantías fundamentales del proceso civil resulta coincidente con el catálogo de la CADH (art. 8º).

4.3.2. En el nivel de los ordenamientos nacionales, en general, se ha afirmado que no existen obstáculos ni incompatibilidades de sustancia para su aceptación<sup>187</sup>. Así, particularmente en Uruguay, donde se mencionan antecedentes diversos de legislación y convenciones internacionales coincidentes con los P. ALI/Unidroit, en especial en cuanto a los principios que deben informar el derecho procesal internacional: a) la jurisdicción razonable; b) el acceso a la justicia; c) la no discriminación del litigante extranjero; d) la cooperación de principio y e) la circulación internacional de los fallos<sup>188</sup>.

Sin embargo, en el análisis en particular de los diversos Principios, se ha resaltado la existencia de algunas incompatibilidades con los ordenamientos nacionales, especialmente en tanto aquellos recogen normas que pertenecen a tradiciones jurídicas diversas de las del *civil law* continental, y que serían excluyentes o sustancialmente opuestas al sistema normativo legal. Así, se ha considerado que, entre otras, serían incompatibles, en relación al proceso civil venezolano, los P. 9º y 13, en cuanto confieren operatividad a los acuerdos de partes en detrimento de los poderes judiciales; el P. 17, al imponer obligaciones procesales a las partes, y no simples cargas; el P. 27, en cuanto permite la ejecución inmediata de la sentencia de primer grado, confiriendo al juez, y no al régimen de la ley, la posibilidad de su aplazamiento<sup>189</sup>.

#### **IX. Compatibilidad en general de los Principios ALI/UNIDROIT con los ordenamientos procesales nacionales.**

1. En general, como se adelantó, no existe incompatibilidad entre los aludidos Principios y los ordenamientos procesales de los países de Latinoamérica. Por el contrario, puede advertirse una correspondencia básica entre unos y otros.

Así, en particular: (i) el principio de independencia e imparcialidad de los jueces está consagrado con alcances similares en las Constituciones y en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8); (i.i.) el debido proceso y el tratamiento equitativo de las partes, que incluye el contradictorio tanto como la decisión en

---

<sup>187</sup> PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.; BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.; MONROY GALVEZ J., CAIRO O..

<sup>188</sup> LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

<sup>189</sup> MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..



tiempo razonable, se sustentan en disposiciones de igual linaje; (i.i.i.) las medidas provisionales o de urgencia generalmente se consideran por la jurisprudencia como integrantes de la garantía constitucional del debido proceso.

4.3.3. Es lo cierto que, los Principios ALI/Unidroit no han tenido hasta el presente incidencia alguna, en general, en las más recientes reformas del proceso civil en las legislaciones de la región. La escasa difusión<sup>190</sup> y conocimiento de aquellos tanto como la ausencia de debates más amplios, han sido, probablemente, los motivos decisivos. Sin embargo, resulta obvio que los Principios y Reglas pueden constituir una muy valiosa fuente de inspiración futura. Su eventual recepción, de todos modos, dependerá de profundos e imprescindibles cambios culturales<sup>191</sup> en los países de la región, siempre de difícil e imprevisible logro.

#### **X. Algunas consideraciones conclusivas.**

Los análisis que han sido desarrollados permiten arribar, desde la perspectiva del autor, a algunas consideraciones conclusivas de cierre, por cierto genéricas y sujetas a debate.

1. En los ordenamientos procesales civiles de los países de América Latina han pervivido, en general, las instituciones típicas de la tradición jurídica del *civil law* continental europeo de que se nutrieran en sus orígenes. En cierto modo, la mayoría de las legislaciones nacionales continúan “armonizadas” bajo el signo común de la sobrevivencia y “atadura” a sus raíces, y a las variables estructurales de aquella tradición.

2. Sin embargo, en su evolución, los distintos ordenamientos procesales han sido “infiltrados”, en mayor o menor medida, por instituciones típicas originarias o transmutadas del *common law* o aún del *civil law* europeo, en algunas de sus vertientes. En definitiva, los ordenamientos singulares de la región hispano-luso americana, han sufrido, bien que en intensidades diferentes, transmutaciones similares a las que han infiltrado a numerosos ordenamientos europeos (sean de las familias del *civil law* como del *common law*).

3. Ejemplos paradigmáticos de ese fenómeno universal, en América Latina lo constituye el ordenamiento procesal civil brasileño, por los múltiples y tan diversos “trasplantes” operados en su

---

<sup>190</sup> Entre las publicaciones dedicadas específicamente al tema debe consignarse la edición especial de la Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Derecho PUC, nº 52, diciembre 1998-marzo 1999, Lima.

<sup>191</sup> MONROY GALVEZ sostiene que si los políticos y el ciudadano toman conciencia que un paso hacia la armonización global o regional de nuestra justicia civil redundará en un beneficio de la justicia estatal (nacional), no habrán mayores trabas para que el ordenamiento procesal vaya paulatinamente modelando su estructura en línea con los principios que se vienen acogiendo internacionalmente.



ordenamiento, particularmente en las últimas dos décadas, a través de un proceso receptivo y de adaptación que sigue en curso y que ha permitido, sin abandonar sus raíces histórico-culturales, “modelar” a través de un ensamblaje singular, instituciones propias, algunas de las cuales, a su vez, así configuradas han “migrado” a otros ordenamientos del área. De ese modo, se ha replicado un fenómeno similar acaecido anteriormente con la experiencia del CGP uruguayo, que adoptara el CMPCI de 1988.

4. Las diversas y muy valiosas tentativas de armonización sistemática, por iniciativas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en cuyo seno se gestaron los CMPCI de 1988 y el CMPr.Col.I de 2004, todavía en curso, aún no han brindado los frutos esperados, más allá de su recepción en Uruguay y limitadamente en Perú y otros países, sin bien existen fuertes consensos favorables en el nivel doctrinario y aún en menor medida, recepción jurisprudencial. De hecho, se debate actualmente la actualización del CMPCI.

5. No han progresado, y en algunos países no han sido siquiera instalados, los debates sobre los Principios ALI/Unidroit.

6. Se destacan, en general, por un lado, fuertes resistencias culturales producto del apego a tradiciones seculares y, quizás aún con mayor incidencia negativa, un persistente desinterés de los legisladores nacionales, en línea con la falta, en la mayor parte de los países, de consensos sobre políticas públicas de la justicia, coherentes y con vocación de permanencia. Carencias notorias que se inscriben en una situación que, en algunos de los países de la región, puede caracterizarse actualmente como de “desconstitucionalización” de las instituciones del Estado democrático de Derecho.

7. No obstante lo anterior, y precisamente por ello, se puede vislumbrar en buena parte de los ordenamientos, un naciente e inédito fenómeno que constituye básicamente una consecuencia de la globalización y de la tendencia general a la universalización cultural y jurídica. Dicho fenómeno se manifiesta por el acentuado protagonismo que paulatinamente van asumiendo los jueces, llamados a llenar el “vacío” producto de las omisiones de los poderes políticos, y que ante el impulso de una *participación social* cada vez más creciente, asumen un *rol activo* para la tutela efectiva de los derechos fundamentales. En la región, el fenómeno asienta sus raíces en el notable movimiento de “constitucionalización” de los nuevos derechos –derechos sociales en general, derechos colectivos de consumidores y usuarios, ambientales, de la institucionalidad democrática –promovidos en coincidencia con el retorno de la



normalidad institucionalidad y democrática en buena parte de la región, a partir de los años 80, y en la operatividad de las convenciones internacionales sobre derechos humanos –especialmente la CADH-.

8. Producto de ese movimiento, se denota una cierta tendencia, particularmente notable en algunos ordenamientos, conducente a la afirmación del *sistema de garantías procesales*, que incluye novedosas instituciones, técnicas y procedimientos, desarrolladas en la legislación y especialmente en la jurisprudencia, y que constituyen verdaderas y propias *tutelas procesales diferenciadas*. En su proyección, dicha tendencia ha conducido, particularmente por impulso de los jueces de los tribunales superiores, a crear procedimientos y técnicas típicas para atender los denominados *conflictos de interés público*.

9. La tendencia señalada en los puntos 7 y 8, si bien todavía en sus inicios y limitada tan solo a algunos ordenamientos, puede ser considerada como un novedoso (en la región) *modelo supranacional*, sino estructural al menos *funcional*, como punto de referencia para una suerte de “*armonización*” de hecho, que no proviene de modelos diseñados sistemáticamente sino que se va articulando de modo paulatino y dinámicamente a partir de la jurisprudencia de los tribunales. Modelo que bien podría inscribirse como una concreción singular de aquella más abarcadora y universal tendencia que Mauro Cappelletti describiera magistralmente como *tendencia transnacional del derecho y la justicia*.



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## RELATÓRIO BRASILEIRO

(Brazilian Report)

***Ada Pellegrini Grinover and Kazuo Watanabe***

Professors at the Law Faculty of the University of São Paulo

Sumário: 1 – INTRODUÇÃO - 2 – PRIMEIRA PARTE: INFLUÊNCIAS RECEBIDAS PELO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO: 2.1 – Os primórdios do sistema brasileiro: a influência portuguesa e, por meio desta, do direito romano e do direito canônico. 2.2 - O século XX e o início do século XXI: 2.2.1: As influências italiana e alemã na doutrina; 2.2.2: A influência italiana no Código de Processo Civil de 1973; 2.2.3: A influência anglo-saxônica: 2.2.3.1: Os writs; 2.2.3.2: Small claims; 2.2.3.3: Class actions; 2.2.3.4: Injunctions; 2.2.3.5: Contempt of Court;- 2.2.3.6: ADR; 2.2.4: A influência japonesa: a conciliação; 2.3 – Influências atuais: 2.3.1 – Arbitragem; 2.3.2 – Ação Monitória; 2.3.3 - Efeito meramente devolutivo da apelação e execução provisória; 2.3.4 – Antecipação de tutela; 2.3.5 - A estabilização da tutela antecipada; 2.3.6 – Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; 2.3.7 - O controle jurisdicional de políticas públicas; 2.3.6.1- As técnicas processuais e os limites no controle jurisdicional de políticas públicas; 3 – Inexistência de influência do Código Modelo de Processo Civil para Ibero-América no sistema processual brasileiro; 4 – Procedimento escrito, oral e misto;.SEGUNDA PARTE: 4. INFLUÊNCIA DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO SOBRE OUTROS ORDENAMENTOS: 4.1 - Os processos coletivos; 4.2 – O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América; 4.3 - Antecipação de tutela. 4 – CONCLUSÃO.

### **1 – INTRODUÇÃO.**

O Brasil, colonizado por Portugal, filia-se inquestionavelmente ao sistema processual romano-germânico. Todavia, a partir da República (1980), recebeu influência do sistema anglo-saxão, e mais precisamente dos Estados Unidos da América, seja em relação à forma do Estado (federativa), seja para modelar o Supremo Tribunal Federal, seja para adotar o sistema de jurisdição una (sem contencioso administrativo), seja inspirando-se nos instrumentos





constitucionais-processuais de defesa das liberdades (writs) e, sobretudo pela judicial review que, a partir do controle de constitucionalidade, instaurado pelo juiz Marshall no famoso caso Madison x Marbury no final do séc. XIX,, foi seguido pelo sistema brasileiro, que hoje permite o controle não só da constitucionalidade das leis, mas inclusive o controle do mérito do ato administrativo, permitindo a intervenção jurisdicional para implementar ou corrigir políticas públicas, em face de certos requisitos. E hoje pode-se afirmar que o sistema processual brasileiro, embora fiel à tradição romano-germânica, acolhe diversos institutos próprios do common law.

Por outro lado, a globalização própria dos tempos atuais, numa sociedade denominada de conhecimento, facilitou o intercâmbio de experiências com outros países, fazendo com que o Brasil atingisse elevado nível de recepção e transmissão das leis processuais.

## **2 – PRIMEIRA PARTE: INFLUÊNCIAS RECEBIDAS PELO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO**

### **2.1 – Os primórdios do sistema brasileiro: a influência portuguesa e, por meio desta, do direito romano e do direito canônico.**

Desde o seu descobrimento por Portugal em 1500 até a proclamação de sua independência em 1822, o Brasil fazia parte do reino de Portugal e por isso em seu território vigorava o Direito reinícola. À época do descobrimento do Brasil, estavam em vigor em Portugal as Ordenações Afonsinas, promulgadas em 1456, que foram substituídas em 1514 pelas Ordenações Manuelinas . Posteriormente, em 1603, foram promulgadas as Ordenações Filipinas.

Uma importante observação é feita por Enrico Tullio Liebman a respeito do direito das Ordenações. Anota ele que, apesar de sua amplitude, o legislador não pretendia regular com suas disposições todos os casos concretos que poderiam apresentar-se na prática. Ao lado de



suas normas, continuavam a valer como fonte subsidiária , na respectiva esfera de competência, o direito canônico e o direito romano (ao qual reconhecia eficácia “pela boa razão de seu fundamento” ), e, sucessivamente, as Glosas de Accursio e a doutrina de Bartolo (Ord. Fil., Livro III, tit. 64). (Istituti del diritto commune nel processo civile brasiliano, in Problemi del Processo Civile, Morano Editore, pp.490/516).

O direito da Ordenações – acrescenta Liebman - - representava, portanto, para Portugal e territórios de além-mar, o *ius proprium*, isto é, “o direito territorial particular que, segundo o sistema vigente nessa época na Europa, se integrava no quadro mais vasto de dois *iura communia*, os direitos do Império e da Igreja, devendo a estes últimos recorrer-se em via subsidiária quando o direito particular não dispusesse expressamente. Isto é, entre o direito régio e o direito romano (e, em matéria espiritual, o canônico), subsistia a relação de “direito particular” para “direito comum”, que era a característica dominante nos ordenamentos jurídicos europeus da Idade Média. (op. et loc. cits).

A influência do direito romano comum era bem grande, pois as próprias Ordenações , embora valessem como direito especial territorial, constituem, quanto ao seu conteúdo, uma verdadeira codificação do direito comum, pois tendo sido redigidas por juristas educados e formados na Universidade italiana ou influenciados pelos ensinamentos de seus mestres, elas representavam uma síntese da doutrina do direito comum. E disso decorre uma importante consequência, segundo Liebman, que é o fato de que, mesmo quando também em Portugal o direito comum deixou de valer como fonte subsidiária de direito e as Ordenações passaram a vigorar como única fonte de direito nacional, através de suas disposições continuou a sobreviver o direito comum, em boa parte até os nossos dias (op. e loc. cits.)

E o direito privado e processual brasileiro – afirma Liebman - desenvolve-se desde o século XV, isto é, desde a recepção do direito romano pelas Ordenações do reino, sem distanciar-se desse modelo e recebendo escassa influência de fontes externas, até mesmo do direito francês que teve importância preponderante nos modernos direitos europeus, o que lhe deu uma individualidade própria, com a conservação de numerosos institutos de direito comum (op. e loc. cits.)



Consumada a emancipação política em 1822, o Governo brasileiro adotou providências para dotar o país de legislação própria, mas isto ocorreu de modo bastante lento, tanto que as Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603, vigoraram no Brasil até o início da codificação moderna. O primeiro Código Civil brasileiro foi promulgado somente em 1916, substituído em 2002 pelo Código Civil atualmente em vigor. O Código Comercial é um pouco anterior, pois foi promulgado em 1850.

No campo processual civil, a primeira iniciativa de nacionalização ocorreu por ocasião da promulgação do Código de Processo Criminal em 1832, que trouxe, como anexo, disposições provisórias “acerca da administração da Justiça Civil”. Essa primeira regulamentação do processo civil foi surpreendentemente bastante avançada para a época, pois, com o objetivo de alcançar o ideal de justiça rápida e barata, o legislador procurou conceber um processo menos complicado, despido de atos e formalidade inúteis e de recursos excessivos. Lamentavelmente, porém, não houve continuidade nessa tendência de simplificação e abreviação do nosso processo civil. Em 1850, no mesmo ano da promulgação do Código Comercial, teve vigência o Regulamento 737 que regulava a ordem do juízo apenas no processo comercial. O processo civil continuou regido pelas Ordenações Filipinas. Tivemos depois a Consolidação Ribas. A extensão do Regulamento 737 ao processo civil somente ocorreu em 1890, por obra do primeiro governo republicano. Após a Constituição Republicana de 1891, foi adotada no Brasil a dualidade de Justiças, criando-se a concorrência de competências da União e dos Estados membros para legislar sobre processo civil. Com a Constituição de 1934, restabeleceu-se a competência exclusiva da União para legislar sobre processo civil, sistema em vigor até hoje, tendo sido editado em 1939 o nosso primeiro Código de Processo Civil.

## **2.2 – Os século XX e o início do século XXI.**

A partir de meados do século XX, o sistema processual brasileiro recebeu profunda influência da Itália e da Alemanha, primeiro, e depois de outros países europeus, consolidando-



se em sua filiação ao direito romano-germânico, mas também, em alguns aspectos, buscando inspiração nos ordenamentos anglo-saxões.

**2.2.1 – As influências italiana e alemã na doutrina.** Foi sobretudo com a chegada e estadia em São Paulo do processualista italiano Enrico Tullio Liebman, durante a II Guerra Mundial, que a doutrina processual brasileira absorveu e elaborou as modernas conquistas do direito processual civil da Itália e da Alemanha. Começava no Brasil a fase científica do direito processual, em que se construíram os grandes institutos processuais e seus conceitos fundamentais. Autores como Chiovenda, Redenti, Carnelutti, Calamandrei e o próprio Liebman, ao lado de processualistas alemães como Von Bülow, Schwartz, Hellwig, Rosenberg, deixaram sua marca indelével na ciência processual brasileira.

**2.2.2 – A influência italiana no Código de Processo Civil de 1973.** O Código de Processo Civil de 1973, que substituiu o superado Código de 1939, foi obra de Alfredo Buzaid, discípulo direto de Liebman, trazendo em seu bojo as categorias fundamentais traçadas pela ciência processual italiana: processo de conhecimento, de execução e cautelar; pressupostos processuais, condições da ação e mérito; intervenção de terceiros e litisconsórcio; sentença e coisa julgada e muitos outros institutos foram moldados sobre os ensinamentos da doutrina italiana. O Código de 1973 continua em vigor, mas a partir dos anos 90 muitas alterações legislativas introduziram importantes modificações, buscando a efetividade do processo.

**2.2.3 – A influência anglo-saxônica.** Mas, como visto, o sistema processual brasileiro também se abriu à influência do sistema de common law.

**2.2.3.1 – Os writs.** A partir da Primeira República (1889), o ordenamento constitucional brasileiro incorporou instrumentos processuais de defesa das liberdades, de



alguma maneira correspondendo aos writs do sistema anglo-saxão, embora tenham recebido tratamento próprio. Os tradicionais Habeas corpus (protegendo a liberdade de locomoção) e, um pouco mais tarde, o Mandado de segurança (para a defesa de direitos diversos da liberdade de locomoção) e, mais tarde, com a Constituição de 1988, novos instrumentos constitucionais-processuais, como o Habeas Data (tutelando a intimidade contra dados informatizados) e o Mandado de Injunção (para suprir a falta de legislação a respeito de direitos fundamentais), vieram construir no sistema processual brasileiro um aparato rápido e eficaz de tutela das liberdades.

**2.2.3.2 – Small claims.** A lei federal n. 7.244, de 1984, instituiu no Brasil os chamados “Juizados Especiais de Pequenas Causas”, com um conjunto de inovações que aplicavam uma nova estratégia no tratamento de conflitos de interesse de pequena monta, buscando a desformalização e a celeridade do processo. Simplicidade, oralidade, economia processual e gratuidade foram os critérios adotados pela lei, que insistiu na conciliação, como mola-mestra do sistema. Após a Constituição de 1988, que se referiu aos small claims como a “causas cíveis de menor complexidade”, a Lei n. 9.099, de 1995, veio substituir os antigos Juizados de Pequenas Causas pelos “Juizados Especiais Cíveis e Criminais”, ampliando sua competência no campo civil. Não há dúvida de que a matriz dos Juizados é constituída pelos small claims do sistema anglo-saxão, tendo a conciliação se inspirado no sistema japonês.

**2.2.3.3. Class Actions.** Inspirando-se na regra n. 23 das Federal Rules of Civil Procedure norte-americanas de 1966, o Brasil foi pioneiro, nos ordenamentos de civil law, em criar um microsistema de processos coletivos, para a defesa de interesses ou direitos transindividuais (“difusos” e “coletivos”): primeiro, com a lei n. 7.347, de 1985, que tutelava os referidos interesses ou direitos, em sua dimensão de indivisibilidade, no plano do ambiente e do consumidor; depois, com o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 1990), que aperfeiçoou as disposições da lei, estendendo-a a todas as matérias e ampliando sua abrangência pela introdução da categoria dos interesses ou direitos “individuais homogêneos”,



correspondendo às class actions for damages (ou mass tort cases) do inciso b.3 da regra n.23 das Federal Rules. Mas há diferenças importantes entre a defesa desses direitos no Brasil, em comparação com o sistema norte-americano. A “adequacy of representation” é fixada mediante requisitos objetivos, de natureza legal; foi abandonado o critério do opt in e do opt out próprio do common law, obedecendo a coisa julgada erga omnes ao critério denominado secundum eventum litis (ou seja, a coisa julgada atinge a todos, mas somente para beneficiar e não para prejudicar as pretensões individuais). Outras novidades do sistema brasileiro são a legitimação ativa, que não se estende à pessoa física; o controle do Ministério Público, quando não for autor da demanda; os poderes do juiz, menos amplos do que os do juiz norte-americano; a simplificação do regime das notificações (em face da inexistência do opt out); o regime da conexão e da continência entre ações coletivas e estas em comparação com as demandas individuais. Trata-se, enfim, de um microsistema que, embora inspirado nas class actions, soube encontrar soluções próprias, mais adequadas a um ordenamento de civil law e às peculiaridades do país.

**2.2.3.4 – Injunctions.** Outra influência do sistema processual de common law sobre o brasileiro é constituído por técnica parecida à das injunctions norte-americanas. Desde a criação, com a República, de writs como o Habeas corpus e o Mandado de segurança (supra, n. 2.2.3.1), o Brasil conheceu provimentos jurisdicionais consistentes em ordens do juiz. Mas faltava uma disposição genérica que previsse a emanção de ordens (mandamentos) fora das hipóteses de tutela das liberdades. Surgiu assim, em 1994, uma alteração do Código de Processo Civil (tendo como antecedente dispositivos no microsistema brasileiro de processos coletivos: supra, n. 2.2.3.3), para as obrigações de fazer e não fazer, que prevê a execução específica (e não a reparação pecuniária). O juiz determina o cumprimento da obrigação em espécie, sob pena de multas diárias (as astreintes do sistema francês) ou mediante providências concretas capazes de levar a um resultado prático equivalente ao do cumprimento da obrigação (como a busca e apreensão, o desfazimento de obras ou o impedimento da atividade nociva). Das obrigações de fazer e não fazer (art. 461 do Código), a tutela específica passou



para a obrigação de entrega de coisa certa (art. 461-A), que segue o mesmo regime. A inovação foi tão importante, que reforçou, no sistema brasileiro, o entendimento de que, ao lado da sentença condenatória pura – que demandava um processo de execução – surgiu a categoria da sentença condenatória mandamental, em que o cumprimento da sentença se faz no próprio processo de conhecimento, pelo cumprimento das ordens do juiz. E a expressão provimento mandamental foi introduzida no próprio Código de Processo Civil, cujo art. 14, modificado, se refere a seu descumprimento como “ato atentatório ao exercício da jurisdição”, passível de sanções (ver número seguinte, contempt of court).

Mas, muito embora as raízes da sentença mandamental do sistema brasileiro estejam nas injunctions próprias do common law, não se deve desprezar, em sua gênese e evolução, a experiência italiana (com a ação inibitória, própria das obrigações de não fazer) e a francesa (com a adoção, alternativa, do regime das astreintes). Mais uma vez o sistema processual brasileiro inspirou-se nos de outros países, dando à questão solução original e própria.

**2.2.3.5 – Contempt of court.** A partir do Código de Processo Civil de 1973, muito preocupado com os princípios éticos e o abuso do processo, o sistema processual civil brasileiro conheceu diversos dispositivos punindo a litigância de má-fé e o descumprimento de decisões judiciais. Mas a concepção do contempt of court, associado à idéia de que é inerente à própria existência do Poder Judiciário a utilização de meios capazes de tornar eficazes as decisões emanadas, só ingressou no Código de Processo Civil com a modificação da redação do art. 14, por uma lei de 2001. O contempt of court, entendido como a prática de qualquer ato que tenda a ofender um tribunal na administração da justiça ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, inclusive mediante a desobediência a uma ordem, tem contornos próprios no sistema brasileiro. Na redação do inc. V do art. 14, são deveres das partes e de todos aqueles que participam do processo, entre outros, cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação dos provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. A sanção para a infringência desse dever está prevista no parágrafo único, que ressalva a atuação dos advogados, sujeitos exclusivamente ao estatuto da Ordem



dos Advogados do Brasil, sendo a penalidade de natureza exclusivamente pecuniária, mas sem prejuízo das sanções penais e processuais cabíveis.

**2.2.3.6. ADR.** No passado, a mediação e a conciliação tiveram no Brasil um papel muito saliente. A Constituição Imperial de 1824 dispunha expressamente que nenhuma demanda poderá ser ajuizada sem se demonstrar que se tentou previamente a conciliação. A lei ordinária apenas excepcionava os casos de urgência, nos quais a conciliação podia ser tentada posteriormente às providências iniciais necessárias. Para promover a conciliação, o sistema jurídico previa a figura de Juiz de Paz.

Com o tempo, porém, o papel do Juiz de Paz foi perdendo importância, estando hoje reduzido apenas à realização de casamentos. A Constituição permite que a legislação ordinária a ele atribua também funções conciliatórias, mas até hoje não se cuidou de adotar essa providência. Alguns Estados criaram a figura de Juiz Leigo, que tem, além da atribuição de auxiliar o Juiz togado na condução dos processos, também funções conciliatórias.

Uma organização melhor da mediação e da conciliação somente teve início com a aprovação da Lei dos Juizados de Pequenas Causas, em 1984. Hoje, com base nos dispositivos do Código de Processo Civil, que permitem a conciliação e a mediação, alguns Estados, como o de São Paulo, têm procurado utilizar mais intensamente os meios alternativos de solução de conflitos.

Está, presentemente, no Congresso Nacional um projeto de lei que procura disciplinar de modo mais abrangente a mediação e a conciliação paraprocessuais..

**2.2.4 – A influência japonesa: a conciliação.** O modelo japonês de conciliação, que conta com a participação de pessoas da comunidade, promovida portanto por pessoa que não irá julgar a causa, foi uma das importantes inspirações quando da concepção dos Juizados Especiais de Pequenas Causas (atualmente, Juizados Especiais Cíveis para causas de menor complexidade).





É verdade que tivemos, em nossa história, desde a Constituição Imperial de 1824, como já ficou salientado, o modelo de mediação/conciliação promovida por pessoa dedicada exclusivamente a essa tarefa, sem a atribuição de julgar a causa, que foi o nosso antigo Juiz de Paz. Mas, o modelo de participação comunitária é o do direito japonês, que inspirou também a criação dos Juizados Informais de Conciliação, que têm a função exclusiva de promover a solução amigável dos conflitos de interesses. De se lembrarem também as medidas consensuais adotadas pelo Poder Judiciário brasileiro, em várias unidades da nossa Federação, como o Estado de São Paulo, para o adequado tratamento dos conflitos de interesses.

### **2.3 – Influências atuais.**

Ainda a cavaleiro dos séculos XX e XXI, prosseguindo neste, continua a influência do direito processual civil estrangeiro no sistema brasileiro.

**2.3.1 – A arbitragem.** Em 1996, pela Lei n. 9.307, o Brasil alinhou-se aos ordenamentos modernos dando nova roupagem ao instituto da arbitragem, muito mal estruturado no Código de Processo Civil de 1973. Basta dizer que a cláusula arbitral não instaurava a arbitragem, a qual exigia a assinatura posterior do compromisso arbitral. Essa situação, que permaneceu até a promulgação da lei de 1996, levou à falta de utilização do instituto e à total ausência de tradição do Brasil nessa matéria.

A nova lei buscou subsídios especialmente na legislação espanhola (de 1988) e na Lei-Modelo sobre a Arbitragem Comercial da UNCITRAL, sem esquecer as disposições das Convenções de Nova York (1958) e do Panamá (1975), valendo apontar que a primeira não foi assinada pelo Brasil e a segunda entrou em vigor no país apenas no primeiro semestre de 1996.



Mas também com relação à arbitragem, a disciplina brasileira distancia-se em alguns pontos da adotada em outros países: não se aboliu diferença entre cláusula e compromisso, como fez a Espanha, prevendo-se a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário quando as partes, diante de cláusula compromissória vaga ou vazia, não conseguirem instaurar o juízo arbitral; a condução de testemunhas recalcitrantes é feita sob o controle do Poder Judiciário; disciplina-se a cooperação do juiz togado com o árbitro em caso de necessidade de tutela cautelar ou antecipatória. Apesar da dispensa de homologação judicial do laudo, criou-se mecanismo ágil de impugnação da decisão arbitral, no tocante apenas à legalidade (e não ao mérito), mediante ação própria, mantendo-se ainda a possibilidade de ataque da sentença arbitral condenatória na execução, por impugnação do devedor.

**2.3.2 – Ação monitória.** O Código de Processo Civil não contemplava o instituto da ação monitória, talvez por força do grande número de títulos executivos extrajudiciais previstos no sistema. Por influência de diversos ordenamentos, e sobretudo do italiano, a ação monitória, exclusivamente documental (como o é na Itália) foi introduzida no Código pelos arts. 1.102-a, 1.102-b e 1.102-c.

**2.3.3 - Efeito meramente devolutivo da apelação e execução provisória.** O sistema do Código de Processo Civil de 1973 desprestigiava a sentença de primeiro grau. A apelação da sentença era recebida sempre em seu duplo efeito – devolutivo e suspensivo – e a execução provisória da sentença sujeita a recurso podia chegar exclusivamente à penhora dos bens do devedor, constituindo-se na verdade em mera providência cautelar.

Ainda em 1973, pela Lei n. 5.920, a apelação passou a ser recebida sem efeito suspensivo em diversas hipóteses, expressamente previstas. Mas a grande novidade veio só em 2.002, pela Lei n. 10.444, inspirada nos sistemas alemão e espanhol, que, alterando o art. 588 do Código, permitiu que a execução provisória, na pendência da apelação recebida sem efeito



suspensivo, conduzisse à alienação dos bens, mediante caução (que pode ser dispensada em caso de créditos de natureza alimentar).

**2.3.4 – Tutela antecipatória.** Sob influência do référé francês e acompanhando a doutrina italiana, que distinguiu tutela cautelar de tutela antecipatória, a Lei n. 8.952. de 1994, introduziu no Código de Processo Civil o instituto da antecipação de tutela, distinguindo-a completamente da tutela cautelar. Segundo o art. 273 do Código, é possível antecipar, parcial ou totalmente, os efeitos da futura sentença de mérito, observados determinados requisitos.

**2.3.5 – A estabilização da tutela antecipada.** No ordenamento brasileiro, entretanto, a concessão da antecipação de tutela é sempre provisória e incidental ao processo de conhecimento.

A doutrina brasileira, inspirando-se na italiana, percebeu que os provimentos antecipatórios são, substancialmente, provimentos monitorios. Daí veio a conclusão de que, uma vez concedida a tutela antecipada, o demandado, devidamente informado, pode se conformar com a concessão, não havendo porque se prosseguir no processo para atingir a sentença de mérito e a coisa julgada, que podem não interessar às partes.

Inspirando-se nas recentes modificações do processo civil italiano, que prevêm a estabilização da tutela antecipatória, independente do processo de conhecimento, o Instituto Brasileiro de Direito Processual apresentou, em 2.005, um Projeto de Lei nesse sentido, que está tramitando no Senado Federal.

**2.3.6 – Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.** A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, introduziu no sistema constitucional brasileiro a súmula vinculante, nos seguintes termos:



"Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."



Assim, a nova súmula – exclusiva do Supremo Tribunal Federal - vincula diretamente os órgãos judiciais e os órgãos da Administração Pública, abrindo a possibilidade de que qualquer interessado faça valer a orientação do Supremo, não mediante interposição de recurso, mas de apresentação de uma reclamação por descumprimento de decisão judicial (CF, art. 103-A).

A súmula vinculante decorre de decisões tomadas em casos concretos. Em regra, elas serão formuladas a partir das questões processuais de massa ou homogêneas, envolvendo matérias previdenciárias, administrativas, tributárias ou até mesmo processuais, suscetíveis de uniformização e padronização.

A possibilidade de revisão ou cancelamento de súmula é de extrema relevância quando se tem em vista que é da natureza da própria sociedade e do direito estar em processo de evolução contínua. Nesse sentido, faz-se imprescindível a possibilidade de alteração das súmulas vinculantes, evitando a cristalização da jurisprudência.

Mas cabe observar, sobretudo, que a evolução da função das súmulas – das impeditivas de recurso à vinculante – teve o condão de transformar a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, de mera modalidade de interpretação, em fonte de direito, sendo que a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal assume conotação de ato legislativo.

Assemelhada ao *stare decisis* do sistema de *common law*, a técnica brasileira, porém, não obriga a tribunal a observar o precedente, mas impede novos julgamentos.

**2.3.7 – O controle jurisdicional de políticas públicas.** A partir da *judicial review* dos Estados Unidos da América, os tribunais brasileiros exercem o controle da constitucionalidade das leis (seja pelo controle difuso, seja pelo concentrado, este por intermédio das ações diretas de constitucionalidade de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal), bem como o controle dos atos administrativos. No início este último controle limitava-se ao controle da legalidade o qual, no entanto, compreendia o exame do desvio de poder (o *détournement de pouvoir* do direito administrativo francês), permitindo o exame da motivação e da finalidade do ato administrativo. A partir da Constituição de 1988, no entanto, a tendência generalizada dos



tribunais brasileiros, seguindo a posição do Supremo Tribunal Federal, é no sentido favorável ao controle jurisdicional do mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade), quando se trata de implementar políticas públicas em face da inércia da Administração ou de corrigi-las, quando equivocadas. O parâmetro para a intervenção do judiciário está na Constituição, que assegura os direitos sociais (direitos prestacionais pelo Estado) e sua efetividade. As políticas públicas são constituídas, assim, por leis, atuações administrativas e decisões judiciais, envolvendo todos os Poderes (rectius, todas as funções do Estado), para o atingimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da Constituição Federal) e a fruição dos direitos sociais (art. 6º).

**2.3.7.1 – As técnicas processuais e os limites no controle jurisdicional de políticas públicas** – Convém, a essa altura, informar mais detidamente a respeito da posição atual da doutrina e da jurisprudência brasileiras sobre as técnicas processuais e os limites no controle jurisdicional de políticas públicas. Para tanto o Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais –Cebepej (de que são Presidente Kazuo Watanabe e Vice-Presidente Ada Pellegrini Grinover) coordenou uma pesquisa sobre o tema, que culminou num seminário, realizado a 14 e 15 de abril de 2010, com apoio do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A plenária do Seminário aprovou as seguintes conclusões, que ilustram o atual estágio da matéria no Brasil:

*1 – O controle jurisdicional de políticas públicas relacionadas aos direitos sociais constitucionalmente assegurados, para sua implementação ou correção, encontra pressupostos ou limites na observância do mínimo existencial, do princípio da razoabilidade e da reserva do possível;*

*2 – O mínimo existencial corresponde ao núcleo duro dos direitos sociais garantidos pela Constituição, e consiste no mínimo indispensável à dignidade*



*humana, autorizando a imediata judicialização dos direitos, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa;*

*3 – O princípio da razoabilidade indica a razoabilidade da pretensão coletiva ou individual e, em contrapartida, a desarrazoabilidade da lei, de sua interpretação ou da atuação administrativa;*

*4 –A reserva do possível indica tanto a existência de disponibilidade orçamentária-financeira, como a necessidade de planejamento necessário à execução da política pública a ser implementada;*

*5 – Não haverá necessidade de observar a reserva do possível quando se tratar de casos de urgência ou do mínimo existencial;*

*6 – Observados os pressupostos ou limites supra referidos, o Poder Judiciário pode intervir para implementar ou corrigir a política pública, sem afronta ao princípio da separação dos Poderes, tal qual se apresenta no Estado Democrático de Direito (rectius, separação de funções);*

*7 – Para tanto, o Judiciário pode ser provocado por intermédio de todos os meios previstos no ordenamento jurídico, em especial por meio das ações constitucionais, como o Mandado de Injunção, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental;*



*8 – No plano da jurisdição ordinária, ações coletivas ou mesmo individuais podem ser ajuizadas, tendendo na maioria das vezes a obrigações de fazer, como a de implementar ou corrigir determinada política pública, de incluir no orçamento futuro a verba necessária e de aplicar efetivamente a verba para a implementação ou correção da política pública, devendo o juiz acompanhar a execução, inclusive mediante sub-rogação de pessoas;*

*9 – Para a tomada de decisões e sua execução, o processo deve obedecer a um novo modelo de cognição, sendo necessário que o juiz dialogue com a administração pública para colher informações sobre a política pública já existente ou a ser implementada e examinar o orçamento, devendo também ampliar-se o contraditório, inclusive por intermédio de audiências públicas e da intervenção de amici curiae, tudo de modo a que o juiz decida corretamente e de maneira exequível, com motivação rigorosa;*

*10 – Para a implementação dessas conclusões, é necessário pensar num novo modelo de processo e num novo modelo de gestão do Judiciário, que permita inclusive a reunião de processos, em primeira e segunda instância, sempre que possam onerar o mesmo orçamento;*

*11 – O CEBEPEJ constituirá grupo de trabalho para formular propostas que atendam à conclusão n. 10.*

*São Paulo, 3 de maio de 2010*

*Kazuo Watanabe – Presidente*





**3 - Inexistência de influência do Código Modelo de Processo Civil para Ibero-América no sistema processual brasileiro.** Quando o Código Modelo de Processo Civil para Ibero-América foi aprovado o Brasil possuía um Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 1973, considerado um verdadeiro monumento legislativo.. Talvez por isso, os processualistas pátrios não se mostraram sensíveis aos princípios estabelecidos no Código Modelo, (como, por exemplo, o desenvolvimento do procedimento oral por audiências) mantendo-se fieis a seu sistema.

Somente mais tarde, o sistema do Código brasileiro começou a sofrer críticas, devidas sobretudo à falta de preocupação da legislação com a efetividade do processo e com um processo de resultados. A crise do Judiciário agravou as críticas, sendo que as reformas legislativas que se sucederam, a partir da década de '90, objetivaram sobretudo levar à maior celeridade do processo, utilizando-se a técnica a serviço dos escopos social (pacificação com justiça) e político (participação no processo e pelo processo) da jurisdição. Houve, sim, mudanças estruturais nas diversas leis que se sucederam a partir dos anos '90 – quase todas propostas pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual - como, por exemplo, a que reuniu a fase de cognição com a de execução, num processo único e sincrético, bem como as que introduziram a condenação à obrigação de fazer ou não fazer e a antecipação de tutela, de que já se falou. Mas nada disto veio por influência do Código Modelo.

Uma menção à parte merece, neste relatório, o tratamento da oralidade – pedra de toque do Código Modelo – no Brasil. É o que se passa a verificar.

#### **4. Procedimento escrito, oral e misto**



Os procedimentos do passado, assim como os atuais, demonstram que pode o procedimento seguir exclusivamente a forma oral, apenas a escrita, ou ambas em combinação. Quando se exige que as alegações ou provas orais sejam conservadas por escrito, fala-se no princípio da *documentação*.

Na história do processo civil, exclusivamente oral era, entre os romanos, o procedimento no período das ações da lei. A oralidade perdurou no período clássico, mas já então a fórmula se revestia de forma escrita. Na *extraordinaria cognitio* o procedimento transformou-se em escrito no tocante a vários atos, permanecendo os debates orais. Inteiramente oral era o procedimento entre os germanos invasores, o que veio a influir no do povo conquistado. Predominou, assim, por longo tempo, a palavra falada, permanecendo a escrita apenas como documentação.

Mas o direito canônico reagiu contra o sistema e no direito comum generalizou-se o procedimento escrito. A mesma tendência nota-se no procedimento reinol português, assim como no Regulamento 737 e na maioria dos códigos brasileiros estaduais.

Na França, porém, o Código de Processo Napoleônico acentuou o traço oral do procedimento, que não fora jamais abandonado; a influência fez-se sentir na Alemanha, como consequência da invasão napoleônica, espalhando-se para outros países da Europa, como a Itália, e daí para o Brasil.

No Brasil, o Código de Processo Civil unitário de 1939 proclamou solenemente, na Exposição de Motivos, a adoção do procedimento oral. Mas é forçoso reconhecer que hoje é raro o procedimento oral em sua forma pura. O que se adota é o procedimento misto, na combinação dos dois procedimentos: a palavra escrita pode ter até mesmo acentuada predominância quantitativa, mas a seu lado permanece a falada, como meio de expressão de atos relevantes para a formação do convencimento do juiz.

Mais do que a verdadeira oralidade, em seu sentido primitivo, a oralidade hoje representa um complexo de idéias e de caracteres que se traduzem em vários princípios distintos, ainda que intimamente ligados entre si, dando ao procedimento oral seu aspecto



particular: os princípios da *concentração*, da *imediação* ou imediatidade, da *identidade física do juiz*, da *irrecorribilidade das interlocutórias*.

O princípio da *imediação* exige o contato direto do juiz com as partes e as provas, a fim de que receba, sem intermediários, o material de que se servirá para julgar (a imediação não está necessariamente ligada à oralidade, mas historicamente os dois princípios sempre andaram consideravelmente juntos). Como corolário indispensável da imediação, segue-se o princípio da *identidade física do juiz*: o magistrado deve ser o mesmo, do começo ao fim da instrução oral, salvo casos excepcionais, para que o julgamento não seja feito por um juiz que não teve contato direto com os atos processuais. A aplicação dos princípios mencionados completa-se com o da *concentração* da causa em um período breve, reduzindo-se a uma única ou poucas audiências, em curtos intervalos. E, enfim, para concretizar a oralidade e a concentração, faz-se necessária a *irrecorribilidade das interlocutórias*, ou seja, das decisões proferidas no curso do processo, sem determinar-lhe a extinção.

No sistema brasileiro, entretanto, os princípios supra foram sofrendo inúmeras restrições. O foro brasileiro não se adaptou de todo ao sistema oral: a princípio, os memoriais escritos; depois, a complacência de alguns juízes, deixando que as inquirições se fizessem sem sua efetiva intervenção. Certos princípios, dados por infalíveis, não tiveram fortuna na prática: assim, a identidade física do juiz, a relativa irrecorribilidade das interlocutórias, a imprescindibilidade da audiência e debates orais. O insucesso da experiência, no campo do processo civil, redundou na revisão da posição adotada pelo legislador de 1939, por parte do Código de 1973, que atenuou sobremaneira o princípio da oralidade (arts. 132, 330 e 522).

#### **4.1 – A oralidade e a escrita no Brasil**

**4.1.2 – Procedimentos comuns.** Nos procedimentos comuns do Código de Processo Civil vigente, acompanhados pela maioria dos procedimentos especiais, embora se fale em procedimento misto, a palavra escrita predomina sobre a falada. Reserva-se à oralidade a



audiência de produção de provas, em relação às declarações das partes e à colheita da prova testemunhal. Embora se possam requerer esclarecimentos do perito em audiência, na prática a parte interessada costuma impugnar o laudo (anterior à audiência) por escrito, sustentado a posição de seu assistente técnico ou apresentando quesitos suplementares, igualmente respondidos por escrito.

A concentração não é observada no procedimento comum, sendo frequente a ocorrência de diversas audiências, a intervalos respeitáveis, para se concluir a colheita oral das provas.

É preservada a identidade física do juiz e existe imediação na colheita das provas orais, mas não se observa a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, para cuja impugnação o sistema prevê o recurso denominado “agravo”: este pode ser *retido*, sendo conhecido e julgado antes da eventual apelação, ou *por instrumento*, em que o traslado das peças processuais indicadas pelas partes sobe ao imediato conhecimento do tribunal, nos casos em que a decisão interlocutória impugnada pode provocar dano irreparável ou de difícil reparação à parte. Neste caso, o agravo tem efeito suspensivo.

O princípio da imediação é absolutamente inobservado em segunda instância, em que o julgamento do tribunal se baseia exclusivamente no exame dos autos, sendo oral e pública apenas a sessão do julgamento. Nos Tribunais competentes para os recursos extraordinários (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) as questões examinadas só podem se circunscrever à matéria de direito.

**4.1.3 – A oralidade no processo do trabalho.** O processo do trabalho, criado em maio de 1943, por intermédio da “Consolidação das Leis do Trabalho” (ainda em vigor), inovou profundamente em relação ao Código de Processo Civil de 1939, rompendo com determinados esquemas processuais, inadequados para a solução de controvérsias trabalhistas. Correspondendo às exigências específicas dos trabalhadores, o certo é que o processo do trabalho abriu caminho para um processo mais simples, acessível, rápido, econômico e



permeado de verdadeira oralidade. O procedimento desenvolve-se exclusivamente por audiências.

Mas nesse campo também, mais uma vez, a sobrecarga de trabalho atua nos tempos atuais em prejuízo da celeridade e da concentração, tanto assim que em janeiro de 2000 foi instituído o procedimento sumaríssimo na Justiça do Trabalho, além de se criarem as Comissões de Conciliação prévia.

**4.1.4 – A oralidade no procedimento das pequenas causas.** a Lei 9099/95, obedecendo ao comando constitucional, criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. A competência cível dos Juizados é estabelecida para conciliação, processo, julgamento e execução das denominadas causas de menor complexidade, assim entendidas aquelas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo – que é hoje fixado em aproximadamente US\$300,- ou, mesmo que excedido este valor, por matérias expressamente previstas em lei.

O procedimento das chamadas “pequenas causas” obedece aos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação. O espírito da lei exige que a palavra escrita seja reduzida ao mínimo, havendo alguns juízes, mais embuídos desse espírito, que conseguem julgar praticamente sem a existência de autos. Mas a competência cível dos Juizados, demasiado ampla – embora o acesso a eles seja facultativo, podendo a parte preferir as vias ordinárias – tem ocasionado, na prática, a sobrecarga de trabalho, com a consequência de se perder o critério de celeridade e, em relação à oralidade, o princípio da concentração. A imediação tampouco é observada em grau recursal, muito embora os recursos não sejam julgados pelos Tribunais de segunda instância, mas sim por turmas de juízes de primeiro grau.

**4.1.5 – A nova oralidade: o processo eletrônico.** Fala-se hoje numa nova oralidade processual, em que os titulares da relação jurídica processual e todos que participam do processo estão em constante contato, por intermédio dos instrumentos informatizados.



Trata-se do denominado “processo eletrônico”, que já se encontra em pleno desenvolvimento no Brasil. Tomamos emprestadas de Petrônio Calmon Filho as palavras seguintes:

“O século XX foi o século da tecnologia, mas o século XXI está sendo o século da transformação cultural, como conseqüência dos avanços tecnológicos do século anterior. Em outras palavras, a sociedade científica mundial já considera corriqueiro o constante surgimento de novas tecnológicas, não se surpreendendo mais com novidades. O que importa nesse momento científico é analisar, prever e se preparar para as alterações que esse contínuo progresso está provocando no modo de viver das pessoas. Embora o computador elétrico tivesse sido inventado desde 1942, é a universalização da internet que nos proporciona, hoje, essa proclamada mudança cultural.

A análise da mudança na comunicação em geral é importante e indispensável para o estudo do processo judicial eletrônico, em especial para a revalorização do denominado princípio da oralidade. O processo judicial é realizado mediante a prática e a comunicação de atos. Processo eletrônico é aquele em que os atos judiciais (do juiz, dos servidores e das partes) e a sua comunicação são praticados por meios eletrônicos. Quando se analisa o princípio (ou o modelo) da oralidade, analisam-se as formas de comunicação oral e escrita. Resta, então, verificar se no processo eletrônico prevalece uma dessas duas formas, realiza-se uma forma mista, ou se trata verdadeiramente de um novo meio de agir e de se comunicar. Afinal, os atos do processo eletrônico são orais ou escritos? Ou se trata de um *tertium genus*?

Essa indagação é mais fácil de ser respondida se olharmos para o estágio científico do passado. Quando CHIOVENDA tratou da oralidade, sequer a máquina de escrever manual era um instrumento universal e sua utilização passava muito longe do processo judicial. Ainda não se imaginava a possibilidade de se registrar a voz em um gravador, instrumento inventado somente na década em que o mestre italiano faleceu. Discutir oralidade e escrita quando não existiam máquina de escrever nem gravador de áudio é completamente diferente de discutir esses meios de comunicação em um mundo informatizado. Já há algum tempo, tanto o meio magnético quanto o disco de acrílico lido com laser também registram as imagens. De menos



tempo para cá, tanto som quanto imagem ocupam pouquíssimo espaço físico nos meios de registro dos computadores, o que vem proporcionando outra enorme revolução tecnológica e, para o que nos interessa, uma também enorme revolução cultural. É que podendo ser armazenadas em pouco espaço físico tanto a voz quanto a imagem, torna-se possível pensar na substituição integral do papel como meio de registro de pensamentos e expressões de todo tipo. Afinal, tudo o que tradicionalmente só se podia registrar em um meio vulnerável e perecível, atualmente se registra em meios eletrônicos com muito mais facilidade, e com vantagem porque esses meios são muito mais seguros e duráveis e porque o computador tem capacidade para localizar um determinado registro eletrônico em fração de segundos.

Com a gravação do som (e depois da imagem) e com os meios modernos de gravação, a linguagem oral (informatizada) torna a ser a espécie mais eficiente de linguagem, sendo relevante retornar aos estudos da oralidade no processo judicial, pois sua única deficiência foi definitivamente superada. Quer dizer: a linguagem oral não é mais perdida no tempo e pode ser muito melhor registrada do que a linguagem escrita. Essa, por seu turno, está perdendo totalmente sua importância milenar. Hoje em dia o registro escrito em papel é totalmente desvalorizado, dentre outros motivos porque o papel toma muito espaço, é frágil em sua conservação e sua produção é antiecológica. Com as tecnologias atuais, a fala e a escrita se aproximaram, pois ambas são registradas e armazenadas em computador, em meio magnético e ótico.

A linguagem escrita na informática também perde sua principal deficiência. A escrita pela informática é tão ágil quanto a fala. Enquanto alguém escreve uma linha em Cingapura, o receptor da mensagem que estiver em Honolulu não somente já estará lendo seu conteúdo, como poderá redigir imediatamente a resposta. É o que se chama de verdadeiro tempo real, fator em que se ressalta a moderníssima técnica da holografia, que simula a presença de alguém que pode estar muito distante.

Nesse panorama de modernidade e de profunda mudança cultural, surge o processo eletrônico no Brasil como um meio de prática e de comunicação dos atos processuais,



conforme afirmam o parágrafo único do art. 154 do Código de Processo Civil e a nova Lei 11.419, de 2006.

Essa lei cria o processo judicial completamente sem papel, em que as partes e seus advogados, juízes e todos os demais sujeitos do processo enviam suas petições e documentos em formato digital, de qualquer computador, em qualquer lugar onde estejam. Da mesma forma, as sentenças e demais atos judiciais e dos auxiliares da justiça são elaborados em formato eletrônico e comunicados às partes por meio da rede mundial de computadores (internet). As audiências são gravadas em áudio e vídeo e não são transcritas. Para o julgamento dos recursos, os juízes do órgão recursal deverão assistir aos atos diretamente em seu computador, valendo-se, é claro, dos modernos instrumentos de pesquisas, que lhes facilitam encontrar em fração de segundos o trecho de um depoimento porventura mencionado por uma das partes em seu recurso ou resposta.

Como seria de esperar, autorizando o processo eletrônico, a lei também cria normas para a segurança das informações transmitidas e recebidas, prevendo a implantação gradual do processo eletrônico, conforme sejam adquiridos os equipamentos e criados os sistemas de informática pelos diversos tribunais do país. Em uma primeira etapa, o processo continua de papel, mas a comunicação dos atos se dá por meio eletrônico. As partes enviam suas petições pela internet e consultam as decisões judiciais pelo mesmo meio. Mas já há no Brasil mais de 2% dos órgãos judiciais onde todas as etapas já foram implantadas e inexistem sequer uma folha de papel sendo usada no processo. O estado de Roraima já chegou à modernidade eletrônica na totalidade de seus processos.

A informatização do processo proporciona melhor qualidade nos elementos da oralidade. A imediação pode ser exercida ainda que uma testemunha esteja distante; a prova oral colhida em audiência pode ser revista pelo órgão recursal não mais como letras mortas de relatos inexatos; o público pode participar melhor das atividades jurisdicionais; o tempo do processo diminuirá, proporcionando mais qualidade às decisões; e muitas outras vantagens serão trazidas para o processo.





Torna-se relevante analisar a informatização do processo nos recursos ordinários, em que a prova pode ser reapreciada. Sempre se criticou o fato de os tribunais de apelação possuírem amplos poderes para rever a prova, especialmente a testemunhal. Tanto assim é que em alguns ordenamentos, como na Província de Santa Fé, na Argentina, o recurso em matéria de fato é completamente vedado. Mas o processo eletrônico pode inverter completamente a lógica do pensamento até então reinante nos debates sobre esse tema, pois com o registro das audiências em áudio e vídeo o tribunal de apelação poderá rever a prova com muito mais realismo do que o faz quando apenas lê os relatos. Vale ressaltar como exemplo, que no Estado do Mato Grosso (Brasil) todas as audiências já são inteiramente gravadas em áudio e vídeo e que nenhum registro escrito é feito dos depoimentos.”

**4.1.6 – Conclusões sobre o procedimento oral, escrito e misto.** Continua Petrônio Calmon Filho: “O certo é que persistem hoje, no Brasil, tanto a oralidade quanto a escritura e os dois meios de comunicação são utilizados, cada um prestando a sua colaboração ao direito processual. O século XX, porém, outorgou à humanidade novas tecnologias que nos fazem pensar se ainda há sentido em considerar a clássica divisão da comunicação entre oral e escrita. Ou, ao menos, fazem-nos constatar que há novos meios de comunicação e profundas são as alterações nas características dos meios tradicionais. A oralidade de hoje não se caracteriza mais como se caracterizava no início do século XX, momento em que os pais do direito processual escreveram seus conceitos dogmáticos. O mesmo, é evidente, acontece com a escritura. E o Brasil está atento à nova dimensão da escritura e da oralidade”.

---

## 5 - SEGUNDA PARTE: INFLUÊNCIA DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO SOBRE OUTROS ORDENAMENTOS.



## 5.1 – Os processos coletivos.

O Brasil foi pioneiro, entre os países de matriz romano-germânica, na criação de um sistema de processos coletivos, para a defesa de interesses ou direitos transindividuais (que denominou difusos, coletivos e individuais homogêneos): E seu sistema teve e continua tendo profunda influência nos países da comunidade ibero-americana (América Latina, Portugal e Espanha).

Primeiro, o Código Modelo de Processo Civil para Ibero-América (obra do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual) recepcionou a idéia brasileira da tutela jurisdicional dos interesses difusos, com algumas modificações em relação à legitimação (que inclui qualquer interessado) e ao controle sobre a representatividade adequada (que no Brasil não é expresso). Com relação à coisa julgada, o regime brasileiro do julgado erga omnes foi igualmente adotado.

No Uruguai, o Código Geral de Processo de 1989 repetiu as regras do Código Modelo de Processo Civil.

Na Argentina, primeiro a jurisprudência e depois o Projeto de Código Civil e Comercial da Nação, de 1993, seguiram o Código Modelo Ibero-Americano, até que a Constituição de 1994 contemplou, no art. 43, os chamados “direitos de incidência coletiva”, para cuja tutela prevê o “amparo” e a legitimação ampla para o exercício de sua defesa. Mas a doutrina preconiza a introdução, no ordenamento, de ações específicas, à semelhança das existentes no modelo brasileiro. A jurisprudência, mesmo sem textos legais, tem avançado com criatividade para assegurar a tutela concreta dos direitos e interesses coletivos.

Em 1995, Portugal deu um passo à frente, com a Lei da Ação Popular, da qual também se extrai a defesa dos direitos individuais homogêneos.

A seguir, outros ordenamentos ibero-americanos introduziram, de alguma forma, a tutela dos interesses difusos e coletivos em seus sistemas. No Chile, foi ampliada a abrangência da ação popular, com regulamentação em várias leis especiais e no art. 2.333 do Código Civil. No Paraguai, a Constituição consagra o direito individual ou coletivo de reclamar da autoridade



pública a defesa do ambiente, da saúde pública, do consumidor e outros que por sua natureza pertençam à coletividade, mas não contempla expressamente instrumentos processuais para esse fim. No Peru, há alguma legislação esparsa e específica para a tutela de certos direitos coletivos, no campo das organizações sindicais e das associações dos consumidores. Na Venezuela, a nova Constituição prevê a possibilidade de qualquer pessoa entrar em juízo para a tutela de seus direitos ou interesses, inclusive coletivos ou difusos, mas não há lei específica que regule a matéria. A jurisprudência venezuelana reconhece legitimação para os mesmos fins ao Ministério Público, com base na legitimação geral que lhe confere a Constituição. Na Colômbia, a Constituição de 1991, no art. 88, atribuiu nível constitucional às ações populares e de grupo e autorizou o legislador a definir os casos de responsabilidade objetiva pelo dano causado a interesses e direitos coletivos. A lei 472 de 1998, que entrou em vigor a 5 de agosto de 1999, regulamentou o referido art. 88 da Constituição, definindo o regime das ações populares e de grupo. É importante ressaltar que a ação popular destina-se à tutela dos direitos difusos e as ações de grupo à defesa dos que se denominam no Brasil “interesses ou direitos individuais homogêneos”.

Na Espanha, a reforma processual civil de 2.000 contempla a defesa de interesses transindividuais mas, segundo parte da doutrina, de maneira incompleta e insuficiente.

## **5.2 – O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América .**

A idéia de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América surgiu em maio de 2.002, no VII Seminário Internacional do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, co-organizado por entidades italianas. Foi aprovada a proposta de se empreender um trabalho que levasse à elaboração de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, nos moldes dos já editados Códigos Modelo de Processo Civil e de Processo Penal. Ou seja, de um Código que pudesse servir não só como repositório de princípios, mas também como modelo concreto para inspirar as reformas, de modo a tornar mais homogênea a defesa dos interesses



e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum. O Código – como sua própria denominação diz – é apenas um modelo, a ser adaptado às peculiaridades locais, que serão levadas em consideração na atividade legislativa de cada país; mas deve ser, ao mesmo tempo, um modelo plenamente operativo.

Foram incumbidos da tarefa de preparar uma proposta os processualistas brasileiros Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi, que apresentaram o resultado de seu trabalho nas Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, de Montevideu, em outubro de 2002, onde a proposta se transformou em Anteprojeto..

A Comissão Revisora, integrada pelos brasileiros Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Antonio Gidi e Aluisio G. de Castro Mendes, além de vários especialistas de diversos países, contribuiu para o aperfeiçoamento do Anteprojeto, transformado em Projeto, amplamente discutido em reuniões internacionais do Instituto. Finalmente, o Código foi aprovado pela Assembléia Geral realizada em outubro de 2.004, durante as XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, em Caracas.

O modelo do Código inspira-se, em primeiro lugar, naquilo que já existe nos países da comunidade ibero-americana, notadamente no Brasil, complementando, aperfeiçoando e harmonizando as regras existentes, de modo a chegar a uma proposta que possa ser útil para todos. É evidente no Código Modelo a influência do sistema brasileiro de processos coletivos, aplicado há mais de 20 anos, embora não se descure da sistemática norte-americana das class actions. Mas o Código distancia-se em alguns pontos dos dois modelos, para criar um sistema original, adequado à realidade existente nos diversos países ibero-americanos.

**5.3 – A antecipação de tutela.** Em 1994, quando o Brasil introduziu no Código de Processo Civil o instituto da antecipação de tutela, distinguindo-o da tutela cautelar (supra, n. 2.3.4), muitos países da América Latina não previam o instituto em seus ordenamentos e só a doutrina começava a estabelecer a distinção. Mas diversos tribunais estrangeiros começaram a deferir pedidos de tutela antecipada, ainda que a título de provimento cautelar. Emblemático é o caso



da Argentina, à época do Governo De La Rúa, quando os ativos em dólares imobilizados nos Bancos (o chamado crralito) foram liberados por ordens judiciárias.

## **6 – CONCLUSÃO.**

Pode-se concluir afirmando que a recepção do direito processual civil estrangeiro sempre foi intensa no Brasil, o que é normal para um país do novo mundo. Mas, a partir dos anos 70 do século XX, não só a recepção se intensificou sobremaneira, como o sistema brasileiro começou a transmitir o seu direito a outros países. E isso fortalece a idéia de que, na sociedade contemporânea – que é a sociedade do conhecimento – o intercâmbio entre os diversos sistemas processuais tenderá a aumentar cada vez mais, levando a uma homogeneidade crescente, não só entre países pertencentes à mesma raiz, mas até entre famílias jurídicas diversas.

**São Paulo, agosto de 2010**

-----

### **INFORME NACIONAL BRASILEÑO**

***Cuestionario general para los relatores nacionales***

***Ada Pellegrini Grinover - Brasil***



## ***I. Tradiciones nacionales***

- 1.** *Frente a la distinción clásica entre tradiciones jurídicas (common law, civil law), ¿a qué tradición corresponde la legislación procesal de su país? Describa sucintamente las características típicas en lo que concierne a los principios fundamentales del proceso civil (principios dispositivo, inquisitorio, mixto; contradictorio; oralidad; publicidad; administración de la prueba; vías de impugnación y alcance de las instancias recursivas, etc.)*

R. A legislação processual brasileira corresponde à tradição jurídica de civil law, mas, como visto no relatório, o sistema brasileiro adotou muitos institutos de common law, podendo ser considerado um sistema misto de civil law e common law.

O princípio dispositivo é observado para o ajuizamento da demanda, mas o processo se desenvolve por impulso oficial, com poderes instrutórios conferidos ao juiz. A oralidade, como visto no relatório, é atenuada; a publicidade e a motivação das decisões são princípios constitucionais; existem diversas instancias recursais.

- 2.** *¿Existen tradiciones nacionales muy específicas en su país en materia de proceso civil? Por ejemplo, en materia de recurrencia a los medios alternativos de resolución de litigios antes o durante la instancia judicial, en materia de poderes del juez, de cargas, derechos y obligaciones de la partes, de prueba, de vías de recursos, etc.*

R – O que de mais típico existe é o cruzamento entre um sistema de civil law e institutos de common law, como o controle difuso da constitucionalidade (ao lado do sistema concentrado), diversos *writs*, a *judicial review* não apenas pela Corte Suprema mas também na jurisdição ordinária, um sistema completo de processos coletivos correspondente às *class actions*. Os meios alternativos de resolução de litígios estão sendo reforçados, mas ainda não constituem característica do sistema processual, como acontece, por exemplo, na Inglaterra.



**3.** *¿Se han adoptado en su país recientemente (en los 15 últimos años) reformas procesales estructurales? Si es sí, en qué dirección fueron esas reformas y cual ha sido el objetivo? ¿Han contribuido ellas a « modelar » el proceso y a la armonización en relación a las convenciones internacionales o leyes-modelos, o a los Principios ALI/Unidroit de Procédure civile transnacional?*

R – Sim, desde os anos 90 o Código sofreu inúmeras reformas. A busca principal foi rumo à celeridade, simplificação e desburocratização do processo, mas muitas foram as reformas estruturais: a antecipação de tutela (distinta da tutela cautelar), a tutela das obrigações de fazer e não fazer, com a nítida preferência pela tutela específica; a fusão do processo de conhecimento e do processo de execução; a desjudicialização de alguns procedimentos; o tratamento dos processos repetitivos, etc. Novidades também na Constituição, com a criação do Conselho Nacional de Justiça e a súmula vinculante do STF.

**4.** *¿Los proyectos de reforma procesal civil son, en su país, precedidos por estudios de derecho comparado?*

R – Sim. O principal promotor das reformas foi o Instituto Brasileiro de Direito Processual, cujos membros são professores de direito processual, afetos aos estudos de direito comparado.

**5.** *¿Constata usted en su país un retroceso de la distinción clásica entre common law y civil law en materia de proceso civil? ¿en qué instituciones o principios?*

R. Sim, e o Brasil é exemplo disto. Em 2009 participei de um Congresso da IAPL, no Canadá, voltado a analisar as diferenças e coincidências atuais entre os dois sistemas, no qual se verificou a atual inexistência de contornos típicos entre um e outro.



## **II. Leyes modelos**

**4. a)** *¿En qué medida la jurisprudencia de su país acoge los principios de las convenciones y tratados internacionales (Convención Americana sobre los Derechos del Hombre, textos de la Unión Europea, Convención Europea de los Derechos del Hombre, Tratado Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.) y la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales (Corte Interamericana de los Derechos del Hombre, jurisdicciones europeas y otras)? Indicar las principales materia a los que aquellas han sido aplicadas.*

R . A jurisprudência da Corte Suprema está atenta aos tratados internacionais sobre direitos humanos, aos quais está atribuindo estatura supra-legal, depois de um longo caminho em que os considerou como sendo de nível de lei ordinária.

**b)** *¿Los tribunales de su país han resistido a veces seguir la jurisprudencia en materia de procedimiento civil de una jurisdicción internacional (por ej. La Corte Europea de los Derechos Humanos), dictando decisiones en sentido contrario u opuesto?*

R. Não, até porque os princípios e regras da Constituição estão em plena sintonia com os tratados de direitos humanos.

**5.** *En doctrina, ¿hay en su país debates sobre la « modelización » mundial (o regional) del proceso civil? ¿Cuál es la posición mayoritaria de los autores en esta materia? ¿Cómo han sido recibidos los Principios ALI/Unidroit de Procedimiento civil transnacional? La cuestión de la autonomía procesal de los Estados ha sido un obstáculo?*

R. Não. Os princípios ALI/Unidroit de Processo civil transnacional foram recebidos com reservas.





6. *En jurisprudencia, ¿los tribunales de su país han hecho alguna referencia a) a los principios transnacionales de procedimiento; b) a las leyes-modelos; c) a los principios fundamentales y universales del proceso? ¿Constató usted alguna influencia de la flexibilidad y la contractualización de las reglas de procedimiento en el arbitraje ante las jurisdicciones estatales?*

R. Não, exceto com relação à Lei de Arbitragem, conforme se viu no relatório.

7. *¿Su derecho nacional del procedimiento es incompatible con ciertos Principios transnacionales de procedimiento civil ALI/Unidroit? Si es sí, ¿con cuáles? ¿Diría usted globalmente que los Principios ALI/Unidroit son más bien compatibles o incompatibles con sus reglas de procedimiento civil? ¿Los principios ALI/Unidroit de procedimiento civil transnacional han influenciado las reformas recientes del procedimiento civil en su país?*

R. Não houve influência, mas não há incompatibilidades.

### ***Preguntas suplementarias para los relatores nacionales de Iberoamérica***

1. *En qué medida el ordenamiento procesal civil de su país recoge los principios típicos del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica, de 1988: a) oralidad ante jueces unipersonales con apelación ante una cámara superior; b) poderes del juez ordenatorios e instructorios; c) intermediación y concentración; d) audiencia preliminar; e) proceso monitorio; f) procesos sociales; g) otras instituciones.*

R. Como visto no relatório, o sistema brasileiro desenvolveu-se autonomamente, não sofrendo influência do Código Modelo.

2. *En qué medida el ordenamiento procesal de su país recoge los principios típicos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2006: a) legitimación*



*extraordinaria; b) requisitos de la demanda colectiva y representatividad adecuada; c) anticipación de la tutela; d) derechos individuales homogéneos; e) cosa juzgada; f) otras instituciones.*

R. Ao contrário. Como visto no relatório, o minissistema brasileiro de processos coletivos serviu de inspiração e modelo para o Código Modelo.

**3.** *En qué medida la jurisprudencia de los tribunales de su país recoge los principios de las convenciones y pactos internacionales (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de Roma, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.) y la doctrina de los Tribunales internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos y otros); indicando las principales materias en que se aplica (derechos económicos, sociales y culturales; derechos de la institucionalidad democrática; derecho de incidencia colectiva; etc.).*

R Todos os princípios e regras das convenções e pactos internacionais integram a Constituição brasileira, de modo que raramente a jurisprudência remonta aos instrumentos internacionais.



## **Desarrollo Cuestionario: informe nacional de Chile**

(Questionnaire development: national report from Chile)

***Álvaro Pérez Ragone and Raúl Nuñez Ojeda***

Professors at the Pontificia Universidad Católica at Valparaíso (Chile)

### **I. Tradiciones nacionales**

- i) **Frente a la distinción clásica entre tradiciones jurídicas (*common law, civil law*), ¿a qué tradición corresponde la legislación procesal de su país? Describa sucintamente las características típicas en lo que concierne a los principios fundamentales del proceso civil (principios dispositivo, inquisitorio, mixto; contradictorio; oralidad; publicidad; administración de la prueba; vías de impugnación y alcance de las instancias recursivas, etc.).**

En nuestro país nos encontramos inmersos en una marcada tradición ligada al *civil law*, lo que no sólo se encuentra enmarcado en nuestro proceso civil, sino también en gran parte de nuestra legislación.

En lo que al proceso civil se refiere, diversas son las manifestaciones que nuestro sistema ha recogido, tanto a lo largo de su historia, como actualmente. Así, para dar contenido a esta afirmación, nos basta con dar ciertos ejemplos relativos a los principios sobre los cuales se estructura nuestro proceso civil actual: (i) *Principio dispositivo* como eje de la justicia civil. La disponibilidad del objeto del proceso constituye una característica fundamental del sistema chileno, lo cual no representa una gran excepción a otras experiencias internacionales, sin embargo, su disponibilidad manifestada exacerbadamente durante el proceso eventualmente llega a formular diversos problemas. En nuestro



país este principio encuentra una amplia acogida, y su fundamento hay que encontrarlo en el generoso reconocimiento constitucional que se hace del derecho de propiedad privada en nuestra Carta Magna (19 N 24), y de otros derechos anexos a este último, tales como el derecho a desarrollar cualquier actividad económica (Art. 19 n° 21 CPR) y el derecho a adquirir el dominio de toda clase de bienes (Art. 19 n° 23 CPC). Si bien las partes no pueden disponer de las normas procesales (salvo casos de arbitraje), su disponibilidad puede provocar, en términos generales, la salida anticipada del proceso sin tener que soportar alguna carga procesal o pecuniaria que limite el despilfarro de recursos públicos a favor de intereses dejados al azar.

La posibilidad de desistirse de la demanda (Art. 148 y ss. CPC) en cualquier momento del juicio con aceptación del demandado exime del pago de costas, siendo éstas y la extinción del derecho sustancial respectivo, herramientas que no son del todo eficaces para lograr la descongestión del sistema en relación al establecimiento de demandas temerarias o derechamente faltas de fundamentos (otro tanto ocurre, aunque en mucha menor medida, con la conciliación, Art. 262 CPC o el avenimiento, Art. 434 N° 3 CPC, el allanamiento y la transacción, Art. 2446 CC).

Además existen manifestaciones obvias como el hecho de que *actividad jurisdiccional puede iniciarse a petición de parte* (la persona puede con plena libertad, hacer valer o no su derecho e, incluso, puede acudir a otras formas de tutela como los llamados métodos alternativos de solución de controversia).

En Chile, comprobando el pleno reconocimiento de este criterio de organización en materia civil se establece expresamente que “todo juicio ordinario comenzará por la demanda del actor” (Art. 253 CPC). Luego, entre otras disposiciones se reconoce también que la decisión de iniciar o no el juicio depende del titular del interés que se hace valer, tales como, por ejemplo el Art. 273 CPC. Además, la *determinación del objeto del proceso es facultad exclusiva de las partes litigante*. Son éstas las que fijarán mediante sus alegaciones, qué es lo que piden y por qué razones o argumentos formulan estas peticiones. En efecto, la comprobación de esta manifestación del criterio la encontramos en los requisitos que debe cumplir la demanda que establece el Art. 254 N° 4 y N° 5 (CPC). Lo mismo sucede con la contestación de la demanda, en la cual el demandado, si lo desea, debe hacer valer “las excepciones que se oponen a la demanda y la exposición clara de los hechos y los fundamentos de derecho en que se apoyan” (Art. 309 N° 3), de modo que ésta debe culminar con “la enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión, de las peticiones que se someten al fallo del tribunal” (Art. 309 N°



4). Evidentemente, en ninguna de estas manifestaciones, las partes pueden ser reemplazadas por el tribunal, que no puede formular por sí alegaciones o defensas de hecho que no han efectuado las propias partes y si lo hacen, su sentencia es nula, ya que ese defecto constituye una causal del recurso de casación en la forma.

La actitud pasiva del juez, se refleja no sólo en la génesis del proceso, pues también lo hace cuando éste se desenvuelve y termina, pues el juez está limitado en su decisión por lo ofrecido por las partes, so pena de nulidad de su sentencia por *Ultra petita* (Art. 768 N° 4 CPC) por transgredir el principio de congruencia que debe tener su resolución con lo solicitado por las partes.

En una línea de principio, en nuestro país rige el (ii) *La aportación de parte*, donde son ellos quienes deben probar las circunstancias de hecho envueltas en el proceso, siendo el juez un mero espectador de dicha controversia.

Con carácter general, este principio se encuentra reconocido en el Art. 160 CPC, conforme al cual las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio, siendo esto último excepcional.

En *materia probatoria*, tenemos disposiciones tales como el Art. 402 CPC, conforme al cual se deben considerar como ciertos los hechos personales confesados por los litigantes, lo que incluye los reconocidos en sus respectivos escritos, al margen incluso de la propia convicción del juez. También se concede a las partes la iniciativa preponderante en la práctica de todas las diligencias de prueba, que éstas deben proponer los medios concretos de que piensan valerse (Art. 320 -respecto a la prueba de testigos, que exige a los litigantes una minuta de puntos sobre los que piensa pedir la prueba testimonial y una nómina de los testigos-; Art. 385 -respecto a la confesión-; art. 403 -en relación a la inspección personal del tribunal-, etc.).

No obstante ello, podemos señalar una limitación a este principio por medio de las llamadas “Medidas para mejor resolver” (Art. 159 CPC), aunque muchos han visto en ellas más bien una herramienta para dilatar el proceso cuando el juzgador no tiene aún un conocimiento informado acerca del mismo o simplemente, como una utilidad para distribuir su exorbitante carga laboral.

Por otro lado, desentrañamos el (iii) *Principio contradictorio* a través de la llamada Etapa de Discusión, y que tiene manifestaciones como el hecho de tener que notificar en forma legal la demanda



(Art. 40 CPC) o la igualdad de armas entre ambos (Art. 19 N° 3 CPR). En tanto, no obstante ser los principios de Oralidad versus Escrituralidad complementarios, en nuestro país existe una clara manifestación del (iv) *Principio de Escrituralidad*, expresada en la misma demanda (Art. 254 CPC) y su contestación (Art. 309 CPC). También en la sentencia definitiva (Art. 170 CPC) y la regulación de los escritos con los que las partes se desenvuelven en el proceso y las actuaciones judiciales del Tribunal (Art. 29, 59 CPC respectivamente). Se aplica el adagio de que sólo existen los actos procesales que constan en las actas o en los escritos que forman el expediente. Así el Art. 29 CPC señala que “*forman el proceso los escritos, documentos y actuaciones de toda especie que se verifiquen en el juicio*”. Luego señala que *de toda actuación deberá darse testimonio escrito en el proceso, con expresión del lugar, día, mes y año que la ley o el tribunal dispongan*”.

A su vez, la escrituración no sólo se manifiesta en ello, sino también en el establecimiento del (v) *Principio de mediación*, donde es posible la existencia de intermediarios entre el juez y las partes, lo que en Chile se ha puesto de manifiesto principalmente en la rendición de pruebas, como la testimonial, donde se ha institucionalizado la presencia de auxiliares de la Administración de Justicia para ello.

En palabras del Profesor Tavolari Oliveros<sup>1</sup> “(..) cuando se detiene la marcha a la búsqueda de un mejor régimen de comunicación procesal, y se repara en la finalidad del esfuerzo, surge un amplio espectro de submetas valiosas, dignas de consideración, todas las cuales se orientan al fin último de una mejor justicia: así, la celeridad; la inmediatez, en cuanto facilidad de formar la convicción del juzgador; la concentración; la dirección cabal del proceso por el juez, etc., constituyen todos valores menores que, no obstante, deben preservarse en la ordenación procedimental. Así las cosas, las posibilidades concretas de opción, en el establecimiento de los sistemas comunicacionales al interior del proceso no terminan siendo numerosas: o nos comunicamos oralmente, o lo hacemos por escrito, o buscamos una fórmula intermedia que importe la expresión oral y un registro posterior escrito”<sup>2</sup>.

El proceso civil chileno es escrito. Se aplica el adagio sólo existen los actos procesales que constan en las actas o en los escritos que forman el expediente. Así el Art. 29 CPC señala que “*forman el proceso los escritos, documentos y actuaciones de toda especie que se verifiquen en el juicio*”. Luego señala que *de toda actuación deberá darse testimonio escrito en el proceso, con expresión del lugar, día, mes y año que la ley o el tribunal dispongan*”.

<sup>1</sup> TAVOLARI OLIVEROS, RAUL, “La oralidad en el proceso civil de América Latina”, *El proceso en acción*, Libromar, 2000, pág. 313

<sup>2</sup> TAVOLARI OLIVEROS, RAUL, “La oralidad en el proceso civil de América Latina”, op. cit., pág. 313.



En cuanto a la prueba, hemos visto la aportación de parte, pero además tomamos en cuenta sus características desde el punto de vista de su valoración, rigiendo en nuestro país la tarificación de la misma (Art. 428 CPC), acorde con la escrituralidad y la mediación, principios que están siendo seriamente modificados por las sucesivas reformas procesales chilenas. Sin embargo, los serios inconvenientes que los principios ya reseñados han provocado en nuestro sistema, se corona con (vi) *Vías de impugnación* que permiten recurrir frente a un catálogo amplísimo de resoluciones y causales (Apelación, Art. 186 CPC, Casación en la forma y en el fondo, Art. 764 CPC).

Para finalizar, estos principios se ven complementados con el (vii) *Principio de Publicidad*, el cual rige con las limitaciones impuestas por la misma escrituralidad, o el (viii) *Principio de Economía Procesal* como modo de subsanar ciertas dilaciones ocurridas por consecuencia de lo ya reseñado, manifestado por ejemplo, por la Acumulación de autos (Art. 92 CPC) o Litis Consorciados (Art. 17 CPC). Este es un principio que adquiere cada vez mayor importancia como consecuencia del exceso de trabajo de los tribunales y la falta de medios hace que las decisiones de los problemas se retarde enormemente. En la actualidad hay una verdadera convicción de que la justicia tardía es justicia denegada. Esta situación se agrava frente a países con problemas económicos como por ejemplo con una tasa importante de inflación. Con este principio se busca que el juez rechace la excepción dilatoria. Pero desde otro punto de vista se busca de que nadie quede privado de concurrir a los tribunales por falta de medios económicos y que todo los litigantes tengan acceso a una accesoria idónea.

Ello a su vez, en un marco donde el (ix) *Principio de Buena fe*, debe ser un eje dentro del proceso, y que se expresa en límites a la promoción de incidentes (Art. 88 CPC) o el hecho de que la parte vencida pague las costas (Art. 144 CPC).

Por último encontramos el (xii) *Principio de la Preclusión*, que persigue establecer que dadas determinadas circunstancias se agota el derecho del litigante para realizar alguna actuación, se extingue la posibilidad de actuación de las partes. Así las cosas, en el ámbito del Derecho procesal cuando respecto de una etapa ya no se puede volver sobre ella decimos que respecto de ella precluye el derecho de las partes. Lo que se persigue con el principio de preclusión es: 1) celeridad en la tramitación de los procesos; y, 2) Buena fe en las partes. Un ejemplo sería, si la prueba debe rendirse dentro de un determinado plazo, y si ello no ocurre precluye el derecho a presentar prueba.



- ii) **¿Existen tradiciones nacionales muy específicas en su país en materia de proceso civil? Por ejemplo, en materia de recurrencia a los medios alternativos de resolución de litigios antes o durante la instancia judicial, en materia de poderes del juez, de cargas, derechos y obligaciones de la partes, de prueba, de vías de recursos, etc.**

En nuestro proceso civil se ha hecho costumbre la iniciación de continuación de procesos carentes de un interés jurídico comprometido, lo que lamentablemente ha encontrado respaldo tanto en la legislación como en la jurisprudencia.

Así, el juez al tener una actitud pasiva, no tiene facultades para un mayor análisis del fondo de las demandas de los justiciables, lo que ha abarrotado nuestros tribunales con intereses que distan mucho de ser necesariamente resueltos por un Tribunal de la República. Ello, por la poca difusión que tienen los medios alternativos de resolución de conflictos, lo que han encontrado acogida en materias como el Derecho de Familia, pero que en materia civil no ha obtenido un respaldo como el que, por diferentes motivos, ha tenido la llamada “*justicia vecinal*” en el sistema estadounidense. El rol para muchas de las pequeñas causas con difusa competencia ha sido asumido por la *Justicia de Policía Local*, que depende de las municipalidades y que no obstante integrar (aun cuando sea cuestionable) el poder judicial, presupuestariamente no depende de él.

De esa forma, la gran cantidad de causas que ingresan anualmente a nuestros tribunales, hacen preciso que el Sistema Judicial haya ido adoptando ciertas costumbres nocivas y atentatorias contra el proceso, como la posibilidad de delegar ciertas funciones a determinados auxiliares de la administración de justicia, como los la posibilidad de recepción de pruebas, lo que redundo no sólo en predicar una mediación en el proceso, sino también, una extensión de sus efectos que se proyecta en materia recursiva, donde vemos una segunda instancia donde se debe proceden en base a hechos que ni siquiera han sido ponderados personalmente por el juez de mérito.

En base a este círculo vicioso, vemos que ingresan una gran cantidad de causas, pero que no necesariamente se ven reflejadas en la primera, sino además en una sobre carga de los





tribunales de segunda instancia, donde más del 80% de las causas terminan siendo acogidas o rechazadas por ellos. Así, es normal la apelación como vía de impugnación, procedente en la más variadas causales y que redundan en una marcada dilación del proceso, como proyección de una garantía que se ha tornado desnaturalizada y carente de criterios de eficiencia y eficacia.

No obstante ello, esta sobrecarga hace posible también que las partes puedan aventurarse en las más variadas hipótesis fácticas y jurídicas, pues la variada gama de posibilidad de impugnación existentes actualmente, está complementada con un sistema donde la unificación jurisprudencial atendería incluso con los principios de nuestro proceso, acostumbrando a los operadores jurídicos a los tambaleantes cambios de doctrina de nuestros tribunales, lo que ha sido objeto de intentos por superarla, por ejemplo, en materia Laboral mediante el Recurso de Unificación de la Jurisprudencia (Art. 483 CdT). Preocupado de dichas circunstancias, el Legislador ha intentado limitar en ciertos casos, esta amplitud de la libertad de las partes en el desenvolvimiento del proceso, por ejemplo, estableciendo oportunidades procesales o requisitos específicos para el establecimiento de ciertas actuaciones (en materia de excepciones, Art. 310 CPC, o en materia recursiva la posibilidad de desechar recursos de Casación por manifiesta falta de fundamentos, Art. 782 CPC).

En base a estas consideraciones, podemos establecer ciertos ejemplos específicos:

a) Es un procedimiento absolutamente escrito

Sobre el punto nos referimos en el apartado anterior.

b) Esta establecido en base a una sucesión de plazos

La estructura de este procedimiento se caracteriza esencialmente porque contempla una larga sucesión de etapas o *terminus*, los que se deben ir realizando diferentes actos escritos. Cada escrito provoca un contra escrito de la contraparte con lo que el proceso se trasforma en una larga sucesión de etapas separadas entre sí.

c) Predominio absoluto de la mediación

Como consecuencia de su carácter escrito, es que entre el tribunal y las demás personas que intervienen en el proceso, que son las partes y las fuentes de prueba, entre las cuales se



encuentran los testigos, los peritos, los instrumentos, lugares o cosas, no existe un contacto directo e inmediato.

Por el contrario, la relación entre el juez y estos elementos personales y materiales, está intermediada por otras personas, generalmente del mismo tribunal, a veces otros jueces, que han recibido la información, y la han transcrito en actas, que son las que leerá el juez que deberá dictar sentencia definitiva.

d) Se permite la promoción de incidentes durante todo el proceso

Se autoriza a las partes para promover cuestiones accesorias, prácticamente desde antes que éste se inicia hasta que termina. Se trata de los incidentes que mientras más complejo sea el asunto más aumentan.

Estas cuestiones accesorias deben ser conocidas y resultas especialmente por el tribunal, a través de una sentencia denominada interlocutoria. Tanta importancia tiene que se ha establecido un procedimiento completo, con períodos de discusión, de prueba y de decisión, para conocerlos y resolverlos, en lugar de supeditarlos completamente al desarrollo del proceso.

e) Impugnabilidad inmediata de la mayoría de las resoluciones (vg. Apelación)

Uno de los efectos más importantes que produce el procedimiento escrito, es la posibilidad de impugnar la mayoría de las resoluciones judiciales.

Las decisiones se adoptan en base al mérito de lo que se lee en el expediente, en el cual se acumulan todos los escritos y actuaciones que se han ido generando durante el desarrollo del proceso. Efectivamente, el expediente escrito hace posible que se puedan interponer fácilmente toda clase de recursos, pero especialmente el de apelación, que permite al tribunal superior de aquel que dicta la resolución impugnada, revisar todos los hechos y el Derecho establecidos por el inferior.

f) Sistema de prueba legal o tasada

Producto de la desconfianza del legislador hacia los jueces se regula minuciosamente la producción y, sobre todo, el valor probatorio que cabe atribuir a los diversos medios de prueba, no sólo en la legislación procesal sino también en la sustantiva.



Como resultado, no cabe dudas de que en nuestro procedimiento declarativo ordinario de mayor cuantía, en torno al cual gira el sistema procesal nacional en materias no penales es un régimen de valoración de la prueba legal o tasada.

g) Aplicación de los criterios de organización de la tutela procesal dispositivo y de aportación de parte, que determinan la pasividad del juez en la conducción del proceso escrito

El principio dispositivo se traduce en la imposibilidad del juez de intervenir en el inicio y la terminación del juicio. Por otro lado el de aportación de parte se traduce en la pasividad del juez en traer el material probatorio que le permitiría decidir el juicio.

h) Los procesos son excesivamente largos

El procedimiento civil tiene una duración que supera la noción del plazo razonable, aún en el supuesto que se respeten todos los plazos por los participantes.

Si bien todo lo anterior tiene su explicación en la época en que se dictó el CPC, el problema es que no hemos sido capaces de enfrentar una reforma global del sistema procesal civil.

- iii) ¿Se han adoptado en su país recientemente (en los 15 últimos años) reformas procesales estructurales? Si es sí, en qué dirección fueron esas reformas y cual ha sido el objetivo? ¿Han contribuido ellas a « modelar » el proceso y a la armonización en relación a las convenciones internacionales o leyes-modelos, o a los Principios ALI/Unidroit de Procédure civile transnacional?**

En los últimos años Chile ha vivido una sucesión de modificaciones estructurales en los que al Derecho Procesal se refiere. En 1998, esta ola de reformas comenzó con la Reforma Procesal Penal, la que tuvo como objeto dejar atrás los principios inquisitivos del antiguo modelo, pasando a un sistema moderno donde se instauran principios fundamentales como el de Oralidad y la inmediación, regulando de mejor modo a los intervinientes del proceso y estableciendo un nuevo Organismo encargado de la persecución e investigación penal (Ministerio Público). Ello, mediante diversas normas, como la Ley Nº 19.519, Nº 19.640, Nº 19.665, Nº 19.696 y la ley Nº 19.806. De esa forma, se estructura el proceso en



dos audiencia (Preparatoria y de Juicio), estableciendo también una regulación en miras a obtener un proceso eficiente, tanto de tiempo como de recursos.

Ello además, se ha reflejado en otras reformas importantes como la relativa a los Tribunales de Familia (Ley Nº 19.968 y Nº 20.286), que tiene como fin concentrar en forma única y especializada la competencias de Derecho de Familia, otorgando a las partes instancias adecuadas para llegar a soluciones cooperativas, pacíficas y consensuadas, estableciendo una mayor y mejor participación en métodos alternativos de resolución de conflictos. Así, en esta nueva dimensión se toman en cuenta temas extrajurídicos y de relevancia fundamental en estas materias, como la asesoría al Juez en materias sensibles mediante Consejos Técnicos, y mejorando el acceso a la justicia por medio de la resolución de conflictos basados en la Mediación.

Ello no se ha quedado estancado en dichas materias, sino también se ha extendido al Derecho del Trabajo, donde mediante diversas normas (Ley Nº 20.087, Nº 20.252, Nº 20.023, Nº 20.022 y Nº 20.438) se ha pretendido la oralidad y la concentración de dichos procesos, por medio de tribunales estructurados en Jueces de letras, encargados del conocimientos de controversias, y Jueces de Cobranza en lo Laboral, en los cuales se radica el cobro de las prestaciones que derivan del proceso laboral. De esa forma, el principal fundamento de dicha reforma fue descongestionar los tribunales, los que en su mayoría se encargaban del cobro de imposiciones laborales y previsionales adeudadas a favor de los trabajadores. De ese modo, se han instaurado medidas para mejorar su funcionamiento, como el hecho de contar con un Procedimiento Monitorio para ello. Además, se pretendió mejorar la relación Empleador-Trabajador, mediante el establecimiento de procedimientos especiales, como el Vulneración de Derechos, principal manifestación de la protección de los Derechos Fundamentales del Trabajador.

No obstante ello, también se han dado modificaciones más específicas en las que encontramos la importante Ley Nº 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional la que mayormente recoge normas internacional sobre la materia. Así, dicha ley fija procedimientos para la resolución en Chile de disputas comerciales a nivel internacional, lo que expresa un mayor interés del Gobierno de compatibilizar la apertura de nuestra economía a relaciones internacionales con procedimientos adecuados que puedan resolver conflictos derivadas de ellas. Dicha normativa permite que las partes decidan el procedimiento que les parezca más conveniente para resolver sus contiendas, teniendo herramientas que impidan que se dilaten dichos procedimientos mediante el abuso de recursos procesales, incluyendo, por ejemplo, la prohibición de que un tribunal intervenga en el arbitraje. Lo importante de esta normativa, es que



recoge tendencias mundiales sobre la materia, teniendo en su origen la gran influencia de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), y que ha servido a la creación de normas de países tan diversos como la alemana, búlgara, canadiense o de Escocia, Nueva Zelanda y Hong Kong.

**iv) ¿Los proyectos de reforma procesal civil son, en su país, precedidos por estudios de derecho comparado?**

En nuestro país han sido variados los estudios de Derecho Comparado que han precedido las reformas en la materia. Así, por ejemplo, en el Foro de Reforma, han tenido importancia estudios acerca de la materia realizados por importantes autores nacionales, en que ha hecho un completo análisis de los Métodos Alternativos de Solución de conflictos, abordando instituciones como la Negociación, la Mediación y la Conciliación. En este estudio se analizan realidades comparadas como la española, al anglosajona, la alemana, la italiana y la francesa, terminando con estadísticas y propuestas normativas a este respecto. Sin embargo, dichos estudios no han sido sólo realizados personalmente, sino también institucionalizados, como el Informa realizado por el Centro de Estudios y Asistencia Legislativa de la Universidad Católica de Valparaíso, en la cual se realiza un completo levantamiento de Información y Análisis de los modelos Orgánicos comparados, donde principalmente, se analizan realidades españolas, alemanas, de algunos estados de EE.UU, la legislación inglesa, italiana, portuguesa y uruguaya.

Así también, diversos son los estudios de la doctrina nacional en pos de realizar estudios comparados, acerca de las más diversas instituciones del proceso civil, tales como los principios formativos del proceso, materia probatoria y también recursiva.

Principal fuente para la justicia laboral ha sido la justicia española.



v) **¿Constata usted en su país un retroceso de la distinción clásica entre *common law* y *civil law* en materia de proceso civil? ¿en qué instituciones o principios?**

Teniendo en consideración el retroceso mismo de ambos paradigmas como instituciones antagónicas, podemos ser claros en que el proceso chileno avanza hacia una dirección donde la distinción tradicional ya no es total ni mucho menos absoluta. Si bien es cierto, el proceso civil aún se estructura sobre la base de un código decimonónico, es relevante señalar que la próxima reforma que pretende modernizar el sistema, y que es reflejo de las reformas ya señaladas anteriormente, apunta precisamente a dejar de lado ciertas instituciones añejas para dar paso a un proceso eficiente y eficaz desde diversos puntos de vista.

En primer lugar es claro el hecho de que los principios que informan un sistema y otro ya no son decisivos para su distinción. Así, por ejemplo, la oralidad que era casi un monopolio del Common Law ya no es tal, pues en el sistema chileno hace rato se viene incorporando dicha base en los procesos (más allá de la distinción entre la oralidad desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo, es claro que la oralidad en las etapas, como la discusión y su proyección en la intermediación, dan un tinte al proceso que no podemos descartar).

Más allá, de no ser este principio siquiera decisivo para una distinción clara, las proyecciones de ello si lo son, y ellas apuntan en diversas etapas del proceso, por ejemplo, también en la prueba, donde hoy existe una estructura que se caracteriza por la libertad de prueba, acorde a un proceso donde el juez tiene una participación activa, tanto en su producción como en su valoración. Ello, redundando además, en un modelo adversarial que no se había visto con tanta plenitud en procesos anteriores a las nuevas reformas, donde la escrituralidad provocaba prácticamente un mensajería remota entre el juez y las partes. Hoy, los participantes en el proceso tienen amplias facultades para poder contradecir en forma directa a su contraparte, mediante pruebas orales, exámenes probatorios, etc. Con las reformas sucesivas en nuestro sistema, se han implantado procesos donde las audiencias se basan en dos, una preliminar y otra de juicio, dando una estructura que se asemeja bastante a los dados por sistemas del Common Law, y donde la oralidad vierte su contenido en una y otra, provocando diversas consecuencias, como el hecho de llegar a un acuerdo en la primera audiencia de modo de poner fin al litigio por vías alternativas al contencioso normal que se da en el Civil Law.



En cuanto a los poderes del juez, ambos sistemas se han acercado mucho a la realidad en que hoy están inmersos, pues nuestras reformas van de la mano con una mayor participación de él, lo que no ha sido extraño en sistemas como el anglo, donde las *Civil Procedural Rules (1998)*, han instaurado a un tercero imparcial con amplias facultades (lo que también desplaza la relación de identidad entre sistemas de Common law con sistemas no escriturados en lo que a normativa se refiere). Y así, otro tanto con las sucesivas reformas hechas en EEUU a la *Federal Rules of Civil Procedure*.

Dichos poderes no se manifiestan hoy en día, sólo en su actuación en el proceso, sino también en los criterios adoptados para sus decisiones. Mientras que en el Common Law, el Precedente Judicial ha sido el paradigma en cuanto a procesos se refiere (regulado y limitado por herramientas como el “*distinguishing*” o el “*overruling*”), e nuestro país se ha ido abandonando su antítesis, estableciendo recurso como el “Unificación de la Jurisprudencia” en materia laboral para poder, en cierto modo, llevar una línea jurisprudencia acorde a un sistema ávido de certeza jurídica.

De esa forma, vemos ejemplos en que la distinción ya no constituye una frontera cerrada entre ambos sistemas, lo que no sólo tiene fundamento en la doctrina procesal internacional, sino en las relaciones que derivas de una globalización que cada día pretender acortar las diferencias jurídicas, económicas y sociales entres países tan distintos como los europeos y sudamericanos.

## II. Leyes Modelos.

- vi) a) **¿En qué medida la jurisprudencia de su país acoge los principios de las convenciones y tratados internacionales (Convención Americana sobre los Derechos del Hombre, textos de la Unión Europea, Convención Europea de los Derechos del Hombre, Tratado Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.) y la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales (Corte Interamericana de los Derechos del Hombre, jurisdicciones europeas y otras)? Indicar las principales materia a los que aquellas han sido aplicadas.**
- b) **¿Los tribunales de su país han resistido a veces seguir la jurisprudencia en materia de procedimiento civil de una jurisdicción internacional (por ej. La Corte Europea de los Derechos Humanos), dictando decisiones en sentido contrario u opuesto?**



- a) Nuestra Jurisprudencia es en cierto sentido reacia a acoger en forma directa los principios internacionales. Ello se deriva del hecho de que los tratados internacionales en Chile deben ser respetados por toda autoridad estatal, ejecutiva, judicial y administrativa, lo que ha sido recogido por el propio constituyente en el Art. 5 CPR. De esa forma, y acorde a un sistema jurídico basado en leyes escritas, la jurisprudencia se limita a fundamentar sus resoluciones mediante la aplicación de normas expresas, pero la utilización de normativa internacional, sólo se da como fundamentos “a mayor abundamiento”, siendo argumentos de segunda o tercera categoría en una sentencia definitiva. Así, sólo en casos excepcionalísimos se han acogido recursos de Casación en el Fondo por infracción a normas incluidas en Tratados Internacionales. No obstante ello, en nuestra jurisprudencia se ve claramente la tendencia de integrar el derecho con normas internacionales, sólo cuando ellas han sido objeto de la *Conversión* (transformación en ley), lo que claramente sostiene una doctrina errada y que desconoce los principios de integración jurídica internacional.

Sin embargo, ello no sólo se reduce al ámbito civil en un sentido estricto, pues también las normas laborales han incluido normas respetuosas de los principios internacionales, otorgando, hasta ahora, una interpretación bastante parecida a la de nuestros tribunales superiores, en pos de fundamentar sentencias con dicha normativa, para obtener un resultado más refinado, pero que en ningún caso responden a un espíritu por hacer prevalecer dichas normas, sobre todo en lo que a Derechos Fundamentales se refiere.

No obstante ello, nuestros tribunales han aplicado determinadas normas de carácter especialísimo, y principalmente acusados por el reenvío de la propia normativa internacional. Así, por ejemplo, se ha fallado de acuerdo al Convenio de Varsovia (1929) sobre transporte aéreo mercantil, o normas acerca de los títulos de crédito, donde, tanto la ley nacional como internacional (Código de Bustamante) hacen aplicable la ley del foro, por lo que no constituye de un modo claro, una aplicación real de una normas internacional en forma directa.

- b) Por otro lado, nuestros tribunales tampoco han tenido vocación para aplicar principios asentados por tribunales con jurisdicción internacional. Por un lado se utilizan, en forma excepcional, para dar mayor valor a sus fundamentos, pero cuando no se avienen a las





decisiones propias, no vacilan en fallar de un modo diverso (véase solo el ejemplo actual de la Jueza Atala). De esa forma, el Tribunal Constitucional ha seguido determinados lineamientos de Cortes extranjeras (como la española) para crear una noción de Debido Proceso, la cual, en todo caso, no ha tenido gran repercusión en el desarrollo jurídico-procesal interno.

**vii) En *doctrina*, ¿hay en su país debates sobre la « modelización » mundial (o regional) del proceso civil? ¿Cuál es la posición mayoritaria de los autores en esta materia? ¿Cómo han sido recibidos los Principios ALI/Unidroit de Procedimiento civil transnacional? La cuestión de la autonomía procesal de los Estados ha sido un obstáculo?**

Existen un debate más bien limitado en nuestra doctrina acerca de los actuales delineamientos que debiera seguir nuestra justicia civil. Ello se ve reflejado, por ejemplo, en los aportes de diversos autores enmarcados en el Foro de la Reforma Procesal Civil donde se ha buscado recoger experiencias comparadas acerca de las más diversas instituciones procesales, algunas ajenas a nuestra realidad, y otras ya incorporadas en algunas reformas procesales ya establecidas en nuestro país. De esa forma, los autores en su gran mayoría han intentado dejar atrás los modelos arcaicos que impregnan nuestro actual Código de Procedimiento de Civil, lo cual no es gran novedad si lo analizamos desde un punto de vista histórico, ya que al tener un código decimonónico, no es raro plantearse dudas acerca de su actual vigencia y eficacia. En efecto, en el estudio y discusión del proyecto de nuevo Código Procesal Civil para Chile se trabajó como un insumo más con los Principios ALI/Unidroit de Procedimiento civil transnacional.

Así, la doctrina ha estado conteste en que un código con esas características ya no cumple un rol social adecuado a nuestra evolución, tanto jurídica como social, lo que hace indispensable un avance en la materia, tal como se ha hecho en materiales penales, de familia o laborales, con bastante éxito hasta ahora. La doctrina se inclina, principalmente, por modificar el sistema partiendo desde sus bases, otorgando al proceso un corte oral y de intermediación, radicalmente distintos a los que se da en el actual sistema. Aparte de ello, se deben exacerbar principios como la bilateralidad de las audiencias (que ahora se constituyen en dos) y concentración, procurando de ese modo,



hacer posible otras bases como la de economía procesal y buena fe entre las partes. Con ello, la doctrina pretende dejar de lado antiguas críticas acidas a nuestro sistemas, que van en la vía de mejorar las serias deficiencias del mismo. Por ejemplo, hoy se entiende que un proceso ya no puede depender de formalidades carentes de fundamentos, ni de pruebas y actuaciones que sólo tengan como fin dilatar el proceso.

Hoy vivimos en una sociedad que demanda soluciones rápidas y eficaces, pero que no puede dejar de lado un mínimo de garantías para los justiciables: Ello es lo que pretende mejorar nuestro país, mediante la incorporación de distinguidos autores a los Foros de Reforma iniciados hace ya algunos años.

Por otro lado, vemos también que los principios uniformadores del UNIDROIT, han sido recogidos ya en una experiencia legislativa de carácter procesal, como lo es la Ley Nº 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, la cual adoptó prácticamente por completo la Ley Modelo que para tal efecto ha sido emitida por la UNCITRAL. Así, Chile ha pretendido estar a la vanguardia en dicha normativa, reconociendo el desarrollo de las relaciones, no solo civiles, sino que comerciales que han sido provocadas por nuestra apertura como una economía globalizada. Con ello, se recogen sus principales postulados y principios, con el objeto, no solo de brindar a Chile una ley sobre arbitraje acorde a la realidad internacional, sino también, con el posicionar a nuestro país como un centro de arbitraje en el Cono Sur.

En fin, nuestro sistema ha intentado recoger diversas normas provenientes del Derecho Comparado, sin embargo, ello no se ha visto limitado por la llamada “autonomía procesal”, pues hoy en día se ha tenido consenso acerca de que los modelos internacionales, si bien son importantes para el desarrollo del derecho interno, ellos deben ser aplicados y recogidos con serenidad y cautela ya que los procesos civiles generalmente responder a realidades sociales diversas.

Por ello, se han dado todo tipo de discusiones en los sucesivos Foros para la Reforma, lo que permite a estos interlocutores llegar a diferentes acuerdos acerca de la normativa que debiese regir a los procesos civiles en lo sucesivo. No obstante ello, la autonomía procesal si que ha tenido relevancia a la hora de aplicar en forma directa y vinculante regulación de carácter internacional, como Tratados Internacionales. Basta señalar respecto de ello, el clásico ejemplo del Código de Bustamante, uno de los únicos cuerpos normativos referidos



al Derecho Internacional Privado en nuestra región, y que Chile ha ratificado con una importante Reserva, la cual no permite su aplicación por sobre o con exclusión de toda norma actual o futura nacional, lo que limita totalmente su observancia en nuestras relaciones jurídicas.

**vii) En *jurisprudencia*, ¿los tribunales de su país han hecho alguna referencia a) a los principios transnacionales de procedimiento; b) a las leyes-modelos; c) a los principios fundamentales y universales del proceso? ¿Constató usted alguna influencia de la flexibilidad y la contractualización de las reglas de procedimiento en el arbitraje ante las jurisdicciones estatales?**

a) La aplicación en Chile de estos principios ha estado limitada por las mismas normas nacionales, las que otorgan importancia a ella sólo en el ámbito del reconocimiento de derechos fundamentales, inherentes a la persona humana. Así, no existe mayor discrepancia de lo ya reseñado en las páginas anteriores, donde dijimos que su aplicación jurisprudencial sólo apuntaba a otorgar sentencias más largas, procurando afianzar fundamentos que no siempre se enmarcan dentro del ámbito legal de carácter nacional. De ese modo, el contenido otorgado por nuestro Constituyente al Art. 19 nº 3 CPR, que para muchos instituye el Derecho al Debido Proceso en nuestras fronteras, se puede integrar fácilmente con el Art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, o el Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que la aplicación de estos, sólo viene a reafirmar lo ya dicho por el primero. Sí ha pueden identificarse algunos principios (aunque sin referencia directa a proyecto ALI/UNIDROIT en materia de familia y de la nueva justicia laboral donde existen procesos por audiencias con todas sus ventajas, funcionalmente adecuados en estructura y presupuesto y con tiempos aceptables de respuesta.

b) Por otro lado, las leyes modelos han tenido escasa importancia práctica; quizás sólo enmarcada dentro de la ya nombrada Ley sobre Arbitraje Internacional o en las leyes en



las que han influido, pero es claro el hecho de que una vez transformada en norma de la República, su aplicación se limita al hecho de observar la normativa interna como leyes cuya fuente deriva del Legislador, y no como reconocimientos de los principios que emanan de dichas normas de corte internacional.

- c) Siguiendo con la interrogante, la flexibilidad derivada de las leyes modelos ha visto una recepción en materia de Arbitraje, lo que se ve manifestada en un dominio que tienen las partes, acerca de la normativa aplicable y el procedimiento que reinará sus relaciones jurídicas, incluso excluyendo la típica intromisión de los Tribunales de Justicia para determinar su competencia, la cual ha sido solucionada por la instauración del principio “*kompetenz-kompetenze*”.

- viii) **¿Su derecho nacional del procedimiento es incompatible con ciertos Principios transnacionales de procedimiento civil ALI/Unidroit? Si es sí, ¿con cuáles? ¿Diría usted globalmente que los Principios ALI/Unidroit son más bien compatibles o incompatibles con sus reglas de procedimiento civil? ¿Los principios ALI/Unidroit de procedimiento civil transnacional han influenciado las reformas recientes del procedimiento civil en su país?**

En cuanto a ello, debemos remitirnos principalmente a lo ya reseñado acerca de la Ley sobre Arbitraje Internacional, pues ha sido prácticamente la única norma que ha recogido en su plenitud los principios ALI/UNIDROIT. En lo demás, nuestro legislador ha estado por mantener su normativa, tanto sustantiva como procesal, por ejemplo en lo referido al Código de Comercio o el Código Civil.

### **III. Preguntas suplementarias para los relatores nacionales de Iberoamérica.**

- 1. En qué medida el ordenamiento procesal civil de su país recoge los principios típicos del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica, de 1988: a) oralidad ante jueces**



**unipersonales con apelación ante una cámara superior; b) poderes del juez ordenatorios e instructorios; c) intermediación y concentración; d) audiencia preliminar; e) proceso monitorio; f) procesos sociales; g) otras instituciones.**

Como ya hemos señalado en diversas ocasiones, los principios del Código Modelo Procesal Civil no se encuentran recogidos en nuestro actual Código, sin embargo, sus principios han sido puestos de manifiesto en el actual proyecto de Código Procesal Civil de nuestro país, el cual hace suyo diversas instituciones de dicho modelo.

Así, por ejemplo, se reconoce expresamente la Oralidad (Art. 7 PCPC: El proceso se desarrollará en audiencias orales, sin que sea procedente la presentación de escritos dentro de ellas, ya sea de argumentaciones o peticiones al tribunal). Además, se estructura también en base a una doble instancia, reconociéndose el recurso de Apelación en el Art. 334 PCPC, lo que se intenta coordinar con el llamado recurso Extraordinario (Art. 353 PCPC) cuyo objeto es que la Corte Suprema unifique la jurisprudencia con ocasión de una sentencia notoriamente injusta para el recurrente.

Por otro lado, se establece un claro avance en lo que a poderes del Juez se refiere, regulándose dicha circunstancia, en forma expresa, en el Art. 4 PCPC (*Dirección e impulso procesal. La dirección del procedimiento se encuentra confiada al tribunal, quien adoptará de oficio todas las medidas que considere pertinentes para su válido, eficaz y pronto desarrollo, de modo de evitar su paralización y conducirlo sin dilaciones indebidas a la justa solución del conflicto*). Lo que es compatible con el alzamiento de otros principios recogidos por el Proyecto, como lo son el de Intermediación (Art. 8 PCPC), Concentración (Art. 9 PCPC) y Publicidad (Art. 10 PCPC).

Así también, se reconoce la existencia de dos audiencias: Una Preliminar (Art. 252 PCPC) y una de Juicio (Art. 258 PCPC), estableciéndose además la Libertad de Prueba (Art. 302 PCPC), y su valoración mediante las reglas de la Sana Crítica (Art. 266 PCPC: *Valoración de la prueba. Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no*



*podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, salvo texto legal que expresamente contemple una regla de apreciación diversa).*

Además, se establece un Procedimiento Monitorio (Art. 474 PCPC) para recurrir al pago de determinadas deudas cumpliéndose las limitaciones que establece la norma legal y la simplificación de diversos procedimientos especiales, como la Denuncia de Obra Nueva (Art. 495 PCPC), Denuncia de Obra Ruinosa (Art. 499 PCPC) o Las acciones posesorias (Art. 489 PCPC).

**2. En qué medida el ordenamiento procesal de su país recoge los principios típicos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2006: a) legitimación extraordinaria; b) requisitos de la demanda colectiva y representatividad adecuada; c) anticipación de la tutela; d) derechos individuales homogéneos; e) cosa juzgada; f) otras instituciones.**

Su aplicación en Chile es bastante limitada en materia civil (podría decirse hasta nula, en base a un CPC de 1902 con escrituración, sin audiencias, disperso, sin intermediación y con bastante delegación especialmente en la actividad probatoria. Un sistema sin confianza en la primera instancia a tal punto que solo existe un momento de “oralidad” ante las instancias superiores mediante los “alegatos” de los abogados de las partes frente a los ministros de las salas. Ella se ve reflejada en materias específicas como la Ley del Consumidor, donde se recogen instituciones relacionadas con la Legitimación Extraordinaria, pero que en ningún caso corresponden a un seguimiento total de la línea que pretende plantear el Código Modelo. Otro tanto se ve, por ejemplo, en la Ley de Bases del Medio Ambiente, en que también se otorgan posibilidades de una legitimación más amplia, acorde a los intereses supraindividuales que se pretende proteger.

Por otro lado, se ha pretendido instaurar la Institución de la Representatividad Adecuada, la cual, algunos las han visto relacionadas con la legitimación que en materia de Consumidores, tiene el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) o en materia ambiental el



Estado y las Municipalidades, sin embargo, ellos no son claro ejemplos de ella, pues no se trata de un examen en cuanto a sus aptitudes para representar intereses supraindividuales que no sean propios, sino que corresponden más bien a casos específicos de Legitimación extraordinaria expresados por el Legislador.

Sin embargo, más allá de plantear una forma especial de representación, ella no se ve reflejada en modificaciones a los procesos como garantes de la protección de intereses metaindividuales, sino que la regulación prácticamente se queda sólo en el hecho de consagrar ciertos tipos de representación, no regulando en forma adecuada la anticipación de la tutela o la cosa juzgada que deriva de estas resoluciones, las cuales son dejadas al arbitrio de la legislación Común.

No obstante ello, esta legislación común (léase CPC) no regula la institución en comento, por lo que es necesario preguntarnos si el proyecto de Código Procesal Civil nos da luces al respecto. Lamentablemente la respuesta es negativa, ya que sólo nos otorga una norma referente a la representación que ni siquiera se hace cargo que materias sensibles referentes a este especial tipo de interés (*Art. 32. PCPC Representación en caso de intereses difusos y colectivos. 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 o a varias personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente la persona interesada y las instituciones o asociaciones de interés social que establezca la ley respectiva y que sean admitidas por resolución judicial previa para representar el interés difuso o colectivo por garantizar una adecuada defensa de dicho interés comprometido, según el procedimiento que contemple para tal efecto la ley respectiva*).

**3. En qué medida la jurisprudencia de los tribunales de su país recoge los principios de las convenciones y pactos internacionales (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de Roma, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.) y la doctrina de los Tribunales internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos y otros); indicando las**



**principales materias en que se aplica (derechos económicos, sociales y culturales; derechos de la institucionalidad democrática; derecho de incidencia colectiva; etc.).**

Ya hemos señalado en diversas circunstancias la limitación de nuestra jurisprudencia a aplicar normativa internacional en forma directa, sino sólo a modo de reforzar ciertos argumentos. Así, por ejemplo, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado en fallo Rol N° 968-2007: *“Señalan dichos autores: “Otro tema importante en materia de impugnación de las sanciones es la viciosa (y hoy claramente inconstitucional según el Art. 24.1 de la Constitución, que garantiza el ‘derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales’ a ‘todas las personas’ y, por tanto, el libre acceso a los tribunales; artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado en 1997, cuyo valor interpretativo constitucional resulta del Art. 10.2, de la Constitución) práctica impuesta por Leyes y Reglamentos preconstitucionales del solve et repete. Este principio ha venido teniendo dos manifestaciones: la admisión puramente formal del recurso se condicionaba, o bien al pago total de la multa cuya legalidad va a discutirse, o bien al depósito, total o parcial de su cuantía por el recurrente. Es asombroso que una técnica tan tosca, que hace que sólo los ricos puedan recurrir, haya podido subsistir hasta recientemente, pero así ha ocurrido (...) Que, también desde hace algunas décadas, la jurisprudencia europea abordó la constitucionalidad del privilegio que nos ocupa. Desde luego, debe destacarse que mediante sentencia de 24 de marzo de 1961, la Corte Constitucional de Italia declaró la ilegitimidad constitucional de una norma contenida en la ley de 20 de marzo de 1865, por estimar que el principio solve et repete infringía los artículos 3º, 24 y 113 de la Constitución italiana. Las aludidas normas constitucionales consagran, respectivamente, la igualdad ante la ley (artículo 3º), el libre acceso a la justicia y el derecho a la defensa jurídica (artículo 24) y el derecho a recurrir de los actos de la Administración (artículo 113)”*.

Acá vemos un claro ejemplo de un intento por reforzar una argumentación acudiendo incluso a Cortes extranjeras. Como también en Sentencia Rol N° 1399-2010: *“Que, como lo ha precisado esta Magistratura, “la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de*





*sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario”. (Rol Nº 986/2008). En palabras del Tribunal Constitucional español, “no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados” (STC 128/1987). De esta forma, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador”. También en Rol Nº 1484-2010: “Que, de acuerdo a lo expuesto por la parte requirente en su libelo, la aplicación del precepto legal impugnado en la gestión pendiente ya individualizada vulneraría los artículos 1º, inciso primero; 5º, inciso segundo; 6º; 7º; 19, Nº 3º, y 83 de la Constitución Política. Además estima transgredida la disposición contenida en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, o “Pacto de San José de Costa Rica”, a la que atribuye rango constitucional (...) Tal responsabilidad exige, sin duda, una interpretación del artículo 186 del Código Procesal Penal que no reduzca exclusivamente al imputado las facultades que en él se contienen. Por el contrario, una interpretación amplia que incluya tanto al imputado como al ofendido por el delito o víctima es la única que permitiría respetar íntegramente el espíritu y la letra del artículo 83 de la Constitución, en relación con sus artículos 19, Nº 3º -que asegura la igualdad en el ejercicio de los derechos-, y 5º, que obliga a todos los órganos del Estado a respetar y promover los derechos asegurados en ella, así como aquellos consagrados en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes”.*

De hecho la CIDH ha instado en casos como Palamara y Almonacid la reformulación del sistema de justicia militar “en tiempo de paz” , lo que comienza a ser objeto de proyecto de ley y reforma en el año 2010. A inicios de este año se notifica al Estado de Chile una nueva demanda en el llamado “caso Atala” por discriminación de género donde se da especial atención a un medio de impugnación recursivo “cuasi-constitucional” (el recurso extraordinario de queja aplicable a todos los ámbitos de la justicia civil) contra las resoluciones judiciales. Ello por tener finalidad netamente disciplinaria sobre el juez inferior, pero que puede indirectamente obtenerse una revocación de un fallo (función jurisdiccional) por el superior, fundándose en una causal disciplinaria (administrativa interna del Poder Judicial).

Así se reproduce el informe resumido del caso por parte de la CIDH:”

“15. En junio de 2002, la Sra. Atala afirma haber iniciado una relación de pareja con una persona de su mismo sexo y en noviembre de 2002, la pareja de la Sra. Atala se trasladó a vivir con ésta y



*sus hijas. La Sra. Atala aduce que en el proceso de adaptación de las niñas a la nueva situación, su pareja y ella asumieron todo el cuidado y delicadeza necesarios, y siguieron las orientaciones aportadas por una psiquiatra y psicóloga que atendía tanto a la madre como a las niñas. La relación de su pareja con las niñas fue alegadamente muy positiva desde el principio.*

16. *El 30 de enero de 2003, el padre de las menores interpuso una demanda de tuición ante el Juzgado de Menores de Villarrica aduciendo que el descuido y desamparo de la madre a través de su opción sexual distinta alejaba y afectaba a las menores de su normal y verdadero desarrollo, y destacaba el riesgo de las niñas de contraer enfermedades de transmisión sexual como el herpes y el SIDA. Debido al juicio de tuición, se publicaron una serie de artículos sobre el caso en diarios de circulación nacional y sensacionalistas en Chile como La Cuarta y Las Últimas Noticias<sup>[7]</sup>.*

17. *El 2 de mayo de 2003, el Juez Titular de Menores de Villarrica concedió, a solicitud del padre, la tuición provisional de las menores al padre y reguló las visitas a la madre, a pesar de que el juez reconoció expresamente que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre que ameritaran el cambio de la tuición existente. Más adelante, le correspondió dictar la sentencia definitiva a la Jueza Subrogante del Juzgado de Letras de Villarrica. El 29 de octubre de 2003, dicha Jueza rechazó la demanda de tuición al encontrar que:*

*la orientación sexual de la madre no constituye un impedimento para desarrollar una maternidad responsable..... la demandada no presenta ninguna contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno .....tampoco se han acreditado la existencia de hechos concretos que perjudiquen el bienestar de las menores derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar .....analizada la prueba rendida no se encuentran antecedentes para estimar la existencia de malos ejemplos o peligros para la moralidad de las menores .....se concluye que las menores no han sido objeto de ninguna discriminación a la fecha y lo que los testigos y parientes de la parte demandante manifiestan es un temor a una posible discriminación futura. Con*



*respecto a este punto es conveniente señalar que este tribunal debe fundar su resolución en hechos ciertos y probados en la causa y no en meras suposiciones o temores... <sup>[8]</sup>.*

18. *En consecuencia, el Tribunal ordenó la entrega de las niñas a la madre el 18 de diciembre de 2003. Sin embargo, en el ínterin, el 11 de noviembre de 2003, el padre de las menores interpuso un recurso de apelación en contra de la sentencia y una solicitud provisional de no innovar, argumentando que el cumplimiento de la sentencia implicaría un cambio radical y violento del status quo actual de las menores. El 24 de noviembre de 2003 la Corte de Apelaciones concedió la orden de no innovar. El 30 de marzo de 2004, la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó por unanimidad la sentencia apelada, compartiendo las consideraciones de la jueza de primera instancia.*

19. *El 5 de abril de 2004, el padre de las menores presentó ante la Corte Suprema un recurso de queja en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco. El recurrente argumentó que a través de la sentencia de apelación los jueces recurridos habían cometido una falta y un abuso grave y notorio. El padre de las hijas específicamente alegó que la decisión adoptada por la madre de hacer pública su orientación sexual provocaba daños en el desarrollo integral y psíquico y en el ambiente social de las niñas, y por tanto, solicitó que se mantuviera provisionalmente a las niñas bajo su cuidado. Dicha solicitud fue acogida por la Corte al dictar una orden de no innovar el 7 de abril de 2004.*

20. *El 31 de mayo de 2004, la Cuarta Sala de la Corte Suprema, en un fallo dividido de tres votos contra dos, acogió el recurso de queja, concediendo la tuición definitiva al padre. Los peticionarios aducen que la sentencia de la Corte Suprema establece que la Sra. Karen Atala antepuso sus intereses a los de sus hijas al tomar la decisión de manifestar su orientación sexual e iniciar una convivencia con una pareja del mismo sexo, y consideró en el fallo testimonios que indicaban que las niñas podían desarrollar confusión sobre sus roles sexuales y ser discriminadas socialmente en el futuro. Los peticionarios señalan que la sentencia de la Corte aduce:*

*Que en el juicio de tuición de las menores López Atala se hizo valer la opinión de diferentes psicólogos y asistentes sociales acerca de que la condición homosexual de la*



*madre no vulneraría los derechos de sus hijas, ni la privaría de ejercer sus derechos de madre, pues se trata de una persona normal desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico. En cambio, se ha prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitiva como del cuaderno de tuición provisoria, que se han tenido a la vista, respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi han cesado de un año a otro. Por su parte, el testimonio de las personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja<sup>[9]</sup>.*

*Que, aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas<sup>[10]</sup>.*

21. *La Corte consideró que las niñas se encontraban en una “situación de riesgo” que las ubicaba en un “estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”<sup>[11]</sup>. Aduce que los dos jueces de la minoría de la Sala de la Corte Suprema establecieron en contraste que: “los dictámenes que obran en los autos agregados, tanto los sicólogos como las asistentes sociales, infieren que la homosexualidad de la madre no vulnera los derechos de las niñas”<sup>[12]</sup>.*



22. *En relación al debido proceso, los peticionarios alegan que la Corte Suprema, utilizando el recurso de queja, un recurso exclusivamente disciplinario destinado a corregir las faltas o abusos graves cometidos en el dictamen de una resolución judicial, lo aplicó erróneamente para resolver cuestiones de hecho y de derecho planteadas en el juicio. Por tanto, terminó abriendo una tercera instancia que no existe en el sistema procesal chileno. Los peticionarios asimismo resaltan que el recurso de queja comporta sanciones administrativas para los jueces, lo cual afecta su independencia interna”.*



## **Informe Nacional de Colombia: Respuesta al cuestionario general**

(National Report from Colombia: answer to the general questionnaire)

**Ramiro Bejarano Guzmán, Fredy Toscano and Camilo Valenzuela**

### **Tema I. Tradiciones nacionales**

#### **Pregunta No. 1. Tradiciones jurídicas “*common law*” – “*civil law*”**

**Frente a la distinción clásica entre tradiciones jurídicas (*common law, civil law*), ¿a qué tradición corresponde la legislación procesal de su país? Describa sucintamente las características típicas en lo que concierne a los principios fundamentales del proceso civil (principios dispositivo, inquisitorio, mixto; contradictorio; oralidad; publicidad; administración de la prueba; vías de impugnación y alcance de las instancias recursivas, etc.)**

La legislación procesal vigente de Colombia<sup>1</sup> data del año 1.970, año en que el ejecutivo, investido de facultades extraordinarias<sup>2</sup>, promulgó el actual código de procedimiento civil, tras encargar su elaboración a una comisión de índole académica<sup>3</sup>. Dicho código ha preservado su

---

<sup>1</sup> El actual código de procedimiento civil colombiano, fue adoptado mediante los Decretos 1.400 del 6 de agosto de 1.974 y 2.019 de 1.970, los cuales entraron en vigencia el 1 de julio de 1.971.

<sup>2</sup> La ley 4 de 1.969 concedió estas facultades al poder ejecutivo.

<sup>3</sup> Dentro de esta comisión redactora, se resaltan los nombres de los juristas Hernando Devis Echandía, Hernando Morales Molina, Cesar Julio Estrada, Carlos Ramírez, Ernesto Cediél Angel.



estructura general hasta nuestros días<sup>4</sup>, consistiendo esta en i) un título preliminar contentivo de los principios generales de procedimiento, ii) seguido de cinco libros destinados a tratar temas más específicos<sup>5</sup>.

De la redacción original del estatuto procesal, se destacan las facultades de dirección formal y material del proceso a cargo del juez<sup>6</sup>, su libre convencimiento en materia probatoria<sup>7</sup> (dejando atrás el sistema de tarifa legal), la tendencia al sistema inquisitivo concretada en la necesidad de presentación de demanda de parte<sup>8</sup> y la simplificación de los procedimientos especiales<sup>9</sup>.

El código procedimental, otrora concebido como un solo cuerpo normativo, luce hoy como la combinación de su texto original con adiciones y modificaciones legales introducidas a través de múltiples decretos y leyes, las cuáles se expondrán posteriormente<sup>10</sup>.

En líneas generales, el actual sistema procesal civil colombiano posee elementos que predominantemente corresponden al modelo teórico del *civil law*, lo que no ha obstado, para que, dentro de la dinámica de la “modelización” o “unificación” del proceso, hubiere adoptado figuras propias de la tradición anglosajona, sin que por ello pierda su identidad.

En el modelo del *civil law*, se “parte siempre de una norma preestablecida que se aplica a un caso determinado, mientras en el “common law”, se parte de un caso para buscar y encontrar la norma de aplicación<sup>11</sup>”, lo que en otras palabras implica que en el *common law*, la fuente principal del Derecho es la jurisprudencia, mientras en el *Civil Law*, es la ley escrita (en sentido formal y material). Esta caracterización, tradicionalmente antagónica, redunda también

<sup>4</sup> Cfr. BEJARANO GUZMAN, R, *Procesos Declarativos*, 4ª edición, Temis, Bogotá, 2.008, p.2.

<sup>5</sup> El primero de ellos regula los sujetos procesales, el segundo los actos procesales, el tercero los procesos, el cuarto las medidas cautelares y el final, las cuestiones varias entre las que se destaca las sentencias y laudos proferidos en el extranjero y el régimen de comisiones de jueces extranjeros.

<sup>6</sup> Art. 38 y 39 C.P.C.

<sup>7</sup> Art. 175 C.P.C.

<sup>8</sup> Art. 2 C.P.C.

<sup>9</sup> Cfr. LÓPEZ BLANCO, H, *Procedimiento Civil*, Parte General, Tomo I, 9ª edición, Dupré, Bogotá, 2.004, p. 48- 49.

<sup>10</sup> Se destacan los Decretos 2279/1.989; 2282/1.989; 2737/ 1.989; 2651/ 1.991; 890/ 2.003 y las Leyes 25/ 1.992; 258/ 1.996; 294/ 1.996; 388/ 1997; 446/ 1.998; 455/ 1.998; 640/ 2.001; 572/ 2.000; 721/ 2.001; 794/ 2.003; 820/ 2.003; 854/ 2.003; 861/ 2.003; 962/ 2.005; 979/ 2.005; 986/ 2.005; 1098/ 2.006 y 1194/ 2.008.

<sup>11</sup> SANTA- PINTER, J. *Elementos de introducción al “common Law” y “civil law”*, Depalma, Buenos Aires, 1.963, p. 85.



en una diversa construcción del proceso civil, de tal forma que mientras el proceso del *common law* “es llevado hacia la preparación de la producción de pruebas ante el tribunal, (en el “civil Law”) el procedimiento es conducido hacia la preparación de la sentencia del juez<sup>12</sup>”.

Las principales diferencias significativas entre los modelos mencionados, se han estructurado a partir de un proceso típicamente: i) oral-escrito<sup>13</sup>; ii) dispositivo-inquisitivo; iii) juez activo – juez pasivo, aun cuando en la actualidad, estas notas características van en franco retroceso<sup>14</sup>.

Son precisamente estos elementos los que permiten encuadrar el ordenamiento procesal colombiano dentro de la tradicional cultura jurídica del “civil law”, aun cuando vale precisar previamente la distinción conceptual entre: “principio y regla técnica de procedimiento” que caracterizan este sistema procesal; así, los principios “*son absolutos, es decir no admiten contrarios, son permanentes y por ende inmodificables mientras se les tenga como tales, siempre deben observarse, no admiten excepciones, constituyen en norte del respectivo sistema procesal y a su desarrollo perentoriamente debe tenderse.*”<sup>15</sup>; mientras las reglas técnicas de procedimiento, son, por contraposición, una serie de herramientas cuya aplicación dependerá de necesidades concretas (de orden económico o institucional, etc.), por lo que son relativas y cambiantes en el sistema procesal civil.

Las características mas relevantes del sistema procesal civil colombiano, se encuentran en el “Título Preliminar” del C.P.C, así como en el texto de las leyes que reforman la justicia<sup>16</sup>, los cuales pueden definirse como “principios” o “reglas técnicas de procedimiento”, según la conceptualización planteada doctrinalmente, y de cuyo contenido se destaca: i) La gratuidad<sup>17</sup>; ii)

---

<sup>12</sup> Ídem, p. 99.

<sup>13</sup> Cfr. TARUFFO, M, *Sobre las fronteras*, Escritos sobre la justicia civil, (trad) Beatriz, Quintero, Temis, Bogotá, p. 61.

<sup>14</sup> Así, “en varios ordenamientos del “civil law” hay importantísimos elementos de oralidad que se hallan, por ejemplo en las distintas formas de discusión oral, preliminar o conclusiva, de la causa, en la asunción oral de las pruebas en audiencia, y en el pronunciamiento oral de la decisión que se prevé en varios casos”. Ibídem, p.62.

<sup>15</sup> LÓPEZ BLANCO, H. F, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, t. I, Parte General, 9ª edición, Dupré Editores, Bogotá, 2005, pág. 83.

<sup>16</sup> En especial, en la Ley 1285/ 2.009.

<sup>17</sup> Art. 1. C.P.C El servicio de la justicia civil que presta el Estado es gratuito, con excepción de las expensas señaladas en el arancel judicial para determinados actos de secretaría. Las partes tendrán la carga de sufragar los gastos que se causen con ocasión de la actividad que realicen, sin perjuicio de lo que sobre costas se resuelva.





el sistema mixto de procedimiento, en el que tiene cabida el “dispositivo” e “inquisitivo”<sup>18</sup>, en virtud de la exigencia de la demanda de parte, salvo las excepciones contempladas; iii) La prevalencia del derecho sustancial<sup>19</sup>, lo que comporta la garantía del debido proceso, como inspirador de toda actuación jurisdiccional, lo que lleva además a la interpretación de todas sus normas de conformidad con la Constitución Nacional y los tratados internacionales suscritos por el país en materia de garantías y derechos de esta naturaleza.

La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia<sup>20</sup> hace referencia explícita a los ‘Principios de la Administración de Justicia’, para referirse a la garantía de acceso a la justicia, al derecho a la defensa, a la celeridad, eventualidad, gratuidad, autonomía e independencia de la rama judicial, eficiencia, respeto de los derechos y alternatividad en los medios de resolución de conflictos, a lo que habría que adicionar el denominado “principio de oralidad”, establecido en la reciente ley de reforma a la administración de justicia<sup>21</sup>, respecto del cual pueden erigirse excepciones, aun cuando lo cierto es que la oralidad será un rasgo distintivo de los procedimientos colombianos en el futuro, que hoy en día no es operante.

Conviene precisar a continuación los rasgos distintivos del proceso colombiano, en cuanto a: i) su tendencia inquisitiva – dispositiva; ii) las instancias recursivas y iii) los poderes del juez.

Coexisten en el C.P.C., institutos que en veces responden al principio dispositivo y en otras al inquisitivo; así por ejemplo, la obligatoriedad de promover demanda de parte para

---

18 Art. 2. C.P.C. Los procesos sólo podrán iniciarse por demanda de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio.

Con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos, si es ocasionada por negligencia suya.

<sup>19</sup> Art. 4. C.P.C. Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surgen en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.

<sup>20</sup> “Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos “. ley 270 de 1996, reformada por la ley 1285/ 2.009, Art.1.

<sup>21</sup> Ley 1285 de 2009. Art. 1.



iniciar el proceso, es propia de un sistema dispositivo, pero al existir dos (2) excepciones a esta regla, aparecen elementos del sistema inquisitivo. Dichas excepciones consisten en los procesos de: “Privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad o de la administración de bienes del hijo y remoción del guardador<sup>22</sup>” y el proceso de “interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta<sup>23</sup>”.

Por su parte, el deber de **congruencia** de la decisión judicial<sup>24</sup>, que conlleva a la proscripción de las sentencias “*ultra petita*” (por cantidad superior de lo pretendido) ni “*extra petita*” (por objeto distinto del pretendido), ni por causa distinta a la alegada en la demanda; coexiste con la obligación de reconocer aun de oficio toda excepción de mérito que resulte probada<sup>25</sup>, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa.

Dicha figura se ve atemperada por vía jurisprudencial, en el tema de la corrección monetaria<sup>26</sup> de las prestaciones pecuniarias, aun cuando la tendencia no es unánime sino contradictoria y controversial: en efecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el juez puede reconocer oficiosamente la corrección de las prestaciones<sup>27</sup>, mientras que, en otros casos, el mismo tribunal ha considerado que el juez incurre en inconsonancia de la sentencia (motivo de casación) al ordenar la actualización sin que medie solicitud de parte, toda vez que

---

<sup>22</sup> Art. 446. C.P.C.

<sup>23</sup> Art. 659. C.P.C.

<sup>24</sup> Art 305. C.P.C. *La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último. En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.*

<sup>25</sup> Art. 306. C.P.C., *Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.(...)*

<sup>26</sup> La economía colombiana ha padecido duramente los embates de la inflación. Por ello, el pago nominal de una suma de dinero años después del nacimiento de la obligación no será pleno, debido a que tal suma se ha envilecido.

<sup>27</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 18 de mayo de 2005, M.P: Carlos Jaramillo Jaramillo; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de Diciembre de 2006, MP: Carlos Jaramillo Jaramillo.



“la justicia civil es rogada” y “es deber inexcusable del fallador resolver sobre lo pedido y no más de lo pedido ni por causa diferente”<sup>28</sup>.

En el tema de las **instancias recursivas**, se resalta que en el recurso de apelación rige la regla dispositiva, restringiéndose la competencia del superior a los puntos expuestos por el apelante único<sup>29</sup>; adicionalmente, la Constitución Política, al garantizar el derecho a la doble instancia<sup>30</sup>, previó la libre configuración de los recursos por parte del legislador, quien puede establecer excepcionalmente procesos de única instancia “*con observancia de los derechos, valores y postulados axiológicos que consagra la Carta, particularmente con observancia del principio de igualdad, que no permite conferir un tratamiento desigual cuando no sea razonable o justo*”<sup>31</sup>; de esta manera, la norma que prevé la no apelabilidad del auto que libra el mandamiento de pago<sup>32</sup>, no resultó contraria a la Constitución por cuanto “*en materia de apelación de autos la Constitución no trae norma específica al respecto, ampliándose así la libertad de configuración del Legislador*”<sup>33</sup>; Así, es diáfano que a pesar de la alta importancia que guarda, entre otras cosas, por su configuración constitucional, la doble instancia es una regla de procedimiento y no un principio.

De otra parte, en el sistema procesal colombiano, son amplios los **poderes del juez** en materia procesal civil, quien está obligado a impulsar los procesos hasta la sentencia<sup>34</sup>, lo que no obsta para que existan casos donde el ordenamiento jurídico sanciona a las partes con la terminación del proceso, cuando éstas no realizan actos de impulso del proceso, a través de

---

<sup>28</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de marzo de 1986, MP: José Alejandro Bonivento.

<sup>29</sup> Art. 357.C.P.C. *La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.*

<sup>30</sup> Art. 31. C.N. “*Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley*”.

<sup>31</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-345 de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>32</sup> Art. 505. C.P.C. Inc. 2. El mandamiento ejecutivo no es apelable; el auto que lo niegue total o parcialmente, lo será en el efecto suspensivo; y el que por vía de reposición lo revoque, en el diferido. (...)

<sup>33</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-903 de 2003. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería

<sup>34</sup> Art. 2. C.P.C.



institutos como el desistimiento tácito<sup>35</sup> y la perención en los procesos ejecutivos<sup>36</sup>, lo que es propio de un sistema dispositivo frente a ciertas etapas procesales.

Tratándose de la actividad probatoria, el juez tiene en el proceso civil una potestad de decreto y practica de medios probatorios de oficio<sup>37</sup>, bajo la condición de que se trate de un mecanismo para la verificación de los hechos alegados por las partes y en el caso de los testimonios, siempre que los testigos aparezcan mencionados en otras pruebas o cualquier otro actos procesal de las partes, lo que a todas luces constituye un elemento propio del sistema inquisitivo, pero ante todo un medio para la búsqueda de la verdad. A lo anterior, habría que adicionar amplios poderes de dirección formal y material del proceso<sup>38</sup>, entre los que vale subrayar el deber de: *“4. Emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias”*.

En virtud de lo anterior, fuerza concluir que en el ordenamiento jurídico colombiano no es posible identificar una sola regla técnica dispositiva- inquisitiva, o una tendencia clara en materia de impulso procesal confiado por entero a las partes ni al juez, tampoco respecto de la iniciativa probatoria, lo que no obsta para concluir que la legislación procesal civil colombiana, posee una marcada tradición jurídica del *“Civil Law”*, cada vez más permeada por instituciones procesales foráneas que no alcanzan a modificar su estructura esencial.

## Pregunta No. 2. Tradiciones jurídicas específicas

---

<sup>35</sup> Ley 1194/ 2.008.

<sup>36</sup> Art. 23 de la Ley 1285/ 2.009.

<sup>37</sup> Art. 179 y 180 del C.P.C.

<sup>38</sup> Art. 37 C.P.C. Son deberes del juez: 1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran. 2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este Código le otorga. (...)



**¿Existen tradiciones nacionales muy específicas en su país en materia de proceso civil? Por ejemplo, en materia de recurrencia a los medios alternativos de resolución de litigios antes o durante la instancia judicial, en materia de poderes del juez, de cargas, derechos y obligaciones de las partes, de prueba, de vías de recursos, etc.**

Adviértase que las tradiciones jurídicas que sigue un determinado país difícilmente pueden ser calificadas de “originales” o “exclusivas”, por cuanto en la mayoría de las ocasiones son producto de la adopción de figuras foráneas, no obstante lo cual, podrían encuadrarse como instituciones muy características del sistema procesal civil colombiano: i) la recurrencia a los medios alternativos de solución de controversias (predominantemente el arbitraje y la conciliación); ii) La instauración de jurisdicciones especiales para la resolución de determinados conflictos; iii) la amplia utilización de la Acción de tutela (recurso de amparo) en contra de providencias judiciales por violación de los derechos fundamentales; iv) La tendencia a la desformalización del recurso de casación civil, aspectos que serán analizados a continuación.

A lo anterior podría adicionarse lo dicho en materia de los amplios poderes del juez, las cargas, derechos y obligaciones de las partes en el impulso de los procesos y en el ámbito probatorio, fenómenos de los cuales ya se dio cuenta líneas atrás.

Existe en el ámbito procesal colombiano una tendencia a recurrir a los **medios alternativos de solución de controversias**, en especial al arbitraje y la conciliación, hecho que se vio reforzado por mandato constitucional, al autorizar a los particulares para que, en algunos casos, puedan cumplir con la función de administrar justicia<sup>39</sup> y en la ley estatutaria de la administración de justicia<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley” (Inciso final del artículo 116 CN - Modificado. A.L. 3/2002, art. 1º.-)

<sup>40</sup> Ley Estatutaria 270 de 1996. Art 13.—Modificado. Ley Estatutaria 1285 de 2009, artículo. 6º. “Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:

“3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus entidades, los particulares podrán



La ley ha facultado a las partes para dictarse las reglas de procedimiento en el arbitraje nacional (redacción original del Art. 13 de la ley 270 de 1.996), sin embargo, la Sentencia C- 037 de 1.996, aclaró que dicha facultad sólo obra para llenar los vacíos del ordenamiento, es decir, que las partes únicamente pueden dictar sus propias normas de procedimiento en los aspectos no regulados. Posteriormente, la ley 1285/ 2.009, en su Art. 6 modificó el Art. 13 de la Ley 270 de 1.996, en el sentido de autorizar a las partes a disponer del procedimiento, siempre que “no sea parte el estado o alguna de sus Entidades”, lo cual pueden realizar directamente o por referencia al reglamento de un Centro de Arbitraje, respetando el debido proceso. Por su parte, la Corte Constitucional, mediante sentencia C 713/ 2.008, declaró exequible esta norma<sup>41</sup>, “bajo el entendido de que las partes también deben respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procedimientos arbitrales”.

La “conciliación”, es definida en el Art. 1 del decreto 1818 de 1998 en los siguientes términos: “(es un) mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”; se trata entonces de un medio de solución de controversias, en el que el conciliador no toma la decisión del asunto, esto es, no administra justicia, sino que ofrece a las partes una intermediación a fin de que sean ellas mismas las que avengan sus diferencias, de ahí una de las principales diferencias con el “arbitraje<sup>42</sup>”.

La morosidad que aqueja a la justicia, ha impulsado al legislador a buscar métodos que contribuyan a paliar este inconveniente, para lo cual se ha servido de la conciliación, incluso

---

acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un centro de arbitraje, respetando, en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso”.

<sup>41</sup> Una de los mecanismos que utiliza la Corte Constitucional, como supremo interprete de la Constitución Política es la “modulación de sus sentencias”, dentro de ésta posibilidad, existe la “exequibilidad condicionada” de una norma, que significa que la norma no es expulsada del sistema normativo, pero en adelante ha de interpretarse en los términos de la sentencia constitucional.

<sup>42</sup> “La Corte llama la atención para advertir que, a diferencia de los árbitros, los conciliadores no tienen la facultad para decidir una controversia, ni en derecho ni en equidad, pues en esta modalidad la solución del conflicto debe ser fruto de un acuerdo libre entre las partes. Ello significa que los Centros de Conciliación autorizados para brindar este tipo de servicio tampoco pueden adoptar medidas de esta índole; en caso de hacerlo no sólo desnaturalizarían este mecanismo sino que se harían merecedores de las sanciones a que hubiere lugar”. Sentencia C- 713/ 2.008.



convertida en requisito de procedibilidad para tramitar los asuntos regidos por el proceso abreviado y por el procedimiento ordinario<sup>43</sup>, so pena de rechazo de la demanda.

Una nota característica del sistema judicial colombiano, que irradia al proceso civil es la **instauración de jurisdicciones especiales para la resolución de determinados conflictos** en la Constitución Política de 1991; al reconocer la “jurisdicción especial indígena” y unos “jueces de paz”.

El concepto de jurisdicción empleado en la Constitución colombiana no tiene nada que ver con el significado técnico atribuido por el derecho procesal, según el cual “*no existe una pluralidad de jurisdicciones*”, pues la función que tiene el Estado de resolver las controversias jurídicas será siempre una sola sin importar qué clase de conflicto se vaya a dirimir<sup>44</sup>”.

Por ende, lo que la Carta constitucional denomina “jurisdicciones” son en realidad subdivisiones materiales o temáticas del derecho (tales como la jurisdicción ordinaria, de lo contencioso administrativo, la constitucional, la jurisdicción de paz y de las comunidades indígenas), destacándose dentro de la “jurisdicción ordinaria” las competencias especializadas en: i) civil; ii) penal; iii) Laboral; iv) agrario y v) de Familia. Esta falta de rigor procesal, en todo caso, no le resta mérito a esta regulación procesal, toda vez que el centro del tema está en el ejercicio desconcentrado de la función de administrar justicia y la búsqueda de la pervivencia de los pueblos indígenas, a quienes se reconoce el derecho a dictar sus propias normas y aplicarlas<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup>En los asuntos ordinarios el artículo 38 de la ley 640 de 2001, señala las reglas de este requisito: “Si la materia de que se trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse antes de acudir a la jurisdicción civil en los procesos declarativos que deban tramitarse a través del procedimiento ordinario o abreviado, con excepción de los de expropiación y los divisorios”. Es necesario señalar que la norma contiene una impropiedad, porque en Colombia ni la expropiación ni los procesos divisorios se tramitan por las vías del ordinario o el abreviado, por el contrario son procesos declarativos con disposiciones especiales.

<sup>44</sup> SANABRIA SANTOS, H, *Nulidades en el proceso civil*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.005, p. 123.

<sup>45</sup> Artículo 246 de la Constitución Política “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.



Adicionalmente, la Constitución política, autoriza al legislador para que cree **jueces de paz** que resuelvan conflictos en equidad<sup>46</sup>, siendo deber de los jueces de paz resolver los conflictos comunitarios o particulares de acuerdo con la equidad, es decir, conforme a la justicia propia de la comunidad donde esta se presenta la situación problemática<sup>47</sup>.

De otro lado, cabe resaltar la utilización de la “Acción de tutela” (similar al recurso de amparo) en contra de las providencias judiciales que vulneren derechos fundamentales<sup>48</sup>, lo que a todas luces ha permitido la protección de los derechos, predominantemente el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, en el marco de los procesos judiciales, lo que sin embargo, está atado a especiales criterios de procedencia, toda vez que se trata de un mecanismo extraordinario<sup>49</sup>, como son: i) la relevancia constitucional de los hechos denunciados; ii) la no existencia de otro medio de defensa eficaz e inmediato para precaver un perjuicio irremediable; iii) la relación de inmediatez de la solicitud de amparo y el hecho vulnerador; iv) la trascendencia de la irregularidad procesal y v) la identificación y alegación de los hechos vulneradores en la instancia judicial<sup>50</sup>.

Finalmente, se pone de presente una importante tendencia hacia la informalización del **recurso extraordinario de casación**, como lo previó el Art. 51 del decreto 2651 de 1991<sup>51</sup>,

---

<sup>46</sup> Art. 247 C.N. “La ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular”.

<sup>47</sup> Art. 9 de la Ley 497/ 1.999. Competencia. Los jueces de paz conocerán de los conflictos que las personas o la comunidad, en forma voluntaria y de común acuerdo, sometan a su conocimiento, que versen sobre asuntos susceptibles de transacción, conciliación o desistimiento y que no sean sujetos a solemnidades de acuerdo con la ley, en cuantía no superior a los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)

<sup>48</sup> Artículo 86 de la Constitución Política: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. ...”

<sup>49</sup> Sentencia T-537 de 2009, Corte Constitucional, M.P.: Humberto Sierra Porto.

<sup>50</sup> Sentencia T-537 de 2009, M.P.: Humberto Sierra Porto

<sup>51</sup> Art. 51 del Decreto 2651 de 1991. Sin perjuicio de lo dispuesto en los respectivos códigos de procedimiento acerca de los requisitos formales que deben reunir las demandas de casación, cuando mediante ellas se invoque la infracción de normas de derecho sustancial se observarán las siguientes reglas: “1. Será suficiente señalar cualquiera de las normas de esa naturaleza que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada, sin que sea necesario integrar una proposición jurídica completa. “2. Si un cargo contiene acusaciones que la Corte estima han debido formularse separadamente, deberá decidir sobre ellas como si se hubieran invocado en distintos cargos. “3. Si se formulan acusaciones en distintos cargos y la Corte considera que han debido proponerse a través de uno solo, de oficio los integrará y resolverá





convertido en legislación permanente por el artículo 162 de la ley 446 de 1998. Esta disposición desformalizó el recurso, dotando al juez de poderes interpretativos bastante amplios, con el fin de lograr una efectiva prevalencia del derecho sustancial.

La norma le ordenó a la Corte Suprema que debía resolver las demandas de casación que se le presenten, sin que pueda desechar las peticiones del recurrente cuando no señala todas las normas desconocidas por el fallo que se pretende romper. Además, si un cargo debió, a juicio del alto juez, plantearse de forma separada, o varios cargos debieron haberse postulado en uno solo, podrá decidirse sin inconvenientes, reformando *ex officio* la postulación del recurso<sup>52</sup>.

Otra variación importante que ha experimentado el recurso extraordinario, consiste en la selección de las demandas de casación que puede hacer la Corte Suprema de Justicia. En efecto, el inciso segundo del artículo 7 de la ley 1285 de 2009, modificatorio de la ley estatutaria de la administración de justicia dispone que, “para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales y control de legalidad de los fallos,” pueden escoger “las sentencias objeto de su pronunciamiento”.

Esta facultad fue revisada constitucionalmente en la sentencia C-713 de 2008, donde se condicionó la constitucionalidad de la norma “*en el entendido de que la decisión de no selección adoptada al momento de decidir sobre la admisión del recurso de casación será motivada y tramitada conforme a las reglas y requisitos específicos que establezca la ley, y de que en ningún caso impide interponer la acción de tutela contra la sentencia objeto del recurso, la decisión de no selección o la decisión que resuelva definitivamente el recurso de casación*”.

---

sobre el conjunto según corresponda.”4. No son admisibles cargos que por su contenido sean entre sí incompatibles. Si se presentan y adolecen de tal defecto, la Corte tomará en consideración los que, atendidos los fines propios del recurso de casación por violación de la ley, a su juicio guarden adecuada relación con la sentencia impugnada, con los fundamentos que le sirven de base, con la índole de la controversia específica mediante dicha providencia resuelta, con la posición procesal por el recurrente adoptada en instancia y, en general, con cualquiera otra circunstancia comprobada que para el propósito indicado resultare relevante”.

<sup>52</sup> La Corte Constitucional (sentencia C-596 de 2002) reiteró la importancia de esta modificación porque dispuso, por medio de la flexibilización de este extraordinario medio de impugnación la prevalencia del derecho sustancial, al impedirle a la Corte Suprema exigir del casacionista una proposición jurídica completa.



### Pregunta No. 3 Reformas procesales

**¿Se han adoptado en su país recientemente (en los últimos 15 años) reformas procesales estructurales? Si es así, ¿En qué dirección fueron esas reformas y cual ha sido su objetivo?**

Las reformas procesales que ha experimentado el C.P.C, pueden concebirse como esfuerzos coyunturales<sup>53</sup> encaminados a solucionar la morosidad judicial, la pérdida de confianza en la justicia, entre otros. En primer lugar, refiérase la modificación introducida al código de procedimiento civil como resultado de la promulgación de la Ley 30 de del 9 de octubre de 1.987, norma que autorizó al órgano ejecutivo para presentar una reforma integral a la justicia, de la mano de una comisión de expertos, académicos y representantes de la judicatura<sup>54</sup>, que plantearon *“crear, suprimir o fusionar juzgados, modificar el régimen actual de competencia, crear y organizar las jurisdicciones agraria y de familia, asignar a otras entidades procesos no contenciosos (...) implementar sistemas de solución de conflictos entre particulares y simplificar el trámite de las actuaciones judiciales<sup>55</sup>”*; lo que conllevó a la modificación de más del cincuenta y cinco por ciento (55%) del texto original del código<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Las principales modificaciones a la normatividad primigenia, están contenidas en los Decretos 2279/1.989; 2282/1.989; 2737/ 1.989; 2651/ 1.991; 890/ 2.003; así también en las Leyes 25/ 1.992; 258/ 1.996; 294/ 1.996; 388/ 1997; 446/ 1.998; 455/ 1.998; 640/ 2.001; 572/ 2.000; 721/ 2.001; 794/ 2.003; 820/ 2.003; 854/ 2.003; 861/ 2.003; 962/ 2.005; 979/ 2.005; 986/ 2.005; 1098/ 2.006 y 1194/ 2.008.

<sup>54</sup> Las normas tocantes al proceso civil, expedidas con base en la ley que se comenta, fueron el decreto 522/1.998 (por medio de la cual se reajustaron las cuantías en materia civil); el decreto 902/1.988 (mediante el cual se autorizó el trámite notarial de la sucesión de común acuerdo; el decreto 999/ 1.988 (mediante el cual se autoriza el cambio de nombre ante notario); el decreto 1127/ 1.988 (mediante el cual se creó el proceso de expropiación por parte del INCORA); el decreto 2458/ 1.988 (por medio del cual se autorizó la separación de cuerpos de matrimonio civil); el decreto 1900/ 1.989 (mediante el cual se autoriza el trámite del divorcio de mutuo acuerdo de matrimonio civil); el decreto 2272/ 1.989 (mediante el cual se creó la jurisdicción de familia); el decreto 2273/ 1.989 (por el cual se crearon los juzgados civiles especializados en asuntos mercantiles); el decreto el decreto 2279/ 1.989 (mediante el cual se creó el estatuto arbitral) hoy modificado por el decreto 2651/ 1.991 y la ley 23 de 1.991, así como por la ley 446/1.998; el decreto 2282/ 1.989; el decreto 2303/ 1.989 (por el cual se crea la jurisdicción agraria).

<sup>55</sup> LÓPEZ BLANCO, H. F, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, t. I, Parte General, 9ª edición, Dupré Editores, Bogotá, 2005, p. 51.

<sup>56</sup> Cfr. Ídem, p. 54.



Uno de los aspectos más relevantes del Decreto 2282/ 1.989, es la introducción de una audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio, que hoy tiene lugar en los procesos ordinarios y abreviados, con algunas excepciones<sup>57</sup>, a lo que habría que incluir una audiencia de similares características para los procesos verbales de mayor y menor cuantía y para los procesos verbales sumarios, por mandato del Art. 432 y 4439 del C.P.C.<sup>58</sup>.

Dicha audiencia fue incluida en el sistema procesal colombiano, como resultado del “anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica”, donde se recomendó “consagrar una audiencia preliminar en la cual se intente la conciliación entre las partes, se precisen los hechos en que haya desacuerdo (...) y se depure el proceso<sup>59</sup>”.

Es también relevante la influencia que la Constitución política del año 1.991 suscitó en el sistema procesal civil, la cual puede sintetizarse en tres aspectos: (i) La constitucionalización de las garantías procesales, tales como el debido proceso<sup>60</sup>, de cuya redacción habría que resaltar su aplicación “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, así como la nulidad “de pleno derecho de la prueba obtenida con violación del debido proceso”, y el acceso efectivo a la administración de justicia<sup>61</sup>; (ii) La constitucionalización del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales<sup>62</sup> y (iii) La creación de la Corte Constitucional, como garante efectivo de los derechos fundamentales y de las normas constitucionales en forma

---

<sup>57</sup> No procede la mencionada audiencia en los procesos de declaración de pertenencia, de entrega del tradente al adquirente, si el demandado no se opone, o no propone excepciones previas, el de rendición provocada o espontánea de cuentas, pago por consignación, cuando el demandado no se opone a lo establecido en el Art. 420 No. 2 del C.P.C., en el proceso de declaración de bienes vacantes y mostrencos, de restitución de inmuebles arrendados. Cfr. PARRA QUIJANO, J, *ponencia presentada en el Congreso de Derecho Procesal*, noviembre 1.990, citado en BEJARANO GUZMÁN, R, *Los procesos declarativos*, 4ª edición, Temis, 2.008, p. 27.

<sup>58</sup> Cfr. BEJARANO GUZMÁN, R, *Los procesos declarativos*, Op.cit, p. 28.

<sup>59</sup> Instituto Iberoamericano de derecho procesal, *El código procesal civil modelo para Iberoamérica*, texto del anteproyecto presentado por Adolfo Gelsi Bidart, Enrique Vescovi y Luis Torello Montevideo, 1.988, p. 32- 53, citado por LÓPEZ BLANCO, H, *Procedimiento Civil*, op. cit, p. 569.

<sup>60</sup> Art. 29 C.N.

<sup>61</sup> Art. 229 C.N.

<sup>62</sup> La constitución política de 1.991 establece en su Art 228 C.N. “la administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial...”, principio que desde el año 1.970 se establecía en el Art 4 del C.P.C., en los siguientes términos: “Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial...”



objetiva. A lo anterior, fuerza adicionar que la Constitución política estableció *“un poderoso trípode de protección de derechos al servicio del ciudadano, consistente en la consagración de tres acciones vigorosas y trascendentales que cambiaron para siempre su suerte y su precario destino de antaño: la acción de tutela (recurso de amparo), las acciones populares y de grupo y la acción de cumplimiento<sup>63</sup>”*.

Respecto de estas tres acciones, resulta palmaria la relevancia e innovación en el ámbito colombiano de la primera acción (de tutela) en defensa de los derechos fundamentales, como mecanismo breve, preferente y sumario<sup>64</sup>, en tanto *“a través de las acciones populares, el ciudadano también averiguó que tenía a su alcance un instrumento procesal para defenderse buscando la protección de los derechos e intereses colectivos al goce de un ambiente sano, a la moralidad administrativa, a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo racional de los recursos naturales, el goce del espacio público, la defensa del patrimonio público, la defensa del patrimonio cultural de la nación, la seguridad y salubridad pública, el acceso a una infraestructura de servicios públicos que garantice la seguridad pública, la libre competencia económica, la prohibición de fabricación de armas químicas, biológicas o nucleares, los derechos de los consumidores y los usuarios, etcétera<sup>65</sup>”*.

Dada su importancia para el tema de la justicia, debe examinarse el papel de la Ley estatutaria de administración de justicia (Ley 270 de 1.996<sup>66</sup>), la cual consagra en sus artículos 1º al 9º una serie de principios orientadores de la jurisdicción, tales como el de acceso a la justicia (elevado al rango de derecho fundamental), el derecho de defensa, la celeridad, la autonomía e independencia de la rama judicial, la gratuidad, eficiencia, alternatividad (en el sentido de posibilitar mecanismos diferentes al proceso judicial para la solución de los conflictos) y el respeto de los funcionarios judiciales por los derechos de quienes intervienen en el proceso, así también, el capítulo relativo a la responsabilidad del Estado, de sus funcionarios

---

<sup>63</sup> BEJARANO GUZMÁN, R. *La procesalización del derecho constitucional en Colombia*”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional*”. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en su sus 50 años como investigador del derecho. Eduardo Ferrer Mc Gregor y Arturo Zaldivar Lelo de Larrea (coord.), tomo VI. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto mexicano de derecho procesal constitucional y Marcial Pons, México, 2.008, p, 173.

<sup>64</sup> Art. 86 C.P. N.

<sup>65</sup> BEJARANO GUZMÁN, R, *La procesalización del derecho constitucional en Colombia*”, Op. Cit, pág. 177.

<sup>66</sup> Hoy reformada mediante la Ley 1285 de 2.009.



y empleados judiciales por los daños antijurídicos que le sean imputables, de conformidad con el Art. 65<sup>67</sup> de esta ley, en armonía con el mandato constitucional del Art. 90.

Hondas transformaciones se introdujeron al proceso civil a través del Decreto 2651/ 1.991<sup>68</sup>, norma de vocación provisional<sup>69</sup>, cuyo contenido principal sólo devino permanente mediante la Ley 446/ 1.998<sup>70</sup>, lo que motiva su análisis conjunto<sup>71</sup>.

Se destacan en este análisis, las normas que se limitaron a acoger como legislación permanente, las disposiciones principales del Decreto 2651/ 1.991, que en síntesis se concretan en: i) La posibilidad para las partes de “modificar las solicitudes de pruebas contenidas en la demanda, en la contestación o en cualquier otro escrito, dentro de los tres días siguientes a la terminación de la audiencia del Art. 101 del C.P.C<sup>72</sup>”; ii) La autorización a las partes para practicar las pruebas de común acuerdo<sup>73</sup>, iii) El adelantamiento de la “mera diligencia de remate” por conducto de un martillo legalmente autorizado<sup>74</sup>, con la finalidad de

---

<sup>67</sup> Art. 65 Ley 270/ 1.996. “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad”.

<sup>68</sup> “Son siete los aspectos básicos de los cuales se ocupa el Decreto 2651/ 1991, a saber: I. La conciliación, II, el arbitramento; III. Actos probatorios; IV. Redistribución del trabajo; V. Concordatos; VI. Sucesiones; VII. Otras disposiciones”. LÓPEZ BLANCO, H, *Comentarios al decreto de descongestión judicial 2651/ de noviembre 25 de 1.992*, 2ª edición, Dupre, Bogotá, p. 3.

<sup>69</sup> Esta norma tuvo como génesis el artículo 5º transitorio de la Constitución Política de 1.991, mediante el cual se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir para descongestionar los despachos judiciales, previa su elaboración por parte de una comisión legislativa. En esta norma se contemplaba la adopción como legislación permanente de aquellos artículos que revistieran utilidad, de ahí su carácter transitorio. Cfr. LÓPEZ BLANCO, H, *Ley 446 de 1998 sus implicaciones en el código de procedimiento civil*, Dupré editores, Bogotá, 1.998, p. 16.

<sup>70</sup> “no obstante, la ley 446/ 1998 también se ocupó, en buena parte de sus 167 artículos, de realizar una profunda reforma al Código Contencioso Administrativo, al procedimiento arbitral, a la asistencia legal popular y adscribir algunas funciones jurisdiccionales a las superintendencias, todo lo cual da idea de la magnitud de la labor legislativa dado el amplio espectro de las modificaciones”. Ídem, p. 9.

<sup>71</sup> Adviértase que “la finalidad esencial del estatuto (Decreto 2651/ 1.991) es otorgar mecanismos de descongestión, de ahí que es con esa óptica que deben ser interpretadas sus disposiciones, reconociendo que se trata de soluciones que pueden en veces chocar con la más pura ortodoxia procesal, pero que por tratarse de lo que podríamos llamar procedimientos de urgencia, obliga a replantear tradicionales conceptos”, argumento bajo el cual se explica la implantación de la perención del proceso como sanción por la parálisis del mismo por más de seis (6) meses. LÓPEZ BLANCO, H, *Comentarios al decreto de descongestión judicial*, op. cit, p. 4.

<sup>72</sup> Art. 9º del decreto 2651/ 1.991 que adicionó el parágrafo 3 al Art. 101 del C.P.C.

<sup>73</sup> Hipótesis prevista desde el Art. 21 del Decreto 2651/ 1.991, hoy contenida en el parágrafo del Art. 184 del C.P.C., (Modificado por la Ley 794/ 2.003, Art. 18).

<sup>74</sup> Art. 50 del decreto 2651/ 1.991, adoptado como legislación permanente por el Art. 162 de la Ley 446/ 1.998.



descongestionar la labor del juez en esta labor; iv) Las medidas tendientes a la flexibilización del recurso extraordinario de casación, como son la no exigencia de la proposición jurídica completa, la posibilidad de decidir los cargos formulados en contra de la sentencia en forma separada o individual, previa interpretación del alto tribunal<sup>75</sup>; v) La sentencia anticipada, como posibilidad de las partes de común acuerdo, soliciten al juez el fallo que se dicte sentencia con base en los actos procesales recaudados hasta el momento, llevando a la prescindencia total o parcial del debate probatorio<sup>76</sup>.

También hizo parte de esta reforma procesal la presunción de autenticidad de los documentos presentados por las partes, para ser incorporados a un expediente, tuvieren o no como destino servir de prueba, salvo los poderes otorgados a los representantes judiciales<sup>77</sup>, así también, la perención del proceso como sanción al parálisis del mismo imputable a la parte, por más de seis (6) meses<sup>78</sup>.

En el año 2.001, el sistema procesal civil colombiano recibió la reforma producida por la Ley 640 del 5 de enero de dicho año, teniendo como misión la modificación de las normas relativas a la conciliación, la cual se erige (la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho) como requisito de procedibilidad en materia de proceso civiles<sup>79</sup>, esto es como condición para el ingreso al mismo, así como la habilitación a otros sujetos como conciliadores (los centros de conciliación, delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, agentes del Ministerio Público en materia civil y notarios para adelantar dicho trámite<sup>80</sup>); También se

---

<sup>75</sup> Art. 51 del Decreto 2651/ 1.991, adoptado como legislación permanente por el Art. 162 de la Ley 446/ 1.998.

<sup>76</sup> Art. 186 C.P.C.

<sup>77</sup> Art 25 Decreto 2651/1.991, Modificado. Decreto 2282/ 1989 art. 1 mod 115, Modificado. Ley 794/ 2.003, art. 26, actual Art. 252 C.P.C.

<sup>78</sup> Art. 18 de la Ley 446/ 1.998, que modificó el Art. 346 del C.P.C, hoy Derogado por la Ley 794/ 2.003, art. 70.

<sup>79</sup> Art. 27 Ley 640 /2.001. Es requisito de procedibilidad en los procesos declarativos que deban tramitarse a través del procedimiento ordinario o abreviado, salvo de expropiación y divisorios, según el Art. 38 de la misma ley. A pesar de la falta de técnica en la redacción de esta última norma, se infiere que los asuntos sometidos al trámite del procedimiento verbal o de mayor y menor cuantía o los verbales sumarios no tiene que cumplir este requisito. Cfr. BEJARANO GUZMÁN, R, *Los procesos declarativos*, op.cit, p, 9.

<sup>80</sup> Art. 27 Ley 640/ 2.001.



previeron normas relacionadas con la conciliación surtida dentro del proceso judicial (conciliación judicial) a fin de terminar el litigio<sup>81</sup>.

En el año 2.003, devino la reforma introducida mediante la Ley 794 del 8 de enero, cuya importancia radica en la desformalización de algunas exigencias de la demanda, así como la modificación del régimen de notificaciones, a fin de *“erradicar el tortuoso, inútil, costoso y demorado sistema diseñado para la notificación personal de las providencias que disponen la convocatoria de algún sujeto al proceso (auto admisorio de la demanda o mandamiento de pago) o una actuación extraprocesal (p.ej., práctica de pruebas anticipadas), y arbitrar un mecanismo mas garantista, sencillo, económico y expedito*<sup>82</sup>.

Otros temas trascendentales de dicha ley fueron i) la reforma al proceso ejecutivo<sup>83</sup>, a fin de simplificar su trámite, lo que conllevó a que sólo exista *“un procedimiento para perseguir los bienes del deudor haciendo ejercicio de la garantía personal con miras a la satisfacción coactiva de los créditos*<sup>84</sup>”, para imprimirle un trámite mas expedito, se proscribió en dicho proceso la apelabilidad del mandamiento de pago<sup>85</sup> y con el mismo propósito, se exigió la alegación de las causales de excepciones previas por la vía del recurso de reposición en contra del mandamiento de pago<sup>86</sup>; ii) al proceso de declaración de pertenencia, en cuanto a la eliminación de la consulta para este tipo de procesos<sup>87</sup>; iii) la derogatoria de la perención<sup>88</sup>.

Mediante la Ley 1194/ del 9 de mayo de 2.008, el ordenamiento jurídico procesal civil instauró la figura del “desistimiento tácito”, a fin de modificar el Art. 346 del C.P.C; en virtud de esta figura, se deja sin efectos la demanda o cualquier solicitud procesal pendiente y se da por terminado el proceso, siempre que sea desatendida la orden previa del juez de cumplir con una

---

<sup>81</sup> Art. 43 Ley 640/2.001.

<sup>82</sup> ROJAS GÓMEZ, M, *La reforma al código de procedimiento civil, ley 794 del 8 de enero de 2.003*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 19. *“A partir de la reforma se prescinde del desplazamiento del servidor público en búsqueda de la persona que debe ser notificada y se reemplaza por una citación por medio de los servicios postales para que concurra por al despacho judicial a recibir la notificación personal”*. Ídem, p. 20.

<sup>83</sup> El Lit. b Art. 70 de la Ley 794/ 2.003 derogó el trámite especial para los procesos de mínima cuantía.

<sup>84</sup> Ídem, p. 59.

<sup>85</sup> Art. 505 C.P.C, mod. Ley 794 /2.003. Art. 48.

<sup>86</sup> Parágrafo del Art. 590. C.P.C., mod. Decreto 2282/ 1.989, art 1, mod Ley 794/2.003.

<sup>87</sup> Art. 70 Lit. c. Ley 794/ 2.003.

<sup>88</sup> Art. 70 Lit. b. Ley 794/ 2.003.



carga procesal o un acto de parte, del cual penda la continuación del trámite de la demanda, de la denuncia del pleito, del llamamiento en garantía, de un incidente u otra actuación a instancia de parte, lo que en líneas generales, revive la perención procesal.

Otra reforma de trascendencia fue la introducida al proceso de “restitución de inmueble arrendado para vivienda urbana” por cuenta de la Ley 820/ 2.003; dicha norma establece en síntesis: i) la presunción de derecho, según la cual el arrendador deberá ser notificado en el lugar donde recibe el pago del cánón y los arrendatarios, codeudores y fiadores en la dirección del inmueble objeto del contrato, en el evento en que no se reporte ninguna dirección<sup>89</sup>; ii) también creó la solidaridad por las obligaciones y derechos, entre arrendadores y respecto de arrendatarios; iii) eliminó el grado de consulta de la sentencia<sup>90</sup>.

Recientemente, la Ley 1285/ 2.009, modificó en los siguientes puntos esenciales la ley estatutaria de administración de justicia: i) Ratificó la perentoriedad de los términos procesales y su estricto cumplimiento, así como la oralidad y el desenvolvimiento del proceso en audiencias<sup>91</sup>; ii) creó los jueces de pequeñas causas con competencia municipal y local a fin de conocer de múltiples asuntos de la jurisdicción ordinaria, regidos por la oralidad, sumaria y en lo posible de única instancia<sup>92</sup>; iii) ordenó la distribución geográfica de los juzgados a lo largo de localidades y comunas, en forma gradual y tomando en consideración el número de habitantes de la ciudad<sup>93</sup>; iv) Inviestió de nuevos poderes sancionatorios al juez respecto de las partes y apoderados<sup>94</sup>; v) estableció el impulso oficioso del proceso a cargo del juez, el cual debe adelantarlos hasta la sentencia si es el caso<sup>95</sup>; vi) creó la figura de la perención respecto de los procesos ejecutivos<sup>96</sup>; vii) introdujo la eventual selección de sentencias en sede de casación,

---

<sup>89</sup> Art. 12 de la Ley 820/ 2003.

<sup>90</sup> Art. 38 de la Ley 820/ 2.003.

<sup>91</sup> Art. 1 Ley 1285/ 2.009.

<sup>92</sup> Art. 4 párrafo. 1 de la Ley 1285/ 2.009.

<sup>93</sup> Art. 8 de la Ley 1285/ 2.009.

<sup>94</sup> Art. 14 de la Ley 1285/ 2.009, mediante el cual se adicionó el Art. 60 A, a la Ley 270/ 1.996.

<sup>95</sup> Párrafo del Art. 14 de la Ley 1285/ 2.009.

<sup>96</sup> Art. 23 de la Ley 1285/ 2.009, mediante la cual se adicionó un Art. 209 A de la Ley 270/ 2.009.





cuyo objeto sea la unificación de la jurisprudencia, la protección de derechos fundamentales y el control de legalidad<sup>97</sup>”.

En el momento en que se escriben estas líneas (junio de 2.010) el Congreso de la República ha aprobado el proyecto de ley No. 197/ 2.008, cuyo fin es **“adoptar medidas en materia de descongestión judicial”**, para lo cual asigna competencias a jueces de pequeñas causas e introduce reformas al código de procedimiento civil, en temas tales como: i) La supresión de los procesos ordinario y abreviado, de trámite escrito, y su reemplazo por los procesos verbales, como un primer paso para introducir definitivamente la oralidad en los procesos civiles. Si bien la ley dispuso que esta reforma debe operar a partir del once (11) de enero de dos mil once (2011), facultó al Consejo Superior de la Judicatura para fijar la fecha definitiva en la que entrará en vigencia, en todo caso, no antes de la fecha mencionada; ii) impone plazos perentorios a jueces y magistrados para dictar sentencia de primera y segunda instancia so pena de perder la competencia, y hacerse acreedores a multas y hasta la pérdida del empleo; iii) impone la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad en los procesos verbales de mayor y menor cuantía; iv) elimina el grado jurisdiccional de consulta e introduce importantes reformas en el recurso de apelación, particularmente en cuanto a la concesión en el efecto devolutivo y no en el suspensivo, cuando se trate de apelación contra sentencias; v) se adoptan reformas en los procesos ejecutivos y se crea un mecanismo de realización especial de la garantía, por virtud del cual con la intervención del juez el acreedor puede solicitar que se le adjudique directamente el bien dado en garantía hipotecaria o prendaria, siempre que no haya oposición del deudor; vi) se autoriza la formulación como excepción previa de los fenómenos de la falta de legitimación en la causa y la prescripción extintiva, defensa que de ser favorable al demandado ha de ser resuelta mediante sentencia anticipada y no por auto, para efectos de que pueda ser controvertida mediante los recursos propios que permiten contradecir un fallo; vii) Se autoriza la presentación de toda demanda sin necesidad de autenticación de la misma, pues se presume auténtica la misma; en fin estas y otras modificaciones pueden apreciarse en el cuadro comparativo que el

---

<sup>97</sup> Art. 70 de la Ley 1185/ 2.009, mediante el cual se modificó el Art. 16 de la Ley 270/ 1.996.



Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia incluyó en el último “Boletín Virtual” distribuido a la comunidad jurídica en general, antes de que se sancionara la Ley 1395 del 12 de julio de 2.010 relacionada con la descongestión judicial y la Ley 1394 del 12 de julio de 2.010 que regula el arancel judicial, las cuales pueden ser consultadas en esta dirección: [www.uexternado.edu.co/derecho/derecho\\_procesal/boletinvirtual](http://www.uexternado.edu.co/derecho/derecho_procesal/boletinvirtual) .

**¿Han contribuido las reformas procesales colombianas a modelar el proceso y a la armonización en relación a las convenciones internacionales o leyes- modelos, o a los principios ALI / Unidroit de *procédure civile transnacional*?**

Una comparación entre el ordenamiento jurídico procesal colombiano con los “Principios fundamentales del Proceso Civil Transnacional”, podría arrojar como conclusión la cercanía de determinadas figuras procesales locales con los mencionados principios, en razón a que las diversas culturas jurídicas, comparten algunos lugares comunes, lo que facilitaría el proceso de armonización de los sistemas procesales.

Los “Principios fundamentales del Proceso Civil Transnacional”, fruto de la labor del *American Law Institute* (ALI) con el apoyo de la UNIDROIT, establecen a grandes rasgos: “ (los) *Parámetros básicos que gobiernan la jurisdicción personal y material; especificaciones para un juzgador imparcial, proceso para notificación del demandado; normas para la formulación de reclamos; provisiones sobre actuación de peritajes; normas sobre el ofrecimiento de medios probatorios; normas que determinan el juzgamiento y resolución de un proceso por una autoridad jurisdiccional, y la posibilidad que la Sentencia pueda ser objeto de un recurso de apelación; normas sobre el principio de la cosa juzgada*<sup>98</sup>”.

Ahondando en el contenido concreto de los mencionados principios, se encuentra una preocupación por la unificación de las normas procesales en torno a: i) la jurisdicción; ii) la

---

<sup>98</sup> HAZARD, G, *Litigio sin fronteras: armonización y unificación del derecho procesal*, en Revista de la facultad de Derecho de la pontificia universidad católica del Perú, No. 52, diciembre (1.998) - abril (1.999) p, 586.



independencia, imparcialidad y competencia del tribunal; iii) la igualdad y derecho de defensa; iv) el derecho a la asistencia letrada; v) el derecho de audiencia y actos de comunicación; vi) la estructuración tripartida del proceso con base en el esquema anglosajón<sup>99</sup>; vii) la iniciación del proceso a instancia de parte y determinación del objeto del proceso a través de los actos de demanda y contestación.

Dichas temáticas se encuentran plasmadas en las reformas procesales colombianas que fueron expuestas en el anterior interrogante y su desarrollo es compatible, en las mas de las ocasiones, con los “Principios fundamentales del Proceso Civil Transnacional” de la ALI. En efecto, el actual régimen procesal colombiano se caracteriza por una tendencia mixta, aunque predominantemente dispositiva, en la que *“sólo por excepción puede promoverse el proceso oficiosamente, pues la mayoría de los casos presupone la formulación de una demanda<sup>100</sup>”*, a lo que habría que adicionar la regencia del principio de congruencia, en virtud de la cual *“la decisión judicial generalmente se contrae a las posturas iniciales de las partes<sup>101</sup>”*. El mentado sistema dispositivo se ve no obstante mermado en razón de la facultad oficiosa del juez, de decretar pruebas de oficio del Art. 179 y 180 del C.P.C, así como, por su papel en la dirección del proceso, el cual, ha de llevar a su término, previéndose además la sanción a la desidia de las partes, a través de instituciones tales como la perención y el desistimiento tácito.

A partir de esta denominación mixta del sistema colombiano, es posible encontrar la garantía de la igualdad de las partes, así como el derecho de defensa, la cual ha sido elevada a rango de derecho fundamental<sup>102</sup>; por su parte, el mismo Art. 1 del C.P.C., establece la

---

<sup>99</sup> En efecto se contempla en el Art. 7, de los mencionados principios una fase de alegaciones, fase de instrucción (*pre-trial*) y una audiencia plenaria (*trial*; específicamente se contempla: (Art. 7.1) *“En la fase de instrucción el tribunal resolverá cuestiones preliminares, confrontará el acceso a los medios de prueba y la posible exhibición y práctica de prueba, y establecerá el calendario para las actuaciones sub siguientes; (Art. 7.3) Toda prueba que no pudiera practicarse en la fase de instrucciones se practicara en la audiencia plenaria siguiendo el principio de concentración”*. Cfr. HAZARD G, STÜRNER, R, TARUFFO, M y GIDI, A, *Principios fundamentales del proceso Civil Transnacional*, en Revista de la facultad de Derecho de la pontificia universidad católica del Perú, No. 54, (diciembre de 2.001) p, 254 - 255.

<sup>100</sup> ROJAS GÓMEZ, M, *El proceso civil colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2ª edición, 2.003, p. 30.

<sup>101</sup> Ídem, p. 31.

<sup>102</sup> Art. 29 y 16 de la C.C.



gratuidad del servicio de la justicia, a lo que se adicionaría la figura del “amparo de pobreza”, como mecanismo para garantizar la asistencia letrada en el juicio, respecto de los no habientes.

En lo que definitivamente no ha habido un acercamiento del sistema procesal que rige el proceso colombiano y el modelo de los “principios generales del proceso civil transnacional”, es en la división del proceso en una estructuración tripartida a la manera tradicional del *common law*.

#### **Pregunta No. 4 Estudios de derecho comparado**

**¿Los proyectos de reforma procesal civil son, en su país, precedidos por estudios de derecho comparado?**

El recuento sobre las reformas procesales muestra que en la mayoría de los casos, estas han sido concebidas dentro de los esfuerzos para paliar los principales problemas de la justicia en general, principalmente la morosidad judicial, la corrupción y la litigiosidad, que son en suma, fenómenos predicables a todo tipo de proceso, no solo del civil; adicionalmente, son muchas las reformas que se encuentran vigentes.

Algunas reformas procesales han ensayado figuras jurídicas que aparecen y desaparecen estacionariamente según su pasajero éxito o fracaso, como en el caso de la perención o de la audiencia de conciliación dentro de los procesos ejecutivos<sup>103</sup>.

Desde otro punto de vista, debe resaltarse que el código mismo, así como sus primeras reformas fueron resultado de la concesión de facultades extraordinarias al poder ejecutivo, a fin de presentar los proyectos de modificación, previa elaboración por parte de comisiones de

---

<sup>103</sup> Recuérdese como el Decreto 2651/ 1.991 en su Art. 7º introdujo esta audiencia, el Art. 102 de la Ley 446/ 1.998 lo convirtió en legislación permanente, en tanto el Art. 102 de la Ley 794/ 2.003 lo derogó y en cuanto a la perención, su inclusión a través del Decreto 2282/ 1.989, su derogatoria a través del Art. 70 de la Ley 794/ 2.003 y su nueva puesta en escena a través de la Ley 1194/ del 9 de mayo de 2.008, con el nombre de “desistimiento tácito”.



académicos o funcionarios judiciales, quienes lejos de emprender sistemáticamente estudios de derecho comparado, fundaron sus propuestas en las necesidades prácticas del ordenamiento jurídico.

Ello demuestra que tales modificaciones, lejos de constituir un esfuerzo consciente de armonización de la normatividad nacional con las tendencias internacionales en materia procesal transnacional, han pretendido la solución de las patologías coyunturales de la justicia, siendo solo destacable la introducción de la audiencia preliminar del Art. 101 del C.P.C., como intento consciente de armonizar la legislación nacional con el anteproyecto del código Procesal civil Modelo para Iberoamérica.

#### **Pregunta No. 5. Retroceso en la distinción: *civil law* y *el Common law***

**¿Constata usted en su país un retroceso de la distinción clásica entre *common law* y *civil law* en materia de proceso civil? ¿En qué instituciones o principios?**

Como hubo oportunidad de advertirse en la primera respuesta, los caracteres distintivos del *Civil Law* y el *Common Law* frente a las instituciones procesales, han venido desvaneciéndose, siendo más frecuente su coexistencia en los ordenamientos procesales; Actualmente, las diferencias y contrastes entre sistemas jurídicos se han venido diluyendo, posiblemente porque “*otros problemas en el campo de la justicia civil, y muchos legisladores han asumido orientaciones de reforma más pragmáticas y menos inclinadas ideológicamente*”<sup>104</sup>.

Lo anterior es un fenómeno generalizado en el ámbito procesal colombiano a través de instituciones como la oralidad, la introducción de la audiencia preliminar, así como el robustecimiento de los mecanismos alternativos de solución de litigios, aun cuando existen

---

<sup>104</sup> TARUFFO, M, *Sobre las fronteras*, escritos sobre la justicia civil, (trad) Beatriz H, Quintero de Prieto, Temis, Bogotá, p, 65.



razones históricas por las que dicho sistema es preponderantemente del *Civil Law*; así, en el reconocimiento de las diversas etapas procesales, es de resaltar la tendencia del ordenamiento procesal civil colombiano al proceso por audiencias consecutivas de acuerdo con el principio de concentración, lo que sucede preponderantemente en los procesos verbales de mayor y menor cuantía<sup>105</sup>, donde se establece la posibilidad de que todo el trámite se evacue en una sola audiencia.

Empero, en el proceso civil colombiano persiste la tradición denominada “bifásica”<sup>106</sup>, propia del *Civil Law*, pues el C.P.C., prevé una audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio, que como su nombre lo indica, apunta al estudio de los requisitos de procedencia y forma para la resolución de fondo posterior<sup>107</sup>. Su primera fase, se destina como un espacio de deliberación y participación de las partes con el fin de terminar anticipadamente el conflicto a través de la figura de la conciliación.

Con base en lo anterior, es posible concluir que en el sistema procesal colombiano, se ha suscitado un retroceso en la distinción clásica entre los sistemas del *common law* y *civil law*.

## Tema II. Leyes modelos

### Pregunta No. 6. Convenciones y tratados internacionales

**a) En qué medida la jurisprudencia de su país acoge los principios de las convenciones y tratados internacionales (Convención Americana sobre Derechos del Hombre, textos de la Unión Europea, Convención Europea de los Derechos Sociales y Culturales, etc.) y la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales (Corte Interamericana de los Derechos del**

---

105 Art. 432. C.P.C., Par. 6. (...) Cumplido lo anterior, el juez proferirá sentencia en la misma audiencia, si le fuere posible. De lo contrario suspenderá ésta por diez días, y en su reanudación la pronunciará, aun cuando no asistan las partes ni sus apoderados. En la audiencia en que se profiera la sentencia se resolverá sobre la apelación o la consulta, si fuere el caso. Par. 7. En la audiencia podrá utilizarse el sistema de grabación electrónica o magnetofónica, siempre que se disponga de los elementos técnicos adecuados y así lo ordene el juez (...)

<sup>106</sup> TARUFFO. M. Ídem.

107 Art. 101 C.P.C.



**Hombre, jurisdicciones europeas y otras)? Indicar las principales materias a los que aquellas han sido aplicadas.**

**b) ¿Los tribunales de su país han resistido a veces seguir la jurisprudencia en materia de procedimiento civil de una jurisdicción internacional (por ejemplo la Corte Europea de Derechos Humanos) dictando decisiones en sentido contrario u opuesto?**

A fin de dar respuesta a estas preguntas, conviene referirse en primer lugar, a los “principios de índole procesal” contenidos en diferentes instrumentos internacionales, a su aplicación por parte de los tribunales internacionales, para luego establecer su compatibilidad con el ordenamiento jurídico procesal colombiano y su recepción en la jurisprudencia nacional. Para tal efecto, se analizará sucintamente i) el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos<sup>108</sup> y la ii) Convención americana sobre derechos humanos (o Pacto de San José de Costa Rica)<sup>109</sup>, adicionada con una breve referencia sobre el Convenio Europeo de Derechos humanos, cuya aplicación en la práctica procesal civil colombiano no ha resultado cotidiana, probablemente porque escapa a su rango de aplicación territorial.

En el “Pacto Internacional de derechos civiles y políticos”, se reconocen los siguientes principios procesales: i) La igualdad de las personas ante los tribunales y cortes de justicia, ii) el derecho a ser oído públicamente, dentro de un marco de garantías procesales, las cuales comprenden el derecho a un juez competente, independiente e imparcial<sup>110</sup>. Entre tanto, la

---

<sup>108</sup> Celebrado en Nueva York, el 16 de diciembre de 1.966, incorporado en la legislación interna colombiana a través de la Ley 74/ 1.968.

<sup>109</sup> Celebrado el 22 de noviembre de 1.969, incorporado mediante la Ley 16/ 1.972. A través de este instrumento internacional, se creó el “Sistema interamericano”, compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” y la “Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *“El 21 de junio de 1.985, Colombia depositó un instrumento por el cual reconoce la competencia de la Comisión Interamericano de Derechos Humanos (Art. 45) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Art. 62), por tiempo indefinido, bajo condiciones de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a la aceptación o aplicación de la Convención”*. QUINTANA ARANGUREN, J. (Coord) *Colombia y el derecho internacional de los derechos humanos*. Vol. I. obligaciones convencionales de Colombia en materia de derechos humanos, QUINTERO, M, Y TORRES, F, (Compiladores), Universidad Externado de Colombia, 1.995, p.88.

<sup>110</sup> Art. 14, del “Pacto Internacional de derechos civiles y políticos”.



“Convención Interamericana sobre derechos humanos o pacto de San José de Costa Rica”, contempla similares garantías judiciales a las anotadas, pero adiciona: i) el derecho de defensa, ii) la garantía de la no autoincriminación<sup>111</sup> y también iii) el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces o tribunales para amparar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en las leyes o en la misma Convención<sup>112</sup>. En dicha convención se crea también la obligación respecto del Estado, de garantizar la “efectividad del recurso”, es decir que tanto el desarrollo como la decisión, arrojen un resultado ejecutable en torno a la protección del derecho fundamental amenazado o vulnerado<sup>113</sup>.

En cuanto al desarrollo jurisprudencial del tema de las “garantías judiciales” por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, advierte la doctrina que *“no existe un concepto unívoco sobre el derecho de acceso a la justicia ni precisión respecto de su alcance en el ordenamiento jurídico interamericano<sup>114</sup>”*, lo que no ha sido obstáculo para que nuestro ordenamiento jurídico procesal reciba la influencia de la aplicación de los artículos 25 y 8 de la convención, en la creación de nuevas normas procesales, como de la aplicación de las ya existentes, dentro de una perspectiva garantista.

En efecto, la Carta política colombiana, concede plena aplicación a estos instrumentos internacionales gracias al denominado “bloque de constitucionalidad”, por cuya virtud se estableció que *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecerán en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia<sup>115</sup>”*.

---

<sup>111</sup> Art. 8 del “Pacto de San José de Costa Rica”.

<sup>112</sup> Ídem, Art. 25. 1.

<sup>113</sup> Ídem, Art. 25.2.

<sup>114</sup> ACOSTA ALVARADO, P. *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*, en Temas de Derecho Público No. 77. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.007, pág. 18.

<sup>115</sup> Art. 93 C.P.N.





En relación con las garantías procesales consagradas en instrumentos de Derecho Internacional, la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C- 774/ 2.001<sup>116</sup>, consideró que *“el derecho a la presunción de inocencia es uno de aquellos derechos humanos que no son susceptibles de limitación en estados de excepción por lo que las disposiciones internacionales de tratados de derechos humanos ratificados por Colombia en la materia hacen parte del bloque de constitucionalidad”*, lo que también es predicable del derecho fundamental al debido proceso<sup>117</sup>. La adopción de este principio de incorporación de los Tratados Internacionales en el ordenamiento nacional, supera la visión estricta según la cual, la soberanía estatal es un obstáculo de entrada a tales normas supranacionales, lo que ha llevado a *“adoptar una concepción más flexible y más adecuada a los tiempos que corren, que proteja el núcleo de libertad estatal propio de la autodeterminación, sin que ello implique un desconocimiento de reglas y de principios de aceptación universal”*<sup>118</sup>.

Los derechos fundamentales al “debido proceso” (Art. 29 C.N) y “el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia<sup>119</sup>,” tienen como referente los postulados de la Corte Interamericana de Derechos humanos y otros instrumentos internacionales, aun cuando debe advertirse que el derecho a acceder a la administración de justicia es en el actual debate internacional, sólo una parte de un derecho fundamental más amplio, como lo es el “derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>120</sup>”, entendido como *“un verdadero derecho de los particulares, de los sujetos jurídicos, al desarrollo del proceso civil, esto es, al inicio y*

---

<sup>116</sup> MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>117</sup> Art. 29 C.P.N., y Art. 27 de la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre.

<sup>118</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C – 574, 1.992. MP: Dr. Ciro Angarita Barón.

<sup>119</sup> Ubicado en el Capítulo 1 “de las disposiciones generales”. Título VIII “de la rama judicial”. *“Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.*

<sup>120</sup> *“No existe en la Constitución (colombiana) un artículo con contenido similar (al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del Art. 24.1 de la Constitución Española); pero éste pudiera construirse a partir del Preámbulo cuando declara como valor y fin la justicia, el artículo 2º., al señalar como fin del Estado: la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y los artículos 228, 229 y 230 al estatuir como principios la prevalencia del derecho sustancial, el libre acceso a la administración de justicia y el imperio de la ley”* RAMÍREZ GÓMEZ, J, *Vías de hecho*. Acción de tutela contra providencias judiciales, 4ª edición, Ibañez, Bogotá, pág. 230.



*continuación de la actividad jurisdiccional hasta su terminación por un enjuiciamiento sobre el fondo*<sup>121</sup>.

La Corte Constitucional colombiana, haciendo alusión al derecho a la tutela judicial efectiva, precisó que gracias a este derecho fundamental, existe la *“posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”*<sup>122</sup>.

Fundado en el mencionado derecho fundamental, la Corte constitucional ha encontrado contrario a la *“tutela judicial efectiva”*, exigir el *“pago anticipado de la obligación tributaria (a juicio del deudor no debida) cuando justamente es la existencia o el monto de la misma lo que sería objeto de declaración judicial”*<sup>123</sup>; así mismo, que *“Es imperativo que la caución, garantía o condición (de la Acción), sea fijada, no de antemano sino luego de admitida la demanda y repartido el proceso, para que el magistrado la ordene de acuerdo con cada caso”*<sup>124</sup>; finalmente, se concluyó que la exigencia del pago de arrendamientos<sup>125</sup> antes y durante el proceso de restitución de inmueble arrendado (desahucio)<sup>126</sup>, para ejercer el derecho de defensa, no son obstáculos justificados en contra del derecho fundamental a la *“tutela judicial efectiva”*, pues su fin es impedir la eventual dilación del proceso, en desmedro del demandante *“arrendador”*<sup>127</sup>.

<sup>121</sup> DE LA OLIVA, A, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1.980.pág. 20- 21.

<sup>122</sup> C. Const. C 426/2.002, del 29 de mayo. MP: Rodrigo Escobar Gil.

<sup>123</sup> C. Const., Sentencia C599/ 1.992, del 10 de noviembre. MP: Fabio Morón, declaró inexecutable el artículo 26 del Decreto 1746/1.991, que establecía: *“para ejercitar las acciones ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo deberá acompañarse a la demanda el recibo de pago de la multa correspondiente”*.

<sup>124</sup> La C. Const. mediante sentencia C318/1.998, del 30 de junio. MP: Carlos Gaviria D., declaró la inconstitucionalidad del art.7 de la Ley 283 de 1.997, que modificó el decreto 624 de 1.989, que exigía una garantía previa al proceso, sin tener en consideración la capacidad económica del demandante.

<sup>125</sup> Parágrafo 2º del artículo 424 (modificado por la Ley 794/2.003 art. 44) C.P.C.

<sup>126</sup> Siempre que la causal de restitución sea la mora o la falta de pago.

<sup>127</sup> Sin embargo, si el juez advierte que existen serias dudas acerca de la existencia del contrato de arrendamiento, *“ya sea porque han sido alegadas razonablemente por las partes o, porque el juez así lo constató de los hechos que se encuentran probados, no debe exigírsele al demandado para poder ser oído dentro del proceso de restitución de*



El derecho fundamental al debido proceso, actualmente puede entenderse en una de dos vertientes: (i) “*procedural due process*”, o conjunto de reglas mínimas que debe seguir todo proceso<sup>128</sup>, (por ejemplo, derecho al juez imparcial, derecho a aportar y a controvertir las pruebas, principio de contradicción, etc.); y ii) El “*substantive due process*”, en virtud del cual se prohíbe al Estado limitar o privar de derechos fundamentales a los particulares salvo causa justificada; una y otra dimensión han tenido influencia en la jurisprudencia nacional.

De ello da cuenta (entre muchas otras) la sentencia de la Corte Constitucional T – 474/ 1.992, que erigió como núcleo esencial del debido proceso “*el derecho de defensa, el derecho de asistencia de un abogado, el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, el derecho de presentar y controvertir las pruebas, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria y el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (non bis in idem)*”.

Una aplicación del Art. 29 C.P. N., al ámbito civil, es la adición por la Corte Constitucional de una causal de nulidad a las causales legales<sup>129</sup>, consistente en la nulidad “de pleno derecho” de la prueba obtenida con violación del debido proceso<sup>130</sup>.

Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>131</sup>, reúne bajo la denominación “proceso equitativo<sup>132</sup>”, las mencionadas garantías procesales de derecho de defensa, las cuales pueden sintetizarse en “1) *el derecho a un tribunal independiente e imparcial*, 2) *el derecho a acceder a la jurisdicción*, 3) *el derecho a contar con todas las posibilidades de preparar una defensa en igualdad de condiciones*, 4) *el derecho a obtener una*

---

*inmueble arrendado, la prueba del pago o la consignación de los cánones supuestamente adeudados*”. C. Const., Sentencia T- 1082/07, del 13 de diciembre. MP: Humberto Sierra Porto.

<sup>128</sup> Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, R, *Derechos fundamentales y proceso justo*, ARA, Lima, 2.001, pág. 185-188.

<sup>129</sup> Art. 140 C.P.C.

<sup>130</sup> Corte Constitucional, Sentencia C 491/ 1.995. MP: Antonio Barrera Carbonell. Posteriormente desarrollada en las sentencias C 217/ 1.996; C 372/ 1.997.

<sup>131</sup> Denominado Convenio de Roma de 1.950, revisado de conformidad con el Protocolo No. 11 del 1 de noviembre de 1.998.

<sup>132</sup> Art. 6.



*respuesta en un plazo razonable, 5) el derecho a una respuesta acorde a derecho, así como el derecho a que se cumpla lo previsto en ella<sup>133</sup>”.*

Recuérdese, en todo caso, que el desarrollado jurisprudencial de estos aspectos incumbe al Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>134</sup> y que su trascendencia inmediata se presenta dentro de su ámbito regional, esto es la Comunidad Europea, en razón a que las instancias nacionales están en la obligación de proteger los derechos subjetivos derivados de las normas internacionales, motivo por el cual han de contar con mecanismos de tutela judicial efectiva en el derecho interno.

Ello es así, desde las más antiguas decisiones judiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad europea, donde se obliga a los Estados a *“proteger los intereses de aquellas personas sujetas a su jurisdicción que pudieran ser afectadas por cualquier posible violación del tratado, mediante la garantía de una tutela directa e inmediata de sus intereses<sup>135</sup>”*. Siguiendo esta misma línea, el mencionado tribunal, ha establecido que las normas procesales nacionales *“destinadas a asegurar la tutela de los derechos que los particulares adquieren a través del efecto directo de la Derecho Comunitario (sic) no deben ser menos favorables que aquellas que regulan el mismo tipo de acción en un asunto de derecho interno<sup>136</sup>”*.

Como corolario de lo anterior, puede concluirse que la jurisprudencia colombiana no es ajena a la consagración y desarrollo de las garantías procesales erigidas en los distintos instrumentos internacionales y los acoge plenamente especialmente a propósito de la labor de la Corte Constitucional colombiana.

---

<sup>133</sup> ACOSTA ALVARADO, P, *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de derechos humanos: ¿escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?*, en Temas de derecho público, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.008, pág. 29.

<sup>134</sup> Recientemente, el Tratado de la Unión Europea fue modificado por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2.007, y cuya entrada en vigor se dio el 1 de diciembre de 2.009. En su Art. 9 erige al Tribunal de Justicia de la Unión Europea como importante institución (esta comprende el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los Tribunales Especializados).

<sup>135</sup> Asunto 13/68, *Spa Salgoni contra Ministerio Italiano de comercio exterior*, 1.968, pág. 463.

<sup>136</sup> Asunto 45/76, *Comet, Loc.*



## Pregunta No. 7 “Modelización” del proceso civil

**7. En *doctrina*, ¿hay en su país debates sobre la <<modelización>> mundial (o regional) del proceso civil? ¿Cuál es la posición mayoritaria de los autores en esta materia? ¿Cómo han sido recibidos los Principios ALI/Unidroit de Procedimiento civil transnacional? ¿La cuestión de la autonomía procesal de los estados ha sido un obstáculo?**

En el ordenamiento jurídico colombiano, pueden identificarse por lo menos, las siguientes materias en donde se ha debatido la conveniencia de la “modelización” de la normatividad aplicable: i) las leyes modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza; ii) el arbitraje comercial internacional; iii) el Código Procesal Modelo (1.998) y el Código Modelo para los Procesos Colectivos (2.006) del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP), y los Principios de Procedimiento Civil Transnacional de ALI y Unidroit.

Han suscitado estos movimientos de “unificación” y “modelización”, diversos organismos internacionales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL), el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP), el *American Law Institute* (ALI) y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit).

En el tema de la “insolvencia de empresas y comerciantes” rige en Colombia la Ley 1116 de 2006<sup>137</sup>, destacándose los siguientes apartes procesales: “3. *EL Reconocimiento de un proceso extranjero y medidas otorgables (arts. 100 109); 4. La Cooperación con tribunales y representantes extranjeros (arts. 110 a 112), y 5. Los Procesos paralelos (arts. 113 a 116). Amén*

---

<sup>137</sup> Supuestos de aplicación de las normas colombianas sobre insolvencia transfronteriza: *ARTÍCULO 86 Ley 1116/2006. CASOS DE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA. Las normas del presente Título serán aplicables a los casos en que: 1. Un tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia en la República de Colombia en relación con un proceso extranjero, o 2. Sea solicitada la asistencia en un Estado extranjero en relación con un proceso tramitado con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia, o 3. Estén tramitándose simultáneamente y respecto de un mismo deudor un proceso extranjero y un proceso en la República de Colombia. (...)*



*de lo anterior, debemos resaltar que salvo por unas pocas ocurrencias del legislador, el texto del Título III de la ley 1116 de 2006 coincide con el de la ley modelo que lo inspiró*<sup>138</sup>. Antes de que la ley 1116 de 2006 acogiera la “Ley modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza”, la doctrina, abogaba porque no se realizara el movimiento de unificación<sup>139</sup>, fundado en que la transposición de tales normas jurídicas en Colombia “*es un gravamen innecesario que hace el país sin reciprocidad de los otros países o de comunidades económica a las cuales pertenecemos como la CAN el G3 o el Mercado Común Centroamericano. En el pasado, la base teórica sobre a cual se desarrolla la institución fue excepcional*”<sup>140</sup>.

El debate acerca de la conveniencia de armonizar la normatividad interna con la “Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional”, tiene su punto de tensión a propósito del párrafo 1 del Art. 19 de esta ley modelo que permite a las partes **la regulación de las normas que regirán su proceso arbitral**; se advierte que no es asimilable el arbitraje nacional con el internacional, en razón a que el primero tiene naturaleza jurídica jurisdiccional y el segundo contractual, lo que posibilita que las partes puedan estipular la ley sustancial y procesal aplicable.

Quienes critican la tendencia a adoptar en el ordenamiento jurídico interno las normas internacionales en materia de arbitramento, sostienen la necesidad de analizar previamente su conveniencia en el contexto nacional<sup>141</sup>. Por esta misma línea, asevera la doctrina que la intención de acoger en el ordenamiento interno la ley modelo de UNCITRAL radica en el “*celoso culto que rinde[n] a las potencias extranjeras que están a la espera de que Colombia sucumba a sus pies aprobando estatutos arbitrales concebidos a imagen y semejanza de sus intereses*”

---

<sup>138</sup> SOTOMONTE MUJICA, D, *Insolvencia transfronteriza: evolución y estado de la materia*, 1ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.009, p. 102.

<sup>139</sup> Cfr. SOTOMONTE MUJICA, D, *Reflexiones sobre la insolvencia transfronteriza desde la perspectiva colombiana*. Ponencia. Congreso Internacional de Derecho Mercantil. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 1-2; Cfr. SOTOMONTE MUJICA, D, *La desfiguración de los principios concursales por la ausencia de una normativa transfronteriza unificada*, en *Revista de Derecho Privado*, No. 34, Universidad de los Andes, junio de 2005, Bogotá, p. 105.

<sup>140</sup> PARADA CAICEDO, J, *Aspectos procesales de la insolvencia empresarial*, en memorias del XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, 2008, Bogotá, p. 409.

<sup>141</sup> Cfr. GAMBOA SERRANO, R, *Arbitramento. Ubicación y recursos*, en memorias del XXIII congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, 2002, Bogotá, p. 62.



*empresariales”, y continúa señalando que estos sectores se duelen “de que el parlamento colombiano no hubiese aprobado el engendro del proyecto de arbitraje que pretendió reproducir en Colombia el sistema UNCITRAL de arbitramento, del todo ajeno a nuestras costumbres y necesidades internas”<sup>142</sup>. Reclama la doctrina que no se confunda “el arbitramento interno con el internacional” al quererse “imponer como legislación nacional reglamentos de varios centros de arbitraje que administran controversias internacionales, en las que si tienen sentido algunas determinaciones, que en el concierto patrio resultan definitivamente tan exóticas como inconvenientes”<sup>143</sup>. Se reconoce también que la justicia arbitral padece inconvenientes, pero la superación de estos no se logrará tomando el sistema UNCITRAL, ni reglamentos de centros de arbitraje extranjeros<sup>144</sup>.*

En cuanto al Código Modelo de 1998 para procesos civiles, la doctrina ha considerado que la desformalización, la desjudicialización, la oralidad, la efectividad y la búsqueda constante de la economía procesal, son aspectos que se destacan en las tendencias universales del procedimiento, que motivarían la tendencia a la unificación de los procesos. Se destaca también, la tarea del Instituto Iberoamericano de derecho procesal, por preparar desde el año de 1967, un Código Modelo del Proceso y también se elogia a la legislación Uruguay por acogerlo desde 1988<sup>145</sup>.

Sobre el “Código Modelo de Procesos Colectivos” (CMPC) del año 2006, la doctrina ha instado su “trasplante responsable” en el ordenamiento colombiano, predominantemente para llenar los “vacíos en el sistema de conflictos colectivos en Colombia”, lo que se solucionaría

---

<sup>142</sup> BEJARANO GUZMÁN, R, *El sofá del arbitraje*, en Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, No. 30, Librería ediciones del profesional, 2004, Bogotá, p. 237.

<sup>143</sup> *Ibíd.*

<sup>144</sup> *Ibíd.*

<sup>145</sup> CANOSA SUÁREZ, U, *Palabras en torno al trabajo del instituto sobre un código único de procedimiento*, en Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, No. 31, Librería Ediciones del Profesional, 2005, Bogotá, p. 5 y ss.



tomando los dos numerales del capítulo primero de este código, que se ocupan de un amplio catálogo de definiciones<sup>146</sup>.

Debe advertirse sin embargo, que en su génesis y desarrollo, las acciones colectivas en el ordenamiento colombiano han tenido carácter propio, así, la Ley que regula la materia (Ley 472/ 1.998) es anterior al CMPC (del Año 2.006), lo cual no ha obstado para que, por vía jurisprudencial, se hayan verificado esfuerzos por adoptar aspectos relevantes del Código Modelo<sup>147</sup>, en temas tales como: i) la cosa juzgada de la sentencia que pone fin a la acción popular, en cuya redacción original (Art. 35 de la ley 472) se preveía que *“La sentencia tendrá efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general”*, y como resultado de su declaratoria de exequibilidad condicionada mediante la sentencia C-662 de 2007, se optó por una solución tomada de lo sugerido en el CMPC, consistente en *“que las sentencias que resuelven los procesos de acción popular hacen tránsito a cosa juzgada respecto de las partes y del público en general, salvo cuando surjan con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentales que pudieran variar la decisión anterior”*<sup>148</sup> (negrillas fuera del texto); ii) en la forma de reparación del daño, específicamente en la fijación de indemnizaciones globales a favor del grupo, tal como se abordará más adelante, a propósito de la sentencia del 22 de abril de 2009, proferida por la Corte Suprema de Justicia<sup>149</sup>.

Por último, puede afirmarse que la mayor parte de la doctrina nacional ha pasado por alto los Principios ALI/Unidroit de Procedimiento civil transnacional, a pesar de los esfuerzos que en la materia ha efectuado la Universidad Externado de Colombia en cabeza de su Rector, el Doctor Fernando Hinestrosa quien como representante en la Unidroit, ha iniciado su

---

<sup>146</sup> Cfr. RODRÍGUEZ PRIETO, M, *Vacíos legales de las acciones de clase en la Colombia globalizada del siglo XXI*, en Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, No. 33, Librería Ediciones del Profesional, 2007, Bogotá, p. 233 y 234.

<sup>147</sup> GUAYACÁN ORTÍZ, J, *La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas. Comparación de algunos tópicos entre el ordenamiento colombiano y el Anteproyecto de Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica*, en Revista de Derecho Privado, No. 9, Universidad Externado de Colombia, 2005, Bogotá, p. 38.

<sup>148</sup> Corte Constitucional. Sentencia del 14 de agosto de 2007. Expediente: C-662-07. MP: Rodrigo Escobar Gil.

<sup>149</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP: Edgardo Villamil Portilla. Sentencia del 22 de abril de 2.009. Ref.: Exp. No. 11001-31-03-026-2000-00624-01.





difusión, de lo cual será testimonio la publicación por parte de esta Universidad, del libro “Principios ALI/ Unidroit del proceso civil transnacional”, el cual se encuentra en prensa.

**Pregunta No. 8. Jurisprudencia nacional, principios transnacionales y leyes modelos; contractualización de las reglas de procedimiento en el arbitraje**

**En *jurisprudencia*, ¿los tribunales de su país han hecho alguna referencia a) a los principios transnacionales de procedimiento; b) a las leyes-modelos; c) a los principios fundamentales y universales del proceso? ¿Constató usted alguna influencia de la flexibilidad y la contractualización de las reglas de procedimiento en el arbitraje ante las jurisdicciones estatales?**

A pesar de que existen instituciones en nuestra legislación procesal, que coinciden con algunos principios transnacionales de procedimiento (los desarrollados por el ALI y UNIDROIT) y con los principios fundamentales del proceso, la referencia expresa de la jurisprudencia nacional a estos instrumentos es prácticamente nula; resulta destacable sin embargo, la sentencia C-713 de 2008 (que analizó la constitucionalidad de la ley 1285 de 2009), en la cual se analiza la autonomía judicial, la oralidad como mecanismo rector del proceso civil, la tendencia a la unificación de los procedimientos judiciales, el acceso efectivo a la administración de justicia, la ampliación mecanismos alternativos de resolución de conflictos y su dirección por parte del juez dentro del proceso, entre otras.

Recuérdese que los principios fundamentales del Proceso Civil Transnacional centran su esfuerzo en la i). jurisdicción; ii) La independencia, imparcialidad y competencia del tribunal; iii) La igualdad y el derecho de defensa; iv) El Derecho a la asistencia letrada; vi) la Publicidad; vii) los deberes judiciales respecto de la aplicación del derecho y la apreciación de los hechos, los cuáles se armonizan con el tratamiento colombiano del derecho fundamental al debido



proceso<sup>150</sup>, entendido como aquel *“que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho material<sup>151”</sup>*.

Similar situación acontece con las leyes modelo, de ello da cuenta la Corte Constitucional, a propósito del control de constitucionalidad de la Ley 527 de 1999<sup>152</sup>, en el que esta Corporación, puso de presente la relevancia de las leyes modelo para *“hacer las adecuaciones en los regímenes que sean necesarias para que estén acordes con las transformaciones que han tenido lugar en la organización social, económica y empresarial, a nivel mundial, regional, local, nacional, social y aún personal”<sup>153</sup>*.

Finalmente, debe resaltarse que la Corte Suprema de Justicia colombiana, en el ejercicio de su función jurisdiccional en materia de Acciones de grupo<sup>154</sup> ha tomado como referencia el *“Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”*, como ejemplo de protección de derechos individuales homogéneos, en cuanto a la forma de reparación del daño, en los siguientes términos: *“algunas legislaciones han implementado mecanismos como la fijación de indemnizaciones globales a favor del grupo afectado, las cuales se manejan por fondos especializados y se destinan a actividades a favor del todo, tales como promoción, educación, apoyo o reconstrucción de los bienes jurídicos afectados. Muestra de ello es la Ley brasileña*

---

150 Constitución Política de Colombia. Art. 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. (...)

<sup>151</sup> Corte Constitucional. Sentencia del 12 de enero de 1993. Expediente: T-001 de 1993. MP: JAIME SANIN GREIFFENSTEIN. *El derecho al debido proceso comprende los siguientes derechos: a) El derecho a la jurisdicción, que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces (...) b) El derecho al juez natural, (...) c) El derecho a la defensa judicial, (...) d) El derecho a un proceso público, (...) e) El derecho a la independencia del juez, (...) f) El derecho a la imparcialidad del juez, (...)*”.

<sup>152</sup> “por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”, la cual está basada en la “Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI- sobre Comercio Electrónico”.

<sup>153</sup> Corte Constitucional. Sentencia del 8 de junio de 2000. Expediente: C-662-00. MP: Fabio Morón Díaz.

<sup>154</sup> Al tenor del artículo tercero de la ley 472 de 1998 son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.



7347 de 24 de Julio de 1985, así como el Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica<sup>155</sup>”.

Tal y como quedó expuesto líneas atrás, la posibilidad de que las partes puedan darse su propias reglas de procedimiento en el proceso arbitral, ha experimentado varias fases de evolución, teniendo como punto de partida el texto original de la Ley 270 de 1996, que en su artículo 13, permitía a los particulares darse sus propias reglas de procedimiento. La Corte Constitucional, en sede de control automático de constitucionalidad determinó declarar exequible la mencionada norma, aclarando que *“los particulares, en aquellos casos no previstos por el legislador, pueden fijar sus propias reglas para el ejercicio de su labor de impartir justicia, siempre y cuando se ajusten a los parámetros establecidos en la Constitución y en la ley”*<sup>156</sup>. Posteriormente, la misma Corporación destacó la naturaleza procesal del arbitramento y en ese sentido declaró *“que la voluntariedad del arbitramento no excluye que la ley regule la materia, pues el arbitramento es un verdadero proceso, a pesar de que sea decidido por particulares, y por ello está sujeto a ciertas regulaciones legales, en especial para asegurar el respeto al debido proceso”*<sup>157</sup>.

No obstante en otros casos, la jurisprudencia constitucional ha sido más flexible frente a la potestad de los particulares en la configuración de las reglas de procedimiento en el arbitraje, así en el año 1999 la Corte precisó que *“la justicia arbitral implica la suscripción voluntaria de un contrato o negocio jurídico, por medio del cual las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria y acuerdan someter la solución de cuestiones litigiosas, que surgen o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, a la decisión de árbitros, para lo cual*

---

<sup>155</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP: Edgardo Villamil Portilla. Sentencia del 22 de abril de 2.009. Ref.: Exp. No. 11001-31-03-026-2000-00624-01.

<sup>156</sup> Corte Constitucional. Sentencia del 5 de febrero de 1996. Expediente: C -037-96. MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>157</sup> Corte Constitucional. Sentencia del 28 de noviembre de 2002. Expediente: C-1038-02. MP: Eduardo Montealegre Lynett.



***determinan un procedimiento que ellos establecen o se remiten al previsto en la ley***<sup>158</sup>

(negritas fuera del texto).

Siguiendo la línea argumentativa de resaltar la naturaleza procesal del arbitramento, la Corte Constitucional en el año 2007, desestimó la tesis inicialmente sostenida sobre el carácter residual de la voluntad de las partes en el establecimiento de las reglas de procedimiento en el arbitraje. En esta oportunidad expresó: “...por lo tanto, a la luz de los artículos 29 y 116 de la Carta Política, **cuando los particulares no establezcan un procedimiento específico, corresponde al Legislador regular la materia**”<sup>159</sup>. Basó este pronunciamiento en el artículo 112 de la ley 446 de 1998 y el 116 del decreto 1818 del mismo año, reproducción del anterior<sup>160</sup>.

En el año 2009, la ley 1285, reformó el texto de la ley 270 de 1996 y en lo tocante al proceso arbitral dispuso: “Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: ...3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso”.

La disposición en comento demostró un interés explícito del legislador en que la autonomía de las partes tuviera preeminencia sobre los procedimientos legalmente establecidos, siempre y cuando no intervenga como parte el Estado y se respete el debido proceso. En sentencia C 713 de 2.008 de control automático de constitucionalidad de la ley estatutaria de la administración de justicia, ley 1285 de 2009, la Corte Constitucional dispuso la exequibilidad de la norma bajo examen, dado que los procedimientos arbitrales se rigen

---

<sup>158</sup> Corte Constitucional. Sentencia del 17 de marzo de 1999. Expediente: C-163-99. MP: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>159</sup> Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2007. Expediente: SU147-07. MP: Manuel José Cepeda.

<sup>160</sup> Reza el texto de las mencionadas disposiciones: “El arbitraje podrá ser independiente, institucional o legal. El arbitraje independiente es aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto; institucional, aquel en el que las partes se someten a un procedimiento establecido por el Centro de Arbitraje; y legal, cuando a falta de dicho acuerdo, el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes”



esencialmente por el principio de voluntariedad, y en esa medida la autonomía privada es prevalente.

En conclusión, se puede señalar que en el campo del arbitraje nacional, la jurisprudencia (de la mano de las mencionadas reformas procesales) ha oscilado entre las tesis de la permisón y de la prohibición a los particulares para que provean sus propias reglas de procedimiento. No ha existido unidad en la materia. Empero, las últimas decisiones legales y jurisprudenciales han tendido a la contractualización de las normas procesales en el arbitramento como principio general y bajo esta óptica, existen dos clases de procesos arbitrales: el “estatal” (donde una partes es el Estado) en el que las partes no pueden modificar ni darse las propias reglas de procedimiento y el “particular” donde la citada posibilidad si es procedente (Art. 6 Num. 3 de la Ley 1285/ 2.009, mediante el cual se modificó el Art. 13 de la Ley 270/ 1.996, y Sentencia C713/ 2.008).

#### **Pregunta No. 9 Compatibilidad del procedimiento civil con los principios ALI/ Unidroit**

**¿Su Derecho nacional del procedimiento es incompatible con ciertos Principios transnacionales de procedimiento ALI/Unidroit? Si es así, ¿con cuáles? ¿Diría usted globalmente que los Principios ALI/Unidroit son más bien compatibles o incompatibles con sus reglas de procedimiento civil? ¿Los principios ALI/Unidroit, de procedimiento civil transnacional han influenciado las reformas recientes del procedimiento civil en su país?**

Tal y como se anticipó en la respuesta a la pregunta No. 3, el ordenamiento jurídico procesal colombiano es compatible con los principales “Principios fundamentales del Proceso Civil Transnacional ALI/ Unidroit”, en virtud de la existencia de lugares comunes, tales como la preocupación por la independencia, imparcialidad y competencia del tribunal, la igualdad y el derecho de defensa, el derecho a la asistencia letrada, el derecho de audiencia, así como el inicio del proceso por demanda de parte junto con amplios poderes de dirección formal y



material por parte del juez, lo que corresponde a un sistema mixto, en tanto la estructuración “tripartida del proceso”, luce como principal diferencia, puesto que ésta última es propia del *common law*”.

Adicionalmente, se reitera que las reformas procesales acaecidas en los últimos quince (15) años, a pesar de poder hacerse compatibles con los “principios fundamentales del proceso civil trasnacional”, no fueron resultado de una tarea de “armonización”; sino como respuesta a los principales problemas de la justicia en general.

### **Tema III. Preguntas suplementarias para los relatores nacionales de Iberoamérica**

#### **Pregunta No. 1 Código Modelo Procesal Civil**

**¿En qué medida el ordenamiento procesal civil de su país recoge los principios típicos del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica, de 1988?: a) oralidad ante jueces unipersonales con apelación ante una cámara superior; b) poderes del juez ordenatorios e instructorios; c) intermediación y concentración; d) audiencia preliminar; e) proceso monitorio; f) procesos sociales; g) otras instituciones.**

El Código Procesal Civil Modelo (CPCM) establece un modelo mixto de actuaciones procesales, en las que se combina la oralidad con los actos escritos, por lo que su principal característica sería la de contener un trámite de audiencias<sup>161</sup>; Por su parte, el Código de Procedimiento Civil Colombiano (CPCC), está fundamentalmente estructurado a partir de un modelo básico denominado proceso “ordinario” eminentemente escrito, junto al cual se erigen

---

<sup>161</sup> Los artículos 76 a 81 de la normativa modelo, se encargan de sentar las reglas que deben cumplir los escritos que alleguen las partes al proceso. Así mismo, los artículos 95 a 98 contienen las disposiciones que se aplican para el desarrollo de las audiencias, señalando, éste último, el contenido del acta que recoge lo sucedido dentro de este acto procesal.



procesos abreviados, verbales y verbales sumarios, que como su nombre indican tienden hacia la oralidad y unicidad de audiencia<sup>162</sup>. No obstante, como se indicó antes, con la nueva ley de descongestión judicial, Ley 1395 del 12 de julio de 2.010, a partir del 11 de enero de 2011 y en fecha que ha de definir el Consejo Superior de la Judicatura, desaparecerán los procesos ordinario y abreviado, los cuales serán sustituidos por los procesos verbales de mayor y menor cuantía y los verbales sumarios, todo dentro del propósito de adentrar la justicia colombiana en la oralidad. Una vez entren a operar estas modificaciones, es de esperar que tanto los jueces unipersonales como los colectivos, han de tramitar y fallar los asuntos en un proceso que tenderá más a la oralidad.

De otro lado, el CPCC, posee en su organización judicial dos tipos de jueces, unos de carácter unipersonal, y otros colegiados, cuyas funciones se encuentran determinadas por la naturaleza del asunto y la cuantía de las pretensiones, lo que permite a los colegiados conocer, en la mas de las veces, de la segunda instancia de los asuntos de mayor importancia económica; de esta forma, los **jueces unipersonales** conocen siempre de la primera instancia (y en pocos casos de la segunda instancia) de asuntos de poca o mediana importancia económica, como por ejemplo en el caso de jueces civiles municipales, jueces civiles del circuito y jueces de familia, mientras los jueces colegiados, organizados en salas de decisión civil, de familia o agrarias, integran los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en donde conocen preponderantemente de recursos de apelación y de consulta.

En cuanto a los **poderes ordenatorios e instructorios al juez**, el CPCM prevé encarga al juez importantes poderes para i) sanciones para los sujetos procesales, en los términos que señala la ley, ii) esclarecer la verdad sobre los hechos controvertidos; iii) tomar las medidas necesarias para evitar nulidades; y iv) la posibilidad consagrada en la nueva ley de descongestión judicial, Ley 1395 del 12 de julio de 2.010, en virtud de la cual, los jueces que no fallen sus asuntos en primera instancia dentro del plazo de un año, o los de segunda instancia que lo hagan en seis meses, perderán competencia para fallar y pueden ser sancionados

---

<sup>162</sup> La demanda, la contestación, la proposición de excepciones previas, la demanda de reconvencción y, en general, cualquier acto que se ejerza se realiza a través de memoriales escritos que se allegan al despacho del juzgador.



disciplinariamente.. De estos deberes-poderes, sobresale la potestad del rechazo de plano de la demanda cuando esta sea manifiestamente improponible<sup>163</sup>, siendo esto último un poder no consagrado en el CPCC, en el que son taxativas las causales para el rechazo de la demanda y sin que se contemple dicha posibilidad. Por el contrario, en la reciente ley de descongestión judicial, Ley 1395 del 12 de julio de 2.010, se desechó esa posibilidad, la cual fue ampliamente discutida en la academia y en el seno del Congreso.

Sin embargo, el juez civil colombiano cuenta con facultades disciplinarias para sancionar con multas, arrestos, expulsar de las audiencias, u ordenar la devolución de los memoriales irrespetuosos<sup>164</sup>, aunado a los poderes de instrucción, (Art. 179 del CPCC decreto de pruebas oficioso) para verificar los hechos relacionados con las alegaciones de las partes, con la limitación de que, en el caso de testigos, sus nombres deberá aparecer mencionados en otras pruebas o al menos otro acto procesal de las partes.

Sobre **la inmediación y concentración**, el artículo 8 de CPCM exige que las audiencias o las diligencias de prueba, deben ser presididas *“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”*. De la misma manera, el artículo 10 del mismo cuerpo normativo dispone que *“Los actos procesales deberán realizarse sin demora, tratando 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”*, consagrando así estas reglas técnicas<sup>165</sup>. En el caso colombiano, aunque podría estar consagrado como ideal, no tiene mayor realización práctica y sólo podría encontrarse en la audiencia del Art. 101 del C.P.C.<sup>166</sup>.

Se exceptúan legalmente de la inmediación, la comisión para la práctica de pruebas como una excepción que se justifica en la falta de competencia territorial de quien comisiona<sup>167</sup>. No obstante, dicha posibilidad se ha establecido aún para los magistrados

---

<sup>163</sup> Artículos 33.1 y 112.2 del CPCM. Cfr. Las bases para la preparación del código procesal civil Modelo.

<sup>164</sup> Cfr. Artículo 39 del CPCC y 60A de la ley 270 de 1996, modificado por la ley 1285 de 2009.

<sup>165</sup> Dichas reglas técnicas también son exigidas por los artículos 95 y 96 del Código Modelo.

<sup>166</sup> Cfr. Artículo 110 CPCC

<sup>167</sup> Cfr. Artículos 31 y ss del CPCC





auxiliares del Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura y la Corte Suprema de Justicia, quienes por su carácter de altos tribunales, tienen competencia en todo el territorio nacional. En suma, puede comisionarse de manera irrestricta a los magistrados auxiliares de las altas cortes, sin importar que estas sean o no competentes<sup>168</sup>.

El Código Modelo establece una **audiencia preliminar**, con el objeto de que las partes intenten la conciliación, sanen el proceso, acojan lo que el juez resuelva sobre excepciones previas y fijen el litigio, que la legislación colombiana ha recibido para los procesos ordinarios, abreviados y los verbales, la cual se llevará a cabo una vez esté contestada la demanda principal y, si la hubiere, la de reconvención<sup>169</sup>.

Realmente, es este un acto procesal que no resulta extraño para el procesalismo nacional, y es allí donde se ven la mayor convergencia entre el CPCM y el CPCC. Adicionalmente, la ley 640 de 2001 prevé como requisito de procedibilidad de las demandas a tramitarse mediante procesos ordinarios y abreviados, la realización de una audiencia de conciliación extrajudicial en derecho como presupuesto para formular la demanda; esta exigencia se trasladará ahora a los procesos verbales, una vez entre a regir la nueva Ley 1395 del 12 de julio de 2010, de descongestión judicial, la cual prevé que desaparecerán los procesos ordinarios y abreviados y serán reemplazados por los verbales.

Los artículos 311 a 316 del CPCM regulan lo que se conoce como “**Proceso monitorio**”, el cual consiste en una estructura procesal que tiene como fin la creación de títulos ejecutivos. En efecto, el acreedor acude ante el juez con el objeto de que se confeccione este particular documento y, posteriormente, se realice la ejecución<sup>170</sup>. Para la regulación procesal civil colombiana, este trámite resulta extraño, porque únicamente en dos casos permite la ejecución imperfecta, esto es, aquella que se lleva a cabo sin documento, gracias al interrogatorio de

---

<sup>168</sup> Cfr. Artículo 93 de la ley 270 de 1996, modificado por la ley 1285 de 2009

<sup>169</sup> Artículo 101 del CPCC

<sup>170</sup> En algunas legislaciones basta la afirmación del acreedor para poder darle curso a la estructura monitoria.



parte que absuelve el ejecutado<sup>171</sup>, o de las diligencias previas que tienen como objeto satisfacer la exigencia de que en el título conste una obligación clara, expresa y exigible.<sup>172</sup>

El CPCM conoce como **procesos sociales**, los relacionados con menores de edad, asuntos laborales y agrarios, para los cuales proclama la necesidad de la inmediación, concentración, publicidad, abreviación y oralidad, además, para facilitar el acceso de los jueces *“en zonas apartadas y especialmente para los procesos sociales, la ley podrá establecer la intinerancia (sic) del Tribunal y éste disponer las sedes en que actuará”*<sup>173</sup>. En Colombia, los procesos sociales tienen una regulación dispersa y autónoma, pues la jurisdicción agraria es regulada por el decreto 2303 de 1989<sup>174</sup>, los procesos de laborales<sup>175</sup> por el Decreto-ley 2158 DE 1948, modificado por las leyes 712 de 2001 y 1149 de 2007 y los asuntos de familia por la ley 1098 de 2006 y el decreto 2737 de 1989, por lo que fuerza concluir que, respecto de este tipo de procesos no existe una regulación similar en el C.P.C.

## **Pregunta No. 2. Código Modelo de Procesos Colectivos**

**¿En qué medida el ordenamiento procesal de su país recoge los principios típicos del “Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2006”? a) legitimación extraordinaria; b) requisitos de la demanda colectiva y representatividad adecuada; c) anticipación de la tutela; d) derechos individuales homogéneos; e) cosa juzgada; f) otras instituciones**

---

<sup>171</sup> artículos 488 y 294 del CPCC

<sup>172</sup> la primera parte del artículo 489 del CPCC establece el reconocimiento de documento, el requerimiento para constituir en mora al deudor, la notificación a los herederos, en caso de muerte del deudor, o al deudor cuando se de la cesión del crédito.

<sup>173</sup> Artículo 23.2 del CPCM

<sup>174</sup> Establece esta normatividad para los asuntos agrarios una audiencia preliminar y otra para la práctica de pruebas. Consagra también, el principio de la concentración, al ordenar la cercanía de las fechas para evacuar los actos procesales.

<sup>175</sup> Los asuntos laborales se desarrollan por medio dos audiencias: una audiencia preliminar y otra de trámite y juzgamiento. Además, las actuaciones y la práctica de pruebas se llevarán a cabo por audiencias, so pena de nulidad.



Debe advertirse de entrada, que el ordenamiento jurídico colombiano cuenta desde el año 1.998 con una Ley especial que regula las acciones colectivas (Ley 472/1.998 por la cual se desarrolla el Art. 88 de la Constitución Política<sup>176</sup>), razón por la cual, no puede aseverarse en estricto sentido, que el “Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, aprobado en el año 2006, hubiere influenciado la redacción del primer estatuto en el tema de las acciones para la protección de los derechos difusos y los derechos individuales homogéneos.

Sin embargo, un contraste entre las mencionadas disposiciones, en los temas de i) legitimación extraordinaria; ii) requisitos de la demanda colectiva y representatividad adecuada; iii) anticipación de la tutela; iv) derechos individuales homogéneos; v) cosa juzgada, es posible encontrar más similitudes que contradicciones, como pasará a observarse.

De esta forma, mientras el Código Modelo prevé una sola acción genérica (Acción colectiva<sup>177</sup>) para la protección de dos (2) tipos de intereses diversos, la ley 472 de 1998, prevé dos acciones separadas: la Acción popular y la Acción de grupo; la primera equivaldrá a la Acción colectiva procedente para la tutela *“de los intereses y derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria, por una relación jurídica base”* (art 1 CMPC), en tanto la *“Acción de grupo” coincidiría con la dirigida a la defensa de los intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de*

---

<sup>176</sup> Constitución Nacional de Colombia. Art. 88: La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

<sup>177</sup> Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Art 1o. - Ámbito de aplicación de la Acción colectiva - La Acción colectiva será ejercida para la tutela de:

I - intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria, por una relación jurídica base;

II - intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase.



*derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase” ( Art 1 CMPC) .*

En el tema de la Legitimación extraordinaria, la Acción popular colombiana<sup>178</sup>, es clara en conceder una titularidad amplia para su ejercicio a favor de pues cualquier persona natural o jurídica, organizaciones cívicas o populares, etc. Lo que coincide con el Código Modelo<sup>179</sup>, sin embargo, mientras el Código Modelo establece que el requisito de « vinculación del grupo o la clase por circunstancias jurídicas o de hecho » puede dispensarse por el juez fundado en el *“manifiesto interés social evidenciado por la dimensión o característica del daño, o por la relevancia del bien jurídico a ser protegido”*, el régimen colombiano, guarda silencio frente a esta posibilidad.

En la Acción de grupo prevista en el sistema colombiano, en el tema de la legitimación en la causa por activa<sup>180</sup>, se prevé que cualquier persona natural o jurídica, que haya sufrido un daño junto a un número plural de personas por una causa común, puede interponer esta Acción, legitimando también a algunas instituciones y organismos públicos. En este evento, quien demanda ha de ser uno más de los perjudicados, razón por la cual podrá demandar sólo o

---

178 Art. 12. TITULARES DE LAS ACCIONES. Podrán ejercitar las acciones populares: 1. Toda persona natural o jurídica. 2. Las organizaciones No Gubernamentales, las Organizaciones Populares, Cívicas o de índole similar. 3. Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su Acción u omisión. 4. El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, (...)5. Los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses.

<sup>179</sup> Art. 30. Legitimación activa.- Son legitimados concurrentemente a la Acción colectiva: I – toda persona física, para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho; II – el miembro del grupo, categoría o clase para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base y para la defensa de intereses o derechos individuales homogéneos; III - el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y la Defensoría Pública; IV – las personas jurídicas de derecho público interno; V – las entidades y órganos de la Administración Pública, directa o indirecta, aun aquellos sin personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos protegidos por este Código (...)

180 ARTICULO 48. TITULARES DE LAS ACCIONES. Podrán presentar acciones de grupo las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual conforme lo establece el artículo 47.

El Defensor del Pueblo, los Personeros Municipales y Distritales podrán, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer acciones de grupo en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión. En este caso será parte en el proceso judicial junto con los agraviados.

PARAGRAFO. En la Acción de grupo el actor o quien actúe como demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia Acción, ni haya otorgado poder.



en compañía de otras personas que estén en la misma situación, y en tal caso, tendrán la vocería de todos los demás miembros del grupo.

Debe resaltarse que el artículo 46 de la ley 472/ 1.998, establece una condición respecto del grupo consistente en que *“un número plural o un conjunto de personas **que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad**”* (negrillas fuera del texto), lo que fue interpretado por el Consejo de Estado, como “un requisito de preexistencia del grupo », es decir que exista una situación de relación fáctica o jurídica « previa » al padecimiento del daño entre los miembros, de lo cual devendría la potencialidad de ser afectados por una misma causa.

La Corte Constitucional, en sentencia de Constitucionalidad C-569 de 2004, declaró inexecutable la expresión: *“Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad”*, al considerar que la misma iba en contravía de los derechos a la igualdad y al acceso a la administración de justicia, por lo que la interpretación del Consejo de Estado quedaba a partir de tal momento, sin sustento; no obstante lo anterior, ambos regímenes normativos, convergen en la *“necesidad de determinar que sea el origen común de los intereses la circunstancia que permita darle trámite a la Acción colectiva o de grupo a la protección de estos intereses individuales”*<sup>181</sup>.

### **Requisitos de la demanda colectiva y la representatividad adecuada**

El “Código Modelo” establece en su artículo 3 como requisito para ejercer la demanda colectiva, ostentar la “representatividad adecuada”, consistente en la idoneidad del demandante para representar los intereses de la colectividad o los del grupo afectado por

---

<sup>181</sup> GUAYACÁN, J.C, *La Acción popular, la Acción de grupo y las acciones colectivas. Comparación de algunos tópicos entre el ordenamiento colombiano y el Anteproyecto de Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica*, en Revista de Derecho Privado, No. 9, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 51.



daños generados por una causa común, siendo el juez el encargado de la verificación de la credibilidad, capacidad, antecedentes de quien ejerce la Acción; por su parte, el ordenamiento jurídico colombiano no establece tal requisito, incluso en las acciones populares, ni siquiera se exige ser miembro de la comunidad afectada en sus derechos colectivos, en tanto en la Acción de grupo, se debe aseverar que se ha sufrido un daño y que un número mínimo de veinte (20) personas están en su misma situación.

Sin embargo, en la Acción de grupo, aunque la “representatividad adecuada” no constituya requisito para la presentación de la demanda, el artículo 52 numeral 6 de la ley 472 de 1998, obliga a que en la demanda el actor justifique “la procedencia de la acción de grupo”, al mismo tiempo que en el párrafo del artículo 53 de la misma ley, se indica que el juez al admitir la demanda “deberá valorar la procedencia de la acción de grupo”, en lo que tiene que ver con los miembros integrantes del grupo que han sufrido un daño proveniente de una causa común y que participan de unos elementos uniformes de responsabilidad. Adicionalmente, el tema de la “representación adecuada” también tiene relevancia en la etapa de la sentencia, puesto que un miembro beneficiado con el fallo favorable al grupo demandante, puede no acogerse al mismo, alegando el Art. 56 de la ley 472/1.998, esto es que *“sus intereses no fueron representados en forma adecuada por el representante del grupo”*.

### **La anticipación de la tutela**

El “Código Modelo”, prevé en el Art. 5 la posibilidad de deprecar la “tutela anticipada” que se pretende con la Acción colectiva, siempre que *“I - exista fundado temor de la ineficacia del proveimiento final o II - esté comprobado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado”*, mientras que el ordenamiento jurídico colombiano, no prevé esta posibilidad, aun cuando en la Acción popular se prevén amplias medidas cautelares de carácter innominado *“para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere*



*causado*<sup>182</sup>, en tanto en la “de grupo”, se erigen las cautelas del proceso civil ordinario colombiano.

### **Derechos individuales homogéneos**

El Art. 1 del Código Modelo define este tipo de derechos como el *“conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase”*, mientras la norma colombiana, a propósito de las acciones de grupo las define como *“aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas”*<sup>183</sup>.

Así las cosas, siendo una misma categoría conceptual, es claro que en las dos regulaciones existe un mecanismo procesal afín, dirigido a la protección colectiva de derechos subjetivos, aun cuando en el “Código Modelo” se define a partir del objeto de protección: los derechos individuales homogéneos, en tanto en la ley colombiana, se define a partir de los sujetos, esto es, de un número plural de personas que sufrieron un daño por una causa común.

### **Cosa juzgada**

El inciso primero del Art. 33 del “Código Modelo” contempla que *“la sentencia hará cosa juzgada erga omnes, excepto cuando la pretensión fuera rechazada por insuficiencia de pruebas, en cuyo caso cualquier legitimado podrá intentar otra Acción, con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba”*. De esta manera, el litigio que dio origen al litigio colectivo, no puede ser revivido “en caso de sentencia estimatoria”, mientras que, cuando el

---

<sup>182</sup> Ley 472 de 1998. Art. 25

<sup>183</sup> Ley 472 de 1998. Arts. 3 y 46.



fallo es exonerativo, total o parcialmente, faculta a las partes a debatir el mismo litigio con base en nuevos medios de prueba.

La ley 472 de 1998, en lo tocante a acciones populares establece en su artículo 35, que *“la sentencia tendrá efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general”*, sin entrar a distinguir entre hipótesis similares a las del Código Modelo. No obstante, como antes se precisó, la Corte Constitucional en sentencia C – 622 de 2007, si bien declaró exequible el citado artículo, condicionó su exequibilidad a la exigencia de que las sentencias en estos procesos hacen tránsito a cosa juzgada, salvo cuando surjan con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentes que pudieran variar la decisión anterior. Frente a la Acción de grupo se prevén plenos efectos de cosa juzgada respecto de quienes fueron parte en el proceso y de quienes perteneciendo al grupo no manifestaron su voluntad de excluirse del grupo y del resultado del proceso (Art. 66) aun cuando, alegando el supuesto del Art. 56, pueden sustraerse de los efectos de la sentencia por falta de representatividad adecuada o por graves errores en la notificación<sup>184</sup>.

### **Mecanismos alternativos de solución de conflictos**

Tanto en el Código Modelo, como en la ley colombiana (Ley 472 de 1998), frente a la defensa de derechos difusos, colectivos o individuales homogéneos, se prevé en el proceso la terminación del litigio por conciliación<sup>185</sup>. Igualmente, la práctica arbitral registra la convocatoria y decisión de un proceso promovido por unos accionistas minoritarios de un Banco contra una operación realizada por la entidad, litigio que fue decidido mediante proceso arbitral.

### **Liquidación de los perjuicios en acciones de grupo**

---

<sup>184</sup> Ley 472 de 1998. Art. 56

<sup>185</sup> Ley 472 de 1998: Arts 27 y 61. Código Modelo de Procesos colectivos para Iberoamérica: art. 11.





Un aspecto de notoria diferencia entre las regulaciones expuestas, es la determinación, liquidación y ejecución del los perjuicios en las acciones dirigidas a la defensa de los derechos individuales homogéneos. En efecto, en el “Código Modelo”, se establece (Art. 22) que la condena puede ser genérica, fijándose la responsabilidad del demandado y su deber de indemnización, para lo cual se faculta al juez para calcularlo según las siguientes hipótesis: i) Por el valor individual de la indemnización debido a cada miembro del grupo; ii) A través de una fórmula matemática o fórmula de cálculo de indemnización individual siempre que los daños individuales sufridos por los miembros del grupo fueran uniformes. En esta norma se deja en libertad al miembro del grupo no conforme con el monto de la indemnización individual podrá *“deducir una Acción individual de liquidación”*.

En el Art. 23 de la ley modelo, se dispone, acerca de la liquidación y ejecución individuales de la sentencia, que *“podrán ser promovidas por la víctima y sus sucesores, así como por los legitimados a la Acción colectiva”*. Así mismo, que *“en el proceso de liquidación de la sentencia, que podrá ser promovido ante el juez del domicilio del ejecutante, corresponderá a éste probar, tan sólo, el daño personal, el nexo de causalidad y el monto de la indemnización”*.

De lo antedicho es dable concluir que, a pesar de tratarse de un proceso colectivo, la indemnización, liquidación y ejecución son de naturaleza individual, y que su ejecución deberá ser promovida por la parte y corresponderá a un trámite jurisdiccional.

En cambio, la ley 472 de 1998 prescribe en su artículo 65 una solución bien distinta. La indemnización será determinada siempre en la sentencia, en términos de una suma ponderada de las indemnizaciones individuales, es decir un monto global del cual se calcula por aproximación, cuánto le corresponde a cada miembro. Similar a la previsión del párrafo segundo, del artículo 22 del Código Modelo, con la diferencia sustancial que éste se aplica por defecto y aquél como regla única. Además, se fijarán en dicha providencia, los criterios y requisitos que deberán llenar los miembros ausentes del proceso pero que quieran acogerse al fallo.



En el trámite de ejecución de la norma colombiana, es deber oficiosos del juez, pero realizado ante una autoridad administrativa: el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

## **Conclusión**

A pesar de que el Código Modelo se expidió como un intento de unificación de los mecanismos procesales tendientes a la protección de los derechos colectivos, difusos e individuales homogéneos para toda Iberoamérica, el caso colombiano ha tenido una génesis y desarrollo propio, fruto de su adopción legislativa y su desarrollo jurisprudencial. No obstante lo cual, deben resaltarse las coincidencias entre los dos regímenes. Adicionalmente, como se indicó, nuestra Corte Constitucional ha venido por vía de los juicios de constitucionalidad de algunas disposiciones de la ley 472 de 1998, atemperando algunas normas del Código Modelo para Acciones Colectivas preparado por el Instituto Iberoamericano para que surtan efectos en nuestra legislación, como ocurrió en el caso del artículo 35 de la ley 472 de 1998, que por virtud de la sentencia C 622 de 2007, la Corte Constitucional declaró constitucional la regulación de la cosa juzgada en procesos de acciones populares salvo cuando surjan con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentes que pudieran variar la decisión.

En últimas, uno y otro sistema pretende dotar de eficacia a los derechos e intereses que el derecho ha dotado de relevancia jurídica por su papel preponderante en la sociedad actual.

### **Pregunta No.3. Principios, Convenciones y Pactos Internacionales**

En qué medida la jurisprudencia de los tribunales de su país recoge los principios de las convenciones y pactos internacionales (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de Roma, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.) y la doctrina



de los Tribunales internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos y otros); indicando las principales materias en que se aplica (derechos económicos, sociales y culturales; derechos de la institucionalidad democrática; derecho de incidencia colectiva; etc.).

Tal y como se advirtió, los “principios de índole procesal” recogidos en los instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, la Convención americana sobre derechos humanos (o Pacto de San José de Costa Rica) y el Convenio Europeo de Derechos humanos, estructuran un catalogo de garantías para las partes, en temas de igualdad de las personas ante los tribunales, el derecho a ser oído públicamente, el plazo razonable, el derecho a un juez competente, independiente e imparcial, los cuáles tienen plena aplicabilidad en el ordenamiento colombiano a nivel constitucional y legal.

La influencia de tales garantías procesales se ve reflejada en la mencionada sentencia C- 774/ 2.001<sup>186</sup> relacionado con la presunción de inocencia, en la sentencia C599/ 1.992, del 10 de noviembre respecto del derecho fundamental al “debido proceso”<sup>187</sup>, con base en el cual se ha logrado flexibilizar el acceso a la justicia en el plano procesal.

---

<sup>186</sup> MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>187</sup> C. Const. C 426/2.002, del 29 de mayo. MP: Rodrigo Escobar Gil.



## **Adenda a la Respuesta Complementaria al Cuestionario General**

### **TEMA: Reseña jurisprudencial sobre uso de la normativa internacional en la jurisprudencia constitucional sobre los derechos con incidencia colectiva y los derechos económicos, sociales y culturales**

***Ramiro Bejarano Guzmán***

**Sumario:** **1-**. La Pregunta formulada en forma de hipótesis (dos afirmaciones consecutivas); **2-** . En relación con los derechos de incidencia colectiva; **(i)** Derecho de los pueblos indígenas; **(ii)** Derecho al medio ambiente sano; **(iii)** Derecho a la información; **3-**. En relación con los derechos económicos, sociales y culturales; **(i)** Derecho a la educación; **(ii)** Derecho a la Salud; **(iii)** Derecho a la seguridad social; **(iv)** Derecho a una vivienda digna; **(v)** Derecho de los sujetos discapacitados; **(vi)** Derecho al mínimo vital: subsidio de empleo; **(vii)** Derecho de los migrantes; **4-**. Breves conclusiones en relación con las dos afirmaciones consecutivas de la pregunta

#### **1. La Pregunta formulada en forma de hipótesis (dos afirmaciones consecutivas)**

La pregunta formulada en el último mensaje busca constatar dos afirmaciones consecutivas que pretenden demostrar una hipótesis en relación específica con los:



- a. “derechos de incidencia colectiva”
- b. “derechos económicos, sociales y culturales” (de ahora en adelante DESC)

**(primera afirmación)**

En la jurisprudencia que se ha ocupado de estas dos categorías de derechos, se pueden identificar sentencias colombianas que recogen (citan) “principios de las convenciones internacionales, y aún la propia doctrina de los tribunales internacionales”.

De ser verdadera (al menos parte de) la primera afirmación, entonces, constatar si es verdadero que:

**(segunda afirmación)**

En esas providencias que recogen (citan) las convenciones internacionales y la jurisprudencia de los tribunales internacionales se ha verificado, precisamente con base en dicha normativa, una interpretación y una creación *pretoriana* (activismo judicial) de “derechos y situaciones procesales preferentes”. En pocas palabras, mediante la citación de instrumentos normativos internacionales (jurisprudencia, pactos, convenciones, etc.) se verifica la creación y/o la sedimentación eficaz de interpretaciones dirigidas a consolidar *remedios* procesales específicos que garanticen la tutela de derechos (*a* y *b*) vulnerados o en vía de vulneración.

**2. En relación con los derechos de incidencia colectiva**

Como ya fue precisado en la primera respuesta a esta aclaración, en Colombia, el mecanismo procesal prescrito para la tutela de los así llamados derechos colectivos es la acción popular. En la respectiva jurisprudencia, sin embargo, los jueces no han citado normatividad internacional como instrumento argumentativo de sus decisiones.



Ahora bien, dado que no es la acción procesal la que determina la “incidencia colectiva” de los derechos, sin duda, por vía de acciones individuales, por ejemplo la acción de tutela, o por vía de las decisiones de acciones públicas de inconstitucionalidad, los jueces colombianos resuelven controversias en relación con derechos que tienen una indudable “incidencia colectiva”.

En estos términos, si, de un lado, por vía de las acciones populares el juez colombiano ha proveído a tutelar por conexidad los DESC<sup>1</sup> y los derechos fundamentales, por otro lado, en el caso de controversias individuales, los jueces colombianos en sus decisiones también han fijado criterios jurisprudenciales en relación con la tutela y el contenido de derechos colectivos.

En estas decisiones los jueces han citado, sea en la forma de *ratio decidendi*, sea como *obiter dicta*, normativa internacional para justificar sus propias decisiones.

#### (i) Derecho de los pueblos indígenas

La jurisprudencia relativa a la tutela de los derechos de los pueblos indígenas, considerados muchos de ellos como derechos colectivos, es un claro ejemplo del fenómeno apenas descrito, aún cuando los pronunciamientos se verifiquen en decisiones que resuelven acciones de carácter individuales.

Así, en la famosa sentencia de tutela de la Corte Constitucional **T-523/97**, con ponencia de Carlos Gaviria, en relación con la precisión del contenido del derecho a la tutela de la diversidad étnica y cultural (cuya incidencia colectiva ha sido resaltada por gran parte de la doctrina y la jurisprudencia) y, particularmente, para establecer si una sanción impuesta por la autoridad indígena a uno de los miembros de la comunidad, “el fuate”, era constitucional, o si, por el contrario, era una tortura y/o un trato degradante, la Corte Constitucional cita la Convención

---

<sup>1</sup> Sobre este punto remito a la primera respuesta a esta aclaración. Vale la pena señalar, además, que la incidencia colectiva de los DESC es innegable, aun cuando se trata de derechos que la legislación y jurisprudencia colombiana han nominado como estrictamente individuales. Sobre el empleo de normativa internacional para garantizar la tutela de los DESC remito al tercer punto de esta adenda.



contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes y la sentencia *Tyer* proferida por la Corte Europea de Derechos Humanos.

Ambos reenvíos son empleados para justificar la decisión de la Corte constitucional de considerar “el fuente” como una pena que, contrario a cuanto afirmaba el accionante, no puede ser calificado con tortura o trato degradante, en razón del contenido atribuido por la propia Corte a los derechos de los pueblos indígenas.

En el mismo pronunciamiento, esta vez para decidir si otra de las sanciones impuestas al accionante, esta es, el destierro del territorio indígena, era conforme a la Constitución, la Corte citó El Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles (art. 12) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5) para precisar como la prohibición del destierro (art. 38 de la Constitución) se aplica sólo al territorio del Estado y no al territorio indígena y, entonces, para afirmar que la imposición de la sanción del destierro por parte de la autoridad indígena es conforme a la Constitución.

En fin, en términos generales, y para legitimar el ejercicio de la potestad punitiva de las autoridades indígenas frente a miembros del grupo, la Corte cita el Convenio 169 de la O.I.T que en su artículo 9º prescribe que “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional o con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

Otro pronunciamiento referido a la misma categoría de derechos (específicamente para precisar el contenido del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas), la Corte Constitucional en la sentencia **T-979/06**, con ponencia de Nilson Pinilla Pinilla, cita el Convenio 169 para precisar que su Parte Primera resalta y ratifica la importancia del derecho al autogobierno y a la autonomía política de los pueblos indígenas y tribales (art.2, art. 4, art. 8).

En la sentencia **T-379/03**, con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández, la Corte, entre otras cosas, prescribió, con base nuevamente en el Convenio 169 de la OIT (art. 24), y con el objetivo de garantizar el DSEC a la salud y a la seguridad social, prescribe, garantizando al mismo tiempo



derechos colectivos de las comunidades indígenas, que “el derecho de las comunidades indígenas a escoger en forma libre e independiente la institución que administrará los recursos del régimen subsidiado de salud, del cual son destinatarios, es trasunto de su autonomía y tiene por finalidad conservar su integridad y unidad socio-cultural”.

Nuevamente, y con expresa referencia a la sentencia **T-979/06**, en el pronunciamiento **T-703/08**<sup>2</sup> con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa, mediante el empleo del concepto de *Bloque de Constitucionalidad* (para precisar, en consonancia con reiterada jurisprudencia constitucional, que del mismo hace parte el Convenio 169 de la O.I.T.), la Corte cita el artículo 77 para prescribir que “existe para las autoridades colombianas la obligación de adelantar medidas tendientes a garantizar el respeto de la autonomía y el autogobierno de las comunidades indígenas, así como la prohibición de intervenir en asuntos propios de la esfera de gobierno de la comunidad”.

E la misma sentencia, con el objetivo de precisar bajo qué criterios un sujeto puede ser considerado como miembro de una comunidad indígena, la Corte Constitucional cita el art. 1.2. del Convenio 169 O.I.T en el contexto de la fijación del contenido del derecho al autoreconocimiento de los pueblos indígenas.

## (ii) Derecho al medio ambiente sano

En relación con otro tipo de derechos colectivos, derecho al Ambiente Sano, la Corte Constitucional en el caso de una demanda pública de inconstitucionalidad, sentencia **C-443/09**, con ponencia de Humberto Antonio Sierra Porto, mediante la citación de variada doctrina y normativa internacional, aplica a este derecho el principio de progresividad propio de los DESC.

Así, en primer lugar, y en relación con el principio de progresividad de los derechos, la Corte reitera una tendencia jurisprudencial que ha sido, como se verá más adelante, aplicada

---

<sup>2</sup> Esta sentencia, además, resultará relevante en la tercera parte de esta adenda en relación con la tutela de los DESC, particularmente la tutela del derecho a la educación (ver punto tercer de esta adenda).





principalmente al escenario de los DESC<sup>3</sup>. Para este fin cita fuentes normativas internacionales (que hacen parte del bloque de constitucionalidad) como el art. 2.1 del PIDESC (del que se desprende dos contenidos complementarios: gradualidad y progreso o prohibición de regresividad), el art. 1.1. del Protocolo de San Salvador y el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescriben, en diferentes términos, la obligación de los Estados Partes de lograr el desarrollo progresivo de los DESC<sup>4</sup>.

En esta sentencia, además de reiterar el carácter relativo de la prohibición de regresión con base en su propia jurisprudencia (**C-038/04**) y en la doctrina interpretativa elaborada por el Comité de DESC, la Corte lleva a cabo un análisis específico sobre la naturaleza del derecho al ambiente sano. Así, si bien la Corte reconoce que normativamente en Colombia este derecho es nominado como colectivo, en el art. 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de DESC “Protocolo de San Salvador”, el Derecho a un Ambiente Sano es prescrito con la naturaleza de DESC y, entonces, señala la Corte, “a pesar de que en nuestro ordenamiento constitucional este derecho [derecho a un ambiente sano] tiene el carácter de un derecho colectivo esta naturaleza no excluye la aplicación del principio de progresividad, debido a que precisamente el Protocolo de San Salvador, en su artículo 1.1, señala la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.

Además la Corte prescribe (en consonancia con la posición de la Corte expresada en la sentencia **C-038/04** y **C-257/08**) que la doctrina internacional interpretativa de la normativa internacional, salvo que la Corte, caso por caso, considere lo contrario, no hace parte del Bloque de Constitucionalidad. En estos términos, así como en la sentencia **C-038/04** la Corte no dio valor vinculante, sino sólo de doctrina internacional relevante, a las Observaciones Generales del Comité de DESC y a los Principios de Limburgo y Maastricht, en este caso la Corte

---

<sup>3</sup> Ver punto tres de esta Adenda

<sup>4</sup> Sobre este aspecto se regresará en el tercer punto de esta adenda.



hizo lo propio en relación con la Declaración del Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, la Convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas, la Convención sobre diversidad biológica y la doctrina internacional sobre el PIDESC.

### (iii) Derecho a la información

Finalmente llama la atención como la Corte Constitucional ha reconocido la “incidencia colectiva” de derechos que tradicionalmente son considerados principalmente como derechos individuales de naturaleza fundamental. Me refiero, por ejemplo, a la Libertad de expresión, respecto del cual, y por medio de referencias a normativa y doctrina internacional, la Corte en la sentencia **T-391/07** con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa, prescribe, no sólo la dimensión individual, sino también colectiva de la libertad de expresión.

Así, y con referencia explícita a la Corte Interamericana (cita expresamente el caso de “La Ultima Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros), sentencia del 5 de febrero de 2001, al tiempo que reenvía al caso de Ivcher Bronstein, sentencia del 6 de febrero de 2001 y al caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004) y a una opinión consultiva (OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30 sobre “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”)), precisa que la dimensión colectiva *«implica también (...) un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno»,* o *“el derecho de todas [las personas] a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”*. Esta dimensión colectiva es igual de importante que la individual, por lo cual ha de ser protegida en forma simultánea con ésta: *“La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención”*».



### 3. En relación con los derechos económicos, sociales y culturales

Si bien no es posible adelantar un análisis exhaustivo de la jurisprudencia colombiana, si es posible identificar varias providencias, principalmente de la Corte Constitucional, donde, con base en el concepto de Bloque de Constitucionalidad, se cita expresamente, algunas veces como *ratio decidendi* y otras tantas sólo como *obiter dicta*, normativa internacional, con el objetivo de justificar determinadas decisiones dirigidas a tutelar principalmente DESC. Dichas citas (o, mejor, las interpretaciones de los respectivos enunciados normativos) son empleadas, sea con el objetivo de subsumir una determinada situación jurídica en el elenco de los DESC, sea con el objetivo de ampliar el contenido de un DESC reconocido como tal en la normativa colombiana, sea, en fin, con el objetivo de precisar el alcance y la relevancia de la tutela de los DESC y el alcance de determinados remedios aptos para adelantarla.

*Específicamente la jurisprudencia constitucional con base en el concepto de Bloque de Constitucionalidad ha legitimado el empleo del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales para consolidar, así, los principios de Progresividad y de No Regresión en el análisis de la tutela de los DSEC. En efecto, una constante en la jurisprudencia que se analizará a continuación (y alguna de la ya analizada: ver C-443/09 en el anterior numeral) es la constatación teórica según la cual, con base en la interpretación (no sólo) del PIDSEC, las medidas enderezadas a ampliar la garantía de los DSEC se justifican, y se imponen como deber a cargo del Estado (en la medida de lo posible pero hasta el máximo posible), precisamente en razón del carácter progresivo de estos derechos: por ejemplo en la sentencia C-393/07, con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa, donde se cita el numeral 1º del art. 2º del PIDESC y la doctrina del Comité del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, particularmente la Observación General N° 3<sup>5</sup>.*

---

<sup>5</sup> “En ese caso, como en otros, la Corte prescribe que «Sobre los deberes del Estado en materia de derechos sociales es esclarecedor el numeral 1º del artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el cual dispone que cada uno de los Estados Partes de ese Pacto “se compromete a



*Sin embargo, esta posición jurisprudencial ha sido modificada en relación con varios DESC, al considerar que estas situaciones subjetivas pueden ser consideradas como derechos estrictamente fundamentales (no obstante tenga una faceta prestacional) y, entonces, su justiciabilidad puede operar por vía del ejercicio de la Acción de Tutela (por ejemplo en algunas situaciones específicas referidas al derechos a la salud, a la vivienda digna y a la seguridad social), relativizando de este modo, y en casos concretos, el principio de la progresividad, mediante la imposición de garantías inmediatas a estos derechos considerados como fundamentales<sup>6</sup>.*

En el presente análisis, se hará referencia a específicos DESC donde el reenvío a normativa internacional (convenios, acuerdos, sentencias, etc.) y a la doctrina interpretativa de la misma, ha sido particularmente relevante en la argumentación de la Corte.

#### (i) Derecho a la educación

---

adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

Esta norma del PIDESC, que forma parte del bloque de constitucionalidad, ha sido interpretada por el Comité del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su Observación General N° 3, en el sentido de que **“aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de las limitaciones de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato.”** Entre ellas está la de “adoptar medidas”, las cuales “deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.”

En la misma Observación, el Comité del Pacto anotó que cuando la norma citada habla de adoptar medidas “para lograr progresivamente ... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]” se está admitiendo que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general “no podrá lograrse en un breve período de tiempo.” Empero, al mismo tiempo observa que el hecho de que se plantee en el Pacto la progresiva efectividad de los derechos sociales “no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo (...) La frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad, la razón de ser del Pacto que es establecer claras obligaciones para los Estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo.” (negrilla fuera del texto)

<sup>6</sup> Sobre este punto remito a la jurisprudencia citada en este numeral y a las conclusiones.



En la ya citada sentencia de tutela **T-703/08**<sup>7</sup>, con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa (ver numeral 2 de esta adenda), la Corte se ocupa de la garantía del derecho a la educación, específicamente, del derecho a la educación de las minorías, garantizado (también) legislativamente en Colombia mediante una Acción Afirmativa del Estado que asegura cupos mínimos a los indígenas en las universidades del país.

Como ya se precisó anteriormente, el tema por resolver es cómo un indígena puede probar que hace parte de una determinada comunidad y así acceder a los beneficios prestacionales para la garantía del derecho a la educación. Ya se precisó como por medio de la referencia al art. 1.2. y el art. 77 del Convenio 169 O.I.T la Corte garantiza el principio del autogobierno de los pueblos indígenas y el deber del Estado de garantizar la autonomía de los mismos y (citando la parte primera del Convenio) proveer las medidas encaminadas a promover la plena efectividad de sus DESC.

Con estos fundamentos normativos internacionales la Corte establece que no es ciertamente un registro ante el gobierno, o un censo de la dirección de Etnias, lo que determina la pertenencia de un individuo a una comunidad indígena, sino es la propia comunidad la que en ejercicio de su autonomía fija los criterios para acreditar sus propios miembros, aún cuando la Universidad, también en ejercicio de su propia autonomía, fije como requisito el comparecer en el censo estatal de las comunidades indígenas. Esto porque un requisito de este tipo para acceder a los cupos universitarios a comunidades o grupos poblacionales con condiciones especiales resulta gravoso, desproporcionado y, además, contrario a los principios de diversidad étnica y cultural y a la autonomía de las comunidades indígenas.

En relación con las comunidades afrodescendientes, en la sentencia **T-1261/08**, con ponencia de Rodrigo Escobar Gil, la Corte se ocupa del derecho a la educación en el marco de los cupos especiales reservados a esta comunidad como manifestación de una Acción Afirmativa por parte del Estado.

---

<sup>7</sup> Esta sentencia, además, resultará relevante en la tercera parte del trabajo en relación con la tutela de los DESC, particularmente el derecho a la educación (ver punto dos de esta adenda).



La Corte precisa en primera instancia el deber (de origen constitucional y legislativo) a cargo del Estado de tomar las medidas dirigidas a garantizar la participación de las comunidades negras en programas de formación técnica, tecnológica y profesional. La justificación de esta medida, señala la Corte, se encuentra también en normativas internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad: arts. 26 y 27 del Convenio 169 de la OIT relativos a la garantía del derecho a la educación de los pueblos en el respeto de su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

En esta ocasión la Corte resalta, con fundamento en la propia jurisprudencia (**SU-624/99, T-933/05**), como la autonomía universitaria (en el caso particular la fijación del costo de las matriculas) puede ser en ocasiones desproporcional frente a la garantía del derecho a la educación. Así, en el caso concreto, la Corte impone a la Universidad hacer una nueva valoración en atención a la situación económica subjetiva del accionante.

## (ii) Derecho a la Salud

En la sentencia de constitucionalidad **C-811/07**, con ponencia de Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte incluye en la cobertura del plan obligatorio de salud a las parejas del mismo sexo.

Para tal fin, es decir, para garantizar el derecho a la salud (que es un DSEC), la Corte construye una argumentación con base en la garantía de derechos individuales fundamentales (como la no-discriminación, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, etc.), según lo prescrito por la sentencia **C-075/07** y, entonces, según lo prescrito por diferente normativa internacional que hace parte del Bloque de Constitucionalidad, referida principalmente a los derechos prescritos por el art. 24 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y (aunque no vinculante en cuanto no considerado como parte del Bloque de



Constitucionalidad) según los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas donde se señala, no sólo que la prohibición de discriminación en razón del sexo se entiende, también, como la prohibición en razón de la orientación sexual, sino que cuando una distinción que afecte a compañeros del mismo sexo no se construye sobre bases razonables y objetivas “la misma debe considerarse como contraria al artículo 26 del Pacto”.

Otro caso, la sentencia **T-760/08**, con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa, presenta un análisis muy específico sobre la garantía concreta del derecho a la salud en Colombia mediante la fijación de todos los criterios normativos para la garantía del derecho, cuya naturaleza de derecho fundamental es confirmada de manera enfática, no sólo para conceder, de este modo, y no obstante su contenido prestacional, la posibilidad del ejercicio de la Acción de Tutela, sino también para no condicionar necesariamente, y en todos los casos, la garantía del derecho a la salud a los principios de gradualidad y progresividad (permitiendo así, y en casos específicos, la protección inmediata y total del derecho vulnerado).

Más allá de la gran cantidad de especificidades, incluso técnicas, de esta sentencia, lo importante resulta ser, para efectos de la presente respuesta, la extensa referencia a todos los instrumentos internacionales que justifican la decisión. En efecto, además de las constantes citas y reenvíos a las disposiciones internacional con efecto vinculante, y no vinculante (principalmente a la Observación General No 14 (2000) del CIDESC sobre “el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”), la sentencia está acompañada por un extenso anexo de más de 45 páginas que contiene de forma muy detallada la evolución del derecho a la salud en los principales instrumentos internacionales y regionales, de donde se desprende, precisa la Corte, que “definir el derecho a la salud como derecho fundamental es compatible con el lugar y la trascendencia de éste derecho en el ámbito internacional y regional”.

En la sentencia de tutela **T-1243/08** con ponencia de Jaime Córdoba Triviño, como ejemplo de una ya reiterada jurisprudencia en relación con la garantía del derecho a la salud (principalmente la ya citada sentencia de tutela **T-760/08**), la Corte fija el contenido de este derecho y, sobre la base de la interpretación del art. 12 del PIDESC, que reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y con base en las



interpretaciones a esta normativa elaboradas por el Comité de DESC en la Observación General No 14, prescribe como, en cierto casos concretos, para garantizar la efectividad del derecho, el juez deberá aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

En la sentencia **T-274/09**, con ponencia de Humberto Antonio Sierra Porto, en la misma línea jurisprudencial de garantía del derecho a la salud en su calidad de servicio público y derecho fundamental con amplio contenido prestacional<sup>8</sup>, la Corte cita nuevamente el art. 12 del PIDESC en relación con la garantía del disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, que interpreta en el sentido de imponer una labor permanente de actualización y perfeccionamiento en la prestación del derecho a la salud. Igualmente cita como doctrina al Comité de DESC, particularmente la Observación general número 14 del mismo Comité.

Con base en esta normativa internacional y en reitera jurisprudencia, así como atendiendo a la Observación General No 7 del CIDESC, que prescribe la obligación de diseñar acciones judiciales que garanticen la justiciabilidad de los DESC, en esta sentencia se especifica un criterio necesario para poder interponer la Acción de Tutela, aún cuando no se verifique la conexidad entre derechos. De este modo se prescribe, en líneas generales, que la Acción de Tutela será viable en aquellos casos de violación de aquellos derechos inmersos en el derecho a la salud, cuyo contenido se considera esencial para la vida del accionante. En el caso particular se considera que el derecho al diagnóstico es uno de ellos.

### (iii) Derecho a la seguridad social

En la sentencia **T-580/07**, con ponencia de Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte se interroga si es posible ordenar la protección del contenido específico de la progresividad del

---

<sup>8</sup> En la sentencia **T-063/07** (ver el derecho de los sujetos discapacitados) con ponencia del mismo magistrado, la Corte ya señalaba que “esta Corporación ha precisado que este derecho puede transformarse en un derecho subjetivo y bajo determinados supuestos puede entenderse como un derecho fundamental. Tales eventos tienen lugar (i) en razón de su conexidad con otros derechos fundamentales (ii) frente a sujetos de especial protección constitucional como los niños, las personas con discapacidad y los adultos mayores, y (iii) como derecho fundamental autónomo en relación con su contenido mínimo”.





derecho a la seguridad social (la pensión de invalidez en el caso concreto) por vía de la Acción de Tutela.

La Corte resalta, no sólo el carácter de servicio público esencial que tiene la seguridad social en lo relacionado con la salud, sino que la misma es un derecho constitucional, a cuyo cumplimiento se compromete el Estado según las voces del art. 48 de la Constitución.

Además, para resaltar el carácter de derecho protegido por el PIDESC la Corte cita, junto a variada normativa internacional<sup>9</sup>, el numeral 26 de la Observación General número XX del CIDESC que sostiene que, si bien el art. 9 del Pacto, al reconocer la seguridad social como derecho no prevé el nivel de protección, se entiende incluida de forma implícita la protección contra cualquier riesgo que “ocasiona la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas”.

Para efectos de la garantía de estos derechos en los términos previstos por los instrumentos internacionales, la Corte enfatiza (siguiendo la sentencia **T-041/06**) que la distinción entre derechos fundamentales y DESC es meramente académica y su función explicativa no puede ser empleada como criterio judicial orientado al “establecimiento de la contextura de un cierto derecho”. En estos términos, la Corte priva de valor diferenciante la distinción entre derechos prestacionales y derechos no-prestacionales con base, también, en la Observación número 5 del Comité de los Derechos del Niño que precisa que “No hay ninguna división sencilla o digna de fe de los derechos humanos en general, o de los derechos reconocidos por la Convención en particular, en esas dos categorías de derechos (...) El disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales está indisolublemente unido al disfrute de los derechos civiles y políticos”.

Con estas premisas interpretativas la Corte prescribe, con base también en previos pronunciamientos (sentencias **SU-599/99**; **T-406/92**; **T-462/92**; **SU-111/97** y **SU-995/99**), que si bien en principio la acción de tutela no es viable como instrumento para garantizar la

---

<sup>9</sup> “artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona, artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, finalmente, el artículo 11, numeral 1, literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”



justiciabilidad del derecho a la seguridad social, en ciertos supuestos concretos ((i) la transmutación del derecho, (ii) la conexidad con un derecho fundamental, (iii) o en la afectación del mínimo vital), la acción de tutela puede ser interpuesta para pretender la protección del derecho a la seguridad social, dada la prescripción normativa del CIDESC que, según la Observación General número 7 del Comité, consiste en el deber de los Estados de tener presente que asegurar la justiciabilidad de un derecho es relevante para asegurar su eficacia.

En fin, la Corte también cita otros instrumentos internacionales con el objetivo de definir el espectro de protección que garantizan los derechos sociales. Así, hace referencia al art. 2 del PIDESC, al art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y al Protocolo de San Salvador. De estas disposiciones y de los comentarios interpretativos elaborados por el CIDESC se desprende, en el sentir de la Corte, el principio de progresividad (prescrito por la Constitución en el art. 48) que supone, al mismo tiempo, el deber de garantizar un mínimo esencial cuya garantía, como ya se precisó, se puede exigir por vía de la Acción de Tutela.

Llama la atención la sentencia **C-336/08** con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández, donde se reconoce, mediante una sentencia de constitucionalidad interpretativa, el derecho a la pensión de sobreviviente de la pareja homosexual.

Esta sentencia es particular en cuanto su argumentación está dirigida a garantizar el derecho a la previsión social (expresión del derecho a la seguridad social que es un DESC según el art. 48 de la Constitución) se construye con base, no sólo en sentencias de la misma Corte (**C-075/07** y **C-811/07**, ver (ii) de este numeral), sino también en la interpretación de normativa internacional referida a derechos tradicionalmente considerados como fundamentales: derecho a la no discriminación, derecho a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad.

Así, la Corte Constitucional cita el artículo 26 del protocolo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en lo relacionado con la prohibición de cualquier tipo de discriminación en razón (entre otras circunstancias) del sexo; de igual modo, la Corte hace referencia a la doctrina del Comité de Derechos Humanos que ha precisado como la locución 'orientación sexual' está incluida dentro del significado adscrito al término 'sexo' y, en fin, hace



referencia a la Comunicación del Comité de Derechos Humanos en el caso *Young vs. Australia* (Comunicación No 941/2000: Australia 18/09/2003. CCPR/C78/D941/2000).

**(iv) Derecho a una vivienda digna**

En la sentencia de tutela **T-585/08** con ponencia de Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte precisa, siguiendo la misma línea jurisprudencial en relación con el derecho a la salud, que el derecho a la vivienda digna en casos excepcionales puede ser considerado como derecho fundamental (aún cuando no opera el principio de conexidad) y, en esa medida, es viable la acción de tutela. Es decir, aún cuando el contenido del derecho de vivienda digna es principalmente prestacional y su garantía requiere acciones positivas del Estado, las mismas pueden ser impuestas a cargo del presupuesto del Estado cuando el accionante sea de bajos recursos económicos, sin importar que en el caso particular no se verifique una afectación directa de un derecho fundamental tradicional. Lo mismo sucede cuando el contenido abstracto del derecho a la vivienda digna se concretiza en un derecho subjetivo cierto (por ejemplo los casos relacionados con el no-desembolso de subsidios de vivienda ya otorgados), esto en razón del criterio de transmutación (ver sentencia **SU-599/99** y **SU-111/97**).

Esta sentencia se construye con base en la jurisprudencia relativa al derecho a la salud y al derecho a la seguridad social que supera (relativiza) la distinción radical entre los diferentes tipos de derechos humanos reconocidos por los instrumentos internacionales, derechos que indistintamente deben ser garantizados en razón de la estrecha relación entre la dignidad humana y los DESC.

Para esta argumentación la Corte hace referencia al art. 22 de la Convención Universal de Derechos Humanos (que prescribe que “toda persona tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”) y al art. 3 del



PIDESC (que prescribe que “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”).

Ya en relación específica con el derecho a la vivienda digna, la Corte cita (sumado al art. 51 de la Constitución) el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 11 del PIDESC (sumado a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Apartado iii del párrafo e) del artículo 5), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (párrafo 2 del artículo 14), Convención sobre los Derechos del Niño (párrafo 3 del artículo 27), la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (artículo 10), la Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos (párrafo 8 de la sección III), la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (párrafo 1 del artículo 8) y la Recomendación N° 115 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la vivienda de los trabajadores).

De esta forma, y con base en dicha normativa internacional y en jurisprudencia constitucional reiterada sobre los DESC (por ejemplo la sentencia **T-016/07**<sup>10</sup> con ponencia igualmente de Humberto Antonio Sierra Porto), la Corte justifica la calificación de fundamental del derecho a la vivienda digna y la viabilidad de la acción de tutela.

En el mismo sentido, la sentencia **C-444/09**, con ponencia de Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte profundiza la tendencia jurisprudencial en relación con el derecho a una vivienda digna. Para tal fin, reiterando la jurisprudencia, la Corte señala como la precisión del contenido del derecho a la vivienda digna se ha construido (en aplicación del art. 93 de la Constitución) con

---

<sup>10</sup> “[L]a implementación práctica de los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal, que despojar a los derechos prestacionales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros - de su carácter de derechos fundamentales resultaría no sólo confuso sino contradictorio. Al respecto, se dice, debe repararse en que todos los derechos constitucionales fundamentales – con independencia de si son civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente - poseen un matiz prestacional de modo que, si se adopta esta tesis, de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría predicar la fundamentalidad. Restarles el carácter de derechos fundamentales a los derechos prestacionales, no armoniza, por lo demás, con las exigencias derivadas de los pactos internacionales sobre derechos humanos mediante los cuales se ha logrado superar esta diferenciación artificial que hoy resulta obsoleta así sea explicable desde una perspectiva histórica.”



base en los tratados internacionales de derechos humanos, particularmente el PIDESC y las interpretaciones que de éste ha hecho su órgano autorizado, es decir, el CIDESC de la ONU.

Así, la Corte hace referencia al art. 11 del PIDESC que reconoce, entre otros derechos, el derecho de toda persona y su familia a la vivienda adecuada, al tiempo que impone el deber a los Estados para tomar las medidas apropiadas para asegurar la efectividad de los derechos allí reconocidos. En relación con los requisitos para que la vivienda pueda ser considerada como adecuada la Corte cita la Observación No. 4 del CIDESC que precisa, entre otras cosas, y citando a su vez a la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda, que “el concepto de vivienda adecuada [...] significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”.

En fin, en esta sentencia la Corte reitera (siguiendo la jurisprudencia constitucional sobre salud y seguridad social, construida, como ya se ha precisado varias veces en esta Adenda, con base, también, en instrumentos internacionales) como los DESC, no obstante sean derechos prestacionales cuya garantía es progresiva (y responde entonces al principio de no regresión), muchas veces presentan facetas que permite considerarlos como derechos fundamentales. Así, y con mayor razón en el caso de la categoría de los Sujetos Desplazados, la Corte confirma el carácter de fundamental del derecho a la vivienda digna, y entonces justiciable por vía de la acción de tutela, no obstante se trate de un derecho prestacional (como, en efecto, se precisó también en la sentencia **T-1318/05**, con ponencia de Humberto Antonio Sierra Porto y en la sentencia **T-487/06** con ponencia de Marco Gerardo Monroy Cabra).

**(v) Derecho de los sujetos discapacitados**



En la sentencia **C-076/06**, con ponencia de Jaime Córdoba Triviño, la Corte resuelve una demanda de inconstitucionalidad contra una norma que prescribe la prohibición para acceder al concurso de notario a los sordos, mudos y ciegos.

La Corte señala, con base en reiterada jurisprudencia, el deber del Estado, no sólo de remover las normas discriminatorias y abstenerse de establecer diferenciaciones fundadas en discapacidades físicas y sensoriales, sino también, y en desarrollo del principio de no discriminación, de adoptar medidas de diferenciación positiva (acciones positivas) que permita a los discapacitados acceder en condiciones de igualdad al goce de sus derechos fundamentales y, en fin, la obligación de promover prácticas de inclusión social.

Como parte de su argumentación, la Corte lleva a cabo un análisis de la normativa de otros países (por ejemplo Estados Unidos, España, Portugal) en lo relacionado con la tutela de las personas sensorial y físicamente desventajadas. Igualmente, y es cuanto aquí interesa, hace referencia a la normativa internacional, particularmente, La Declaración de los Derechos de los Impedidos (ONU, 9 diciembre de 1975), el Convenio 159 de 1994 OIT sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas, el Protocolo de San Salvador, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad que prescribe, entre otras cosas, la obligación del Estado de adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración (art. III-1).

Con base en esta normativa y en las leyes que las adoptan, la Corte concluye que en ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable respecto de las funciones esenciales del cargo que se va a desempeñar. Bajo esta premisa, la Corte en el caso concreto de los notarios declara inconstitucional la prohibición a los sordos y a los mudos y constitucional la prohibición a los ciegos, en razón de las funciones propias del notario.



En las sentencia **T-063/07** con ponencia de Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte analiza el tema del derecho a la salud de las personas discapacitadas. Para este análisis, y con el fin de precisar el significado del término ‘discapacitado’, cita la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas Discapacitadas. Para precisar que se entiende por ‘el nivel más alto de salud’ cita la Observación General N. 5 sobre los derechos de las personas con discapacidad del CDESC.

En fin, con base en jurisprudencia ya analizada, la Corte precisa el carácter de fundamental del derecho a la salud, particularmente en el caso de las personas con discapacidad y, entonces, su justiciabilidad por vía de la acción de tutela<sup>11</sup>.

En la sentencia **T-1248/08**, con ponencia de Humberto Antonio Sierra Porto, en lo relacionado con la protección de las personas con limitaciones físicas, funcionales, psíquicas y sensoriales, la Corte hace referencia (reiterando la tendencia jurisprudencial) a la Observación General N. 5 del CDESC para resaltar el claro deber a cargo del Estado, e impuesto por el PIDESC, consistente en la realización progresiva de los derechos consagrados a favor de la población con dichas limitaciones, teniendo en consideración el concepto de igualdad material y en atención a las condiciones particulares de los sujetos que, a su vez, justifican la creación criterios diferenciadores como acciones afirmativas del Estado. En relación con este último punto cita, además de la sentencia **C-371/00**, el art. 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que dispone que la adopción de medidas especiales de carácter temporal para acelerar la igualdad entre hombres y mujeres no es discriminatoria.

**(vi) Derecho al mínimo vital: subsidio de desempleo**

---

<sup>11</sup> Sobre este punto ver el pie de página número 8 de esta adenda y las sentencias citadas al respecto los acápites sobre el derecho a la salud y a la seguridad social..



En la ya cita sentencia de constitucionalidad **C-393/07**, con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa, con base, también, en el numeral 1º del art. 2º del PIDESC y la doctrina del Comité del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, particularmente la Observación General N° 3, la Corte Constitucional impone al Estado el deber de cumplir con las disposiciones legales tendientes a garantizar el subsidio de empleo temporal en atención al principio de progresividad del derecho al mínimo vital.

**(vii) Derecho de los migrantes**

En la sentencia **C-288/09**, con ponencia de Jorge Iván Palacio Palacio, en la revisión previa de constitucionalidad (art. 241, numeral 10, de la Constitución) del Estatuto Migratorio Permanente entre Colombia y Ecuador del 24 de agosto de 2000 y la ley aprobatoria (ley No. 1203/08), la Corte declara constitucional, tanto el tratado, como la ley, sobre la base de su conformidad con la normatividad internacional. Para este efecto, hace referencia al artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 3º y 9º del protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos humanos o Protocolo de San Salvador; el artículo 2º de la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

**4. Breves conclusiones en relación con las dos afirmaciones consecutivas**

En relación con la pregunta complementaria, reformulada en este escrito en la forma de dos afirmaciones consecutivas, a manera de conclusión se formulan las siguientes reflexiones.

**(i) La primera afirmación es verdadera**





En efecto, en relación específica con los “derechos de incidencia colectiva” y los “derechos económicos, sociales y culturales” (de ahora en adelante DESC) es verdadero que

*En la jurisprudencia que se ha ocupado de estas dos categorías de derechos, se pueden identificar sentencias colombianas que recogen (citan) “principios de las convenciones internacionales, y aún la propia doctrina de los tribunales internacionales”.*

(ii) La segunda afirmación es, aunque no en estricto sentido, verdadera

La afirmación:

*En esas providencias que recogen (citan) las convenciones internacionales y la jurisprudencia de los tribunales internacionales se ha verificado, precisamente con base en dicha normativa, una interpretación y una creación pretoriana (activismo judicial) de “derechos y situaciones procesales preferentes”. En pocas palabras, mediante la citación de instrumentos normativos internacionales (jurisprudencia, pactos, convenciones, etc.) se verifica la creación y/o la sedimentación eficaz de interpretaciones dirigidas a consolidar remedios procesales específicos que garanticen la tutela de derechos con incidencia colectiva DESC vulnerados o en vía de vulneración,*

no es, en estricto sentido, verdadera en cuanto las decisiones jurisprudenciales citadas en los numerales 2 y 3 de este escrito no crearon “derechos y situaciones procesales preferentes”, al menos no en la forma de los ejemplos formulados en la solicitud de aclaración.

Sin embargo, una contaste sobre el activismo de los magistrados de la Corte Constitucional es evidente:

(a) El uso (y el enriquecimiento del contenido) del Bloque de Constitucionalidad como instrumento normativo legitimador del empleo, con fuerza vinculante, de la normativa y



la jurisprudencia internacional y (aunque sin fuerza vinculante) de los pronunciamientos de los legítimos interpretes de varios de los instrumentos internacionales empleados.

(b) La progresiva superación, de forma tácita (especialmente en el caso de las sentencias sobre derechos con incidencia colectiva) y expresa (casi siempre en el caso de los DESC), de la distinción entre derechos, al menos en lo que respecta a la legitimación activa de los titulares de estos derechos para el ejercicio de la Acción de Tutela.

- En efecto, en el caso de los derechos de los pueblos indígenas, la Corte, resolviendo casos evidentemente de naturaleza individual adelantados por vía de acción de tutela, emplea instrumentos internacionales referidos a derechos colectivos.
- En el caso del derecho ambiente, por ejemplo, la Corte (en cambio) aplica nociones propias de los DESC, en concreto el principio de progresividad, a los conceptos de derechos colectivos, diluyendo de esta forma la distinción entre ambos tipos de derechos, en beneficio de la aseguración de la justiciabilidad del derecho colectivo en cuestión.
- En el caso de los DESC una constante salta a la vista: la disolución de la distinción entre derechos fundamentales y derechos ESC, así como la disolución (en cuanto no explicativa) de la distinción entre derechos prestacionales y derechos no prestacionales, todo con el objetivo de garantizar, al menos en algunos casos específicos, el ejercicio de la acción de tutela para garantizar la justiciabilidad de derecho ESC.
- Los fenómenos jurisprudenciales apenas descritos, en cierta medida pueden ser considerados como resultado del activismo judicial de la Corte Constitucional (si por tal se entiende no necesariamente la creación de derecho, sino las interpretaciones amplias, pero dentro del marco normativo, de las disposiciones, también de matriz internacional). Seguramente son, además, un ejercicio de informalización de las categorías constitucionales sobre los tipos de derechos, todo a favor del cumplimiento de las disposiciones internacionales relativas a la garantía (y, entonces, justiciabilidad) de los DESC.



- En ambos tipos de pronunciamientos (es decir, los relativos a los derechos con incidencia colectiva y los DESC) esta tendencia jurisprudencial no habría sido posible sin la referencia constante a los diferentes instrumentos internacionales enunciados a lo largo de la presente adenda.
- La decisiones tomadas por la Corte Constitucional en el caso de la acción de tutela favorables al actor, si bien se desarrollan dentro del marco de poder concedido a ese tribunal, resultan sin duda particulares, no sólo en cuanto a la celeridad con que se prescribe el cumplimiento de ciertos deberes a cargo del demandado, sino porque las medidas revisten un altísimo grado de concreción que favorecen directamente al accionante, casi en la forma de mecanismos procesales (principalmente de ejecución) preferentes a favor del titular del derecho objeto de vulneración.



## Informe Nacional de Perú: Cuestionario General

(National Report from Peru: general questionnaire)

**Juan Monroy Galvez and Omar Cairo**

1. *Frente a la distinción clásica entre tradiciones jurídicas (common law, civil law), ¿a qué tradición corresponde la legislación procesal de su país? Describa sucintamente las características típicas en lo que concierne a los principios fundamentales del proceso civil (principios dispositivo, inquisitorio, mixto; contradictorio, oralidad, publicidad; administración de la prueba; vías de impugnación y alcance de las instancias recursivas, etc.).*

El ordenamiento procesal civil peruano forma parte de la tradición del *Civil Law* o, con mayor propiedad, de la tradición romano-canónica, al igual que los principales ordenamientos latinoamericanos, así como el caso español e italiano, por destacar los dos países europeos que más influyeron sobre nuestro continente. El Código Procesal Civil peruano se elaboró sobre la base de los principios (o garantías) constitucionales del proceso y tiene como principal objetivo diseñar un proceso por medio del cual se obtenga una decisión sobre el mérito, justa, eficaz y que procure la paz social. En esa medida reconoce, indistintamente, como relevantes, tanto a los principios que garantizan los derechos de las partes (principios de la demanda, de igualdad sustancial, del contradictorio y el derecho de defensa, etc.) como aquellos que permiten que el poder jurisdiccional opere legítimamente y sin menoscabo alguno en la obtención de la decisión justa (se coloca al juez como director del proceso, se le otorgan poderes instructorios, poderes nulificantes –en aquellas circunstancias que atentan contra el



orden público—, poderes disciplinarios y, fundamentalmente, poderes para hacer cumplir sus decisiones en sus propios términos).

Por último, pero no por ello menos importante, el Código también establece un conjunto de principios que conciernen al desarrollo del proceso y a las relaciones entre los sujetos que toman parte en aquél. Este tipo de principios, como resulta previsible, extienden –directa o indirectamente– el ámbito de protección de las garantías de las partes. Entre los principales podemos señalar: el principio de doble grado, aplicable predominantemente para las decisiones sobre el mérito; el principio de intermediación, que se concreta en la técnica de la oralidad y el proceso por audiencias durante la etapa probatoria y, en general, los principios concernientes a la nulidad procesal (convalidación, trascendencia, limitación, etc.), que buscan eliminar anomalías severas durante el desarrollo del procedimiento, sin que por ello se dilate irracionalmente el proceso; el de economía procesal, tanto en sus faceta temporal, económica, como en el plano de la concentración de actos procesales cuya repetición resulta cansina e innecesaria.

2. *¿Existen tradiciones nacionales muy específicas en su país en materia de proceso civil? Por ejemplo, en materia de recurrencia a los medios alternativos de resolución de litigios antes o durante la instancia judicial, en materia de poderes del juez, de cargas, derechos y obligaciones de las partes, de prueba, de vías de recursos, etc.*

Más que tradiciones en el derecho procesal peruano se está viviendo, desde hace casi dos décadas, una dramática tendencia hacia la desjudicialización de los conflictos importando poco si aquellos tienen contenido patrimonial o no.



En primer lugar, se ha establecido desde mediados de los noventa la conciliación extrajudicial obligatoria. Hasta la fecha este mecanismo de solución de controversias ha tenido un éxito nulo, por lo que sólo ha servido para dilatar la solución de los conflictos. Paralelamente se ha comenzado a vivir un furor relativo al arbitraje. Si bien aquí los resultados iniciales fueron alentadores, en la actualidad se perciben serias críticas respecto de aquello que dicho mecanismo prometía: una justicia rápida, previsible y “limpia”. Sin embargo, a pesar de los resultados magros que evidencia el arbitraje peruano, durante la última década, el Estado ha comenzado a instituir arbitrajes obligatorios en áreas tan disímiles como el ámbito laboral, el vinculado a las licitaciones públicas o la minería.

Un tercer elemento que cumple un papel relevante en la “fuga de la justicia” de los fueros ordinarios es el inmoderado crecimiento de un organismo administrativo denominado Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). En un inicio, este órgano se dedicó, de manera predominante, a la solución de conflictos de carácter empresarial en sede administrativa (marcas, patentes, derechos de autor, abuso de posición de dominio etc.). En la actualidad, sin embargo, monopoliza no sólo los conflictos ligados al derecho de la competencia, sino también la tutela de los derechos colectivos y difusos de toda índole, al punto tal que se atribuye la legitimidad para promover procedimientos administrativos o judiciales de tal índole. Un exceso, sin duda, que empobrece la tutela de aquellos derechos al privarlos de su cauce natural: la jurisdicción.

En líneas generales, lo descrito implica que el proceso civil peruano ha venido reduciendo su función hasta encasillarse en la tutela de derechos interindividuales de carácter predominantemente patrimonial. Este fenómeno genera que las principales innovaciones producidas en los últimos años en sede procesal (la expansión de la tutela cautelar, preventiva, inhibitoria; las nuevas modalidades de ejecución; las nuevas



técnicas aplicables en la instrucción probatoria, etc.) se apliquen eficazmente en sede procesal civil pero que, a su vez, encuentren serias resistencias para su aplicación en otras zonas vitales de nuestra justicia. Particularmente nos referimos a la tutela de los derechos supraindividuales (donde destaca la protección de intereses vinculados al medio ambiente).

3. *¿Se han adoptado en su país recientemente (en los 15 últimos años) reformas procesales estructurales? Si es así, en qué dirección fueron esas reformas y cual ha sido el objetivo? ¿Han contribuido ellas a “modelar” el proceso y a la armonización en relación a las convenciones internacionales o leyes-modelos, o a los Principios ALI/ Unidroit de Procédure civile Transnacional?*

La reforma estructural más relevante producida en los últimos años fue, sin duda, la dación del nuevo Código Procesal Civil de 1993 que sustituía al vetusto Código (de Procedimientos Civiles) de 1912. Sin embargo, en el camino, se ha suscitado una reforma relevante que, en todo lo sustancial, es decir, en lo referido a la garantía constitucional de las partes y la búsqueda de un proceso eficaz y oportuno, ha mantenido la línea diseñada por aquél. Nos referidos a la promulgación del Código Procesal Constitucional, vigente desde fines del 2004.

Ambas reformas han sido exitosas en cuanto supieron mantener a salvo de toda discusión la vigencia y eficacia de las garantías constitucionales del proceso, es decir, han modelado una justicia estatal que asegura al ciudadano el derecho a un debido proceso. Actualmente, por citar algunos ejemplos, ya se encuentra fuera de cualquier debate serio que todo proceso donde no se observe el derecho de defensa, el contradictorio, el derecho a recurrir, a probar, que no busque efectivizar la decisión jurisdiccional obtenida o, en general, que carezca de tales garantías resulta



cuestionable, al punto que puede obtenerse su nulidad (total o parcial) sin que aquello resulte motivo de escándalo o preocupación.

Los déficits que provienen de la justicia civil nacional, consecuentemente, se evidencian no en el plano legislativo, sino en el atinente a la labor judicial y, en general, al desempeño del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional peruano. En otras palabras, sobre el papel, en lo concerniente a la ley escrita, el Perú se encuentra a la vanguardia. Su diseño procesal es perfectamente inteligible, completo y, por tanto, armonizable con cualquier legislación externa. El gran problema radica en la judicatura, pues hasta la fecha no ha existido una sola reforma judicial que haya supuesto una mejora sustancial en la calidad de quienes fungen de juzgadores. La formación judicial, los sueldos de hambre, la pobreza del soporte logístico, el irrelevante control disciplinario y una administración que se presta a la permanente manipulación de los gobiernos de turno son los principales enemigos de la justicia civil en el Perú.

5. *¿Constata usted en su país en retroceso de la distinción clásica entre common law y civil law en materia de proceso civil? ¿en qué instituciones o principios?*

La distinción entre *civil law* y *common law* se ha venido relativizando en aspectos específicos del proceso civil. Básicamente son dignos de destacar dos de aquellos: en el plano de las tutelas provisionales, el abogado y el legislador nacional cada día se familiariza más con las *injuncti* propias del derecho norteamericano, recurriendo al juez para que imponga restricciones al hacer y no hacer de la contraparte e incluso solicitando la imposición de multas acumulativas, afines al *Contempt of Court*. Este tipo de pedidos se “traducen”, si cabe la expresión, en medidas cautelares atípicas (durante el desarrollo del proceso de conocimiento) y en medidas coercitivas (durante la etapa de ejecución forzada).





La otra institución que ha permitido una apertura del jurista nacional hacia el *common law* es la técnica del precedente. Aunque con resultados dispares, la aplicación de tal mecanismo viene extendiéndose día tras día. Así, por ejemplo, se vale del precedente el Tribunal Constitucional, los organismos administrativos, los jueces laborales y, a futuro, se pretende la creación de una Corte Suprema única que opere, en términos generales, como sede casatoria y se valga del precedente como mecanismo para uniformizar los criterios jurisprudenciales en las cuestiones jurídicas que socialmente poseen mayor relevancia.

Ambos aspectos, las *injunctions* y la técnica del precedente, constituyen, sin embargo, las excepciones en el marco de una justicia estatal cuya estructura, como ya se dijo, se encuentra anquilosada en tradiciones decimonónicas, enemiga de cualquier innovación sustancial ligada tanto a su forma de gestionar el proceso (donde la figura del expediente judicial sigue siendo el paradigma) como a sus criterios para conocer y decidir una causa judicial.

7. *En doctrina, ¿hay en su país debates sobre la “modelización” mundial (o regional) del proceso civil? ¿Cuál es la posición mayoritaria de los autores en esta materia? ¿Cómo han sido recibidos los Principios ALI/Unidroit de Procedimiento civil transnacional? La cuestión de la autonomía procesal de los Estado ha sido un obstáculo?*

La cuestión referida a la “modelización” mundial del proceso civil no es objeto de debate alguno en nuestro país, en tanto el Ministerio de Justicia sigue concentrado en crear mecanismos alternativos a la jurisdicción estatal, antes que afrontar el problema como tal. Consecuentemente, aunque resulta difícil de entender, aún hoy en el país se



sigue discutiendo si conviene o no dotar al proceso de mayor “oralidad” o si hay que crear o reducir las audiencias para que aquél se desenvuelva con mayor fluidez.

Por otro lado, más que la cuestión de la “autonomía procesal”, el tema vinculado a la soberanía estatal suele ser un obstáculo cuando se tratan temas ligados a la armonización de la justicia estatal con los países de la región. Esto ocurre, principalmente, en aspectos judiciales vinculados a la protección de derechos humanos, situación respecto de la que aún muchas esferas de poder se resisten a que el país exhiba los mismos estándares de justicia que se aceptan en todo el mundo. Sin perjuicio de ello, consideramos que en la medida que el político y el ciudadano tomen conciencia que un paso hacia la armonización de nuestra justicia civil redundará en un beneficio de la justicia estatal, no habrán mayores trabas para que el ordenamiento procesal vaya paulatinamente modelando su estructura en línea con los principios que se vienen acogiendo internacionalmente.

En conclusión, más que una resistencia en el plano político, observamos más bien que ha sido la barrera cultural la que no ha permitido que el debate sobre la armonización de la justicia civil se instale en nuestro país. Una labor de mayor difusión por parte de nuestros juristas contribuirá a superar este déficit.

8. *En jurisprudencia ¿los tribunales de su país han hecho alguna referencia a) a los principios transnacionales de procedimiento; b) a las leyes-modelos; c) a los principios fundamentales y universales del proceso? ¿Constató usted alguna influencia de la flexibilidad y la contractualización de las reglas de procedimiento en el arbitraje ante las jurisdicciones estatales?*



Sin duda la experiencia arbitral ha sido exactamente la opuesta a la acaecida en sede de justicia estatal. Aquí no sólo se han acogido los principios UNIDROIT, sino que se han copiado textualmente la mayor cantidad de normas arbitrales propuestas y se han convertido en ley.

En cuanto a las relaciones entre arbitraje y proceso civil la situación es dramática porque fue pésimamente enfocada desde el inicio. Los promotores del arbitraje en el Perú fueron civilistas, es decir, abogados con un escaso, por no decir nulo conocimiento del derecho procesal. Esto, junto con los lamentables perjuicios de una judicatura conservadora, colocó al arbitraje no como un complemento, una posibilidad o una alternativa, sino como la solución frente al estado calamitoso de la justicia estatal. Este fenómeno, en su primera fase, supuso que los jueces le tuvieran poco respeto al arbitraje interviniendo constantemente en aquellos, suspendiéndolos y anulando laudos indiscriminadamente.

Poco tiempo más adelante, el Estado intervino y generó una contra-reacción: el arbitraje pasaba a ser intocable. Ningún juez podía intervenir en aquél sin ser sancionado, salvo en los casos donde se busque su mera “asistencia”, es decir, como ejecutor de medidas cautelares o de laudos, sin excluir los supuestos específicamente previstos de anulación.

Ambos extremos de esta breve historia han resultado igualmente perjudiciales, pues excluyen cualquier posibilidad de que juez y árbitros actúen armónicamente, flexibilizando las reglas procesales que les son comunes. En el Perú, el mundo del arbitraje es completamente indiferente a lo que sucede en el mundo judicial y cuando, forzosamente, árbitro y juez se ven forzados a colaborar, los resultados de aquella relación suelen resultar pobres.



9. *¿Su derecho nacional del procedimiento es incompatible con ciertos Principios transnacionales de procedimiento civil ALI/Unidroit? Si es así, ¿con cuáles? ¿Diría usted globalmente que los Principios ALI/Unidroit son más bien compatibles o incompatibles con sus reglas de procedimiento civil? ¿Los principios ALI/Unidroit de procedimiento civil transnacional han influenciado las reformas recientes del procedimiento civil en su país?*

El ordenamiento procesal nacional resulta perfectamente compatible con los Principios Transnacionales de Procedimiento Civil ALI/Unidroit por un doble motivo. En primer lugar, porque prácticamente no existe ninguna regla de este cuerpo normativo que pudiera encontrar alguna resistencia en el derecho nacional. En segundo lugar, y esto es más relevante aún, porque muchos de los principios e instituciones procesales resultan similares. Entre ellos podemos señalar: *a)* el carácter voluntario de la competencia territorial; *b)* fuera de los ajustes de rigor, la litispendencia internacional (§ 2.6) está diseñada bajo los mismos principios que la litispendencia a nivel interno (art. CPC); *c)* el principio de igualdad (§ 3); *d)* el derecho de defensa y el derecho a probar (§ 5); *e)* un amplio arsenal de medidas cautelares (provisionales), no previstas expresamente, sino otorgadas de acuerdo a cada caso concreto en función del principio de proporcionalidad (§§ 8, 8.1, ss.); *f)* el principio de la demanda y, consecuentemente, la prohibición de promover procesos de oficio (§ 10), etc.

Hasta la fecha no se ha presentado un solo caso en que se pueda apreciar la influencia de la norma UNIDROIT sobre la legislación nacional. Sin embargo, oportunidades no han faltado, como el caso de la Ley Procesal del Trabajo y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobadas este año. Debe destacarse, lamentablemente, que ambos cuerpos legales representan oportunidades perdidas no sólo por esta coyuntura, sino porque ni siquiera han recogido los aspectos centrales de



las profundas reformas procesales producidas en sede civil (1993) y constitucional (2004).

### Preguntas suplementarias

2. *¿En qué medida el ordenamiento procesal de su país recoge los principios típicos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2006: a) legitimación extraordinaria; b) requisitos de la demanda colectiva y representatividad adecuada; c) anticipación de la tutela; d) derechos individuales homogéneos; e) cosa juzgada; f) otras instituciones.*

Si bien ningún enunciado normativo del Código Procesal Civil peruano puede considerarse reproducido por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2006, existen un conjunto de principios y mecanismos procesales comunes a ambos ordenamientos. El caso de la legitimación extraordinaria, a pesar que el código nacional lo aborda como una cuestión de representación, constituye sin duda un arma eficaz para la tutela de los intereses difusos. Así mismo, la tutela cautelar en sede nacional resulta lo suficientemente generosa y amplia como para prescindir de algunas figuras, como la anticipación de tutela o la ejecución provisional, que suelen considerarse como una innecesaria repetición de lo que ya está previsto.

Por su parte, el Código Procesal Constitucional (2004), que como ya se dijo, marca una continuidad con la reforma procesal iniciada en 1993, reúne algunas figuras que se han ido sumando en los últimos años en el esfuerzo por otorgar una tutela jurisdiccional más plena para los derechos supraindividuales. En esa línea, el ordenamiento procesal constitucional prevé la tutela de los derechos individuales



homogéneos o la ejecución mediante medidas coercitivas para alcanzar la máxima efectividad en aquellas resoluciones que carecen, en estricto, de contenido patrimonial.

Sin embargo, fuera de estos dispositivos, es necesario reconocerlo, la previsión de mecanismos destinados a la tutela de derechos colectivos ha sido muy pobre. Recientemente, el ya mencionado Código de Protección y Defensa del Consumidor supuso una valiosa oportunidad para incorporar los remedios contenidos en el Código Modelo. Lamentablemente, no hubo ningún interés en proceder de aquella manera sino que, por el contrario, el legislador atribuyó la iniciativa y la tutela de los derechos colectivos, de manera casi exclusiva, a un órgano administrativo, generando así un retroceso de más de 40 años en sede nacional, si comparamos tal circunstancia con lo que sucede en el derecho comparado.

## Cuestionario General

***2. ¿Existen tradiciones nacionales muy específicas en su país en materia de proceso civil? Por ejemplo, en materia de recurrencia a los medios alternativos de resolución de litigios antes o durante la instancia judicial, en materia de poderes del juez, de cargas, derechos y obligaciones de las partes, de prueba, de vías de recursos, etc.?***

En el Perú **no existen tradiciones nacionales específicas** en materia de proceso civil. Las razones de esta situación son las siguientes:

- a) Durante la mayor parte de su vida independiente, en la actividad procesal civil peruana se ha desplegado en términos esencialmente empíricos, y en el marco de la vigencia de



normas procesales alejadas del desarrollo de la ciencia procesal iniciado en la parte final del siglo XIX.

- b) El Perú inició su vida independiente en 1821. Sin embargo, la legislación española continuó rigiendo diversos ámbitos de la vida nacional. Esto ocurrió también en materia procesal civil, hasta que el 20 de diciembre de 1851, el presidente José Rufino Echenique promulgó el **Código de Enjuiciamientos en materia Civil**. Esta norma entró en vigencia al día siguiente de su publicación (28 de julio de 1852).

Un intento previo de adoptar una legislación procesal civil diferente a la española, ocurrió en 1836. Ese año se dictaron dos decretos que prescribieron que el **ordenamiento procesal civil aprobado en 1833 por el Congreso de Bolivia** tuviera vigencia en la **Confederación Perú-Boliviana**. Esta Confederación nacida en 1836 duró hasta 1839. Sin embargo, un año antes (1938) el ordenamiento procesal civil mencionado había sido declarado insubsistente en nuestro país.

- c) El **Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852** - ordenamiento preexistente al nacimiento de la ciencia procesal - fue reemplazado por el **Código de Procedimientos Civiles de 1912**. Esta ley procesal recibió una intensa influencia de la **Ley de Enjuiciamientos Civil de España de 1881**. Esta ley española constituyó, en lo esencial, el acogimiento de la estructura procedimental y de las líneas doctrinales contenidos en la **Partida III**, ordenamiento procesal sancionado por el Rey Alfonso El Sabio durante el siglo XIII.
- d) En marzo de 1992 – pocos días antes del golpe de Estado que dio inicio a una dictadura que concluyó en setiembre de 2000 -, se aprobó el **Código Procesal Civil peruano**, y su vigencia se inició el 28 de julio de 1993. Este ordenamiento introdujo – en el plano



normativo - a la ciencia procesal en el Perú. Se trata de una norma procesal que acoge los principios de la ciencia procesal moderna e instituciones dirigidas a lograr que el proceso civil consiga dos finalidades específicas: **i)** resolver conflictos de intereses intersubjetivos e incertidumbres, ambas con relevancia jurídica y **ii)** obtener la paz social en justicia.

- e) Desde julio de 1993 hasta la actualidad, la judicatura peruana ha realizado un cambio trascendente en el proceso civil peruano, tomando como base el contenido del Código Procesal Civil. Sin embargo, los órganos políticos a cargo de brindar las condiciones indispensables para la realización óptima de la actividad judicial y para el aprendizaje de los elementos fundamentales de la ciencia procesal no han contribuido a lograr este objetivo.

Por las razones expuestas, a pesar del cambio normativo trascendente que significó el inicio de la vigencia del **Código Procesal Civil**, en el Perú no se han desarrollado hasta el momento tradiciones específicas en materia procesal de proceso civil.

#### ***4. ¿Los proyectos de reforma procesal civil son, en su país, precedidos por estudios de derecho comparado?***

El estudio del derecho comparado - entendido como la realidad jurídica de otros países, apreciada desde el punto de vista de su derecho positivo y de la eficacia del mismo en la vida social de dichos países – no ha precedido a la elaboración de los proyectos de reforma procesal civil en el Perú. Por el contrario, la mayor parte de las reformas procesales, aprobadas desde el inicio de la vigencia del **Código Procesal Civil** peruano, han sido producto de la improvisación y del desconocimiento de la ciencia procesal.





Un ejemplo puede esclarecer lo afirmado. El **Código Procesal Civil** asumió el principio de **inmediación**, como componente esencial de los procesos materia de su regulación. Por eso estableció que en cada una de las vías procedimentales (**Proceso de Conocimiento, Proceso Abreviado y Proceso Sumarísimo**) existiría un número determinado de **Audiencias**, durante las cuales el Juez tendría contacto directo con los elementos subjetivos y objetivos del proceso durante todas las etapas de su desarrollo. En este contexto, el **Proceso de Conocimiento Pleno** regulado en este Código permitía la realización de tres Audiencias: **Audiencia de Saneamiento, Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio y Audiencia de Pruebas**. Sin embargo, la **Ley Nº 29057** suprimió la **Audiencia de Saneamiento** y, posteriormente, el **Decreto Legislativo Nº 1070** eliminó la **Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio**. En consecuencia, desconociendo la importancia del principio de inmediación en el derecho comparado, la reforma procesal en el Perú ha convertido al **Proceso de Conocimiento Pleno** regulado en el **Código Procesal Civil** en una vía procedimental predominantemente escrita.

## II. Leyes modelo

**6. a) ¿En qué medida la jurisprudencia de su país acoge los principios de las convenciones y tratados internacionales (Convención Americana sobre los Derechos del Hombre, textos de la Unión Europea, Convención Europea de los Derechos del Hombre, Tratado Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, etc) y la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales (Corte Interamericana de los Derechos del Hombre, jurisdicciones europeas y otras)? Indicar las principales materias a los que aquellas han sido aplicadas.**

El ordenamiento constitucional del Perú prescribe el deber de utilizar a los tratados Internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Perú como referente interpretativo



del contenido de los **derechos fundamentales de las personas**. Así, la **Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana** establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** y con los **tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias** ratificados por el Perú. Por su parte, el **Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional peruano** (norma que regula los **procesos urgentes** de protección de los **derechos fundamentales de las personas**) prescribe que el contenido y alcances de los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, los tratados sobre derechos humanos, así como las decisiones adoptadas por los **tribunales internacionales sobre derechos humanos** constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Este panorama normativo ha hecho posible que la jurisprudencia peruana, principalmente en materia de **procesos urgentes de protección de derechos fundamentales de las personas (por ejemplo, el Habeas Corpus y el Amparo)**, acoja tanto los principios contenidos en los instrumentos internacionales indicados como el desarrollo jurisprudencial de estos principios realizado por los tribunales internacionales mencionados.

***b) ¿Los tribunales de su país han resistido a veces a seguir la jurisprudencia en materia de procedimiento civil de una jurisdicción internacional (por ej. La Corte Europea de los Derechos Humanos), dictando decisiones en sentido contrario opuesto?***

No se han presentado casos notables de resistencia a seguir la jurisprudencia internacional en materia de procedimiento civil, por parte de los tribunales peruanos. Sin embargo, es necesario precisar que debido a las severas dificultades que afronta la educación jurídica en el Perú, es probable que un gran número de jueces peruanos ignore el contenido de dicha jurisprudencia.



### Preguntas suplementarias

1. *¿En qué medida el ordenamiento procesal civil de su país recoge los principios típicos del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica de 1988: a) oralidad ante jueces unipersonales con apelación ante una cámara superior; b) poderes del juez ordenatorios e instructorios; c) intermediación y concentración; d) audiencia preliminar; e) proceso monitorio; f) procesos sociales; g) otras instituciones.*

El diseño original del **Código Procesal Civil peruano** acogió en importante medida los siguientes principios típicos del **Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica de 1988**:

- a) **Oralidad ante jueces unipersonales.**- La oralidad, entendida como una técnica al servicio del principio de intermediación, se encuentra presente en la estructura de los procesos contenciosos regulados en este Código. Así, el trámite de cada uno ellos (**Proceso de Conocimiento, Proceso Abreviado y Proceso Sumarísimo**) incluía originalmente la realización de un número determinado de **Audiencias** durante las cuales, utilizando la técnica de la oralidad, los principales actos procesales se realizaban ante el Juez. Lamentablemente, las reformas procesales realizadas determinaron que, actualmente, en todos los procesos contenciosos regulados en el Código se pueda realizar solamente una **Audiencia**, la cual se encuentra dedicada a la **actuación de los medios probatorios**.
- b) **Poderes del Juez ordenatorios e instructorios.**- El **artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil** prescribe que la dirección del proceso está a cargo del Juez, y le reconoce el deber de impulsar el proceso por sí mismo. Este **Código** desarrolla este



poder de dirección reconociendo al Juez, en su **artículo 51**, las siguientes facultades: **(i)** adaptar la demanda a la vía procedimental que considere apropiada, siempre que sea factible su adaptación, **(ii)** ordenar los actos procesales necesarios para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes, **(iii)** ordenar en cualquier instancia la comparecencia personal de las partes, a fin de interrogarlas los hechos discutidos, y **(iv)** rechazar liminarmente el pedido que reitere otro propuesto por cualquier litigante y por la misma razón, o cuando a pesar de fundarse en razón distinta, éste pudo ser alegado al promoverse el anterior. Asimismo, el **artículo 52** del **Código Procesal Civil** habilita al Juez para expulsar de las actuaciones a quienes alteren su desarrollo y para aplicar las medidas disciplinarias correspondientes, y el **artículo 53** del mismo **Código** le permite imponer multas compulsivas y progresivas destinadas a que la parte o quien corresponda cumpla sus mandatos, y disponer la detención de 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 cuanto a los **poderes instructorios**, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes resulten insuficientes para formar convicción, el Juez peruano se encuentra habilitado por el **artículo 194 del Código Procesal Civil** a ordenar, en decisión motivada e inimpugnable, la actuación de los medios probatorios adicionales que considera convenientes.

- c) Inmediación y Concentración.-** El **Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil** reconoce los principios de Inmediación y Concentración. En cuanto a la inmediación, prescribe que las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. En cuanto a la concentración, establece que el Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.



**3. En qué medida la jurisprudencia de los tribunales de su país recoge los principios de las convenciones y pactos internacionales (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de Roma, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, etc.) y la doctrina de los Tribunales Internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos y otros); indicando las principales materias en que se aplica (derechos económicos, sociales y culturales; derechos de la institucionalidad democrática; derechos de incidencia colectiva; etc.).**

El ordenamiento constitucional del Perú prescribe el deber de utilizar a los tratados Internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Perú como referente interpretativo del contenido de los **derechos fundamentales de las personas**. Así, la **Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana** establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** y con los **tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias** ratificados por el Perú. Por su parte, el **Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional peruano** (norma que regula los **procesos urgentes** de protección de los **derechos fundamentales de las personas**) prescribe que el contenido y alcances de los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, los tratados sobre derechos humanos, así como las decisiones adoptadas por los **tribunales internacionales sobre derechos humanos** constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Este panorama normativo ha hecho posible que la jurisprudencia peruana, principalmente en el ámbito de los **procesos urgentes de protección de derechos constitucionales (por ejemplo, el Habeas Corpus y el Amparo)**, recoja los principios contenidos en los instrumentos internacionales indicados y la doctrina de los tribunales internacionales mencionados.



En la jurisprudencia peruana, las materias en las cuales en general prosperan los **amparos**, mediante decisiones que recogen principios y doctrina internacional, son las materias referidas al **debido proceso**, a los **derechos civiles** y a los **derechos económicos y sociales**. A continuación menciono algunos casos específicos:

1. **Debido proceso**: Como fundamento para resolver un proceso de amparo, el Tribunal Constitucional peruano ha afirmado que el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución no sólo tiene una dimensión estrictamente jurisdiccional, sino que se extiende también al procedimiento administrativo y, en general, como la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** lo ha establecido, a “(...) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, el cual tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8º de la Convención Americana”. (proceso de amparo - Expediente N° 03471-2004-AA/TC. En este proceso la demanda fue declarada FUNDADA).
2. **Libertad de reunión**: Como fundamento para resolver un proceso de amparo, el Tribunal Constitucional peruano ha afirmado que, aunque los elementos que configuran el derecho de reunión, determinan sin lugar a dudas, que la libertad de expresión y la libertad de reunión, strictu sensu, gozan de un contenido constitucionalmente distinto, la estrecha relación reunión manifestación, genera una singular vinculación entre ambos al extremo de que el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)**, ha destacado una instrumentalidad mutua. En este fundamento el Tribunal Constitucional peruano menciona las decisiones del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)** en el caso



Rekvényi y en el caso Stankov. (proceso de amparo – Expediente N° 4677-2004-PA/TC, En este proceso la demanda de amparo fue declarada **FUNDADA**).

3. **Derecho de Rectificación:** Como sustento de su decisión en un proceso de amparo, el Tribunal Constitucional peruano afirmó que el tratamiento del derecho de rectificación presentado por el ordenamiento constitucional nacional se complementa con lo desarrollado en la normatividad internacional; y sostuvo que, pese a que la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, la **Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre** y el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** no se refieren en forma alguna a la rectificación, y se restringen a la salvaguardia del honor, el **artículo 14º de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos** señala con claridad que:

*“1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.*

*2. En ningún caso la rectificación o respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.*

*3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una personal responsable que no esté protegida pro inmunidades ni disponga de fuero especial.”* (proceso de amparo – Expediente N° 3362-2004-PA/TC. En este proceso la demanda fue declarada **FUNDADA**)



4. **Derecho a la jornada de 8 horas de trabajo:** Como fundamento de su decisión en un proceso de amparo, el Tribunal Constitucional peruano ha afirmado que, para configurar adecuadamente el derecho a la jornada de 8 horas de trabajo reconocido en el artículo 25º de la Constitución peruana, se debe tener presente que:

*“a) El artículo 2.º del Convenio N.º. 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por el que se limitan a ocho horas diarias las horas de trabajo en las empresas industriales, dispone que en todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, la duración del trabajo personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana.*

*b) El literal c) del artículo 2.º del convenio mencionado dispone que cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá sobrepasar de ocho horas al día, y de cuarenta y ocho horas por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un periodo más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana.*

*c) El mismo convenio en su artículo 4.º, establece que podrá sobrepasarse el límite de horas de trabajo establecido por el artículo 2º, en los trabajos cuyo funcionamiento continuo, por razón de la naturaleza misma de trabajo, deba ser asegurado por equipos sucesivos, siempre que el promedio de horas de trabajo no exceda de cincuenta y seis por semana.*

*d) El artículo 24.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene el derecho a una limitación razonable de la duración del trabajo.*





e) *El artículo 7.º, literal d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren, en especial, la limitación razonable de la duración del trabajo.*

f) *El artículo 7.º, literal g) del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, establece que los Estados garantizarán la limitación razonable de la horas de trabajo, tanto diarias como semanales, y que las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres y nocturnos.” (proceso de amparo – Expediente N° 4635-2004-PA/TC. En este proceso la demanda fue declarada FUNDADA).*



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## **Informe Nacional de Uruguay**

(National Report from Uruguay)

**Ángel Landoni Sosa<sup>1</sup>**

Professor of Civil Procedure at the Universidad de la República

**Santiago Pereira Campos<sup>2</sup>**

Professor of Civil Procedure at the University of Montevideo

### **I. Tradiciones nacionales**

- 1. Frente a la distinción clásica entre tradiciones jurídicas (*common law, civil law*), ¿a qué tradición corresponde la legislación procesal de su país? Describa sucintamente las características típicas en lo que concierne a los principios fundamentales del proceso civil (principios dispositivo, inquisitorio, mixto; contradictorio; oralidad; publicidad; administración de la prueba; vías de impugnación y alcance de las instancias recursivas, etc.)**

---

<sup>1</sup> 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. Director de la Revista Uruguaya de Derecho Procesal. Secretario General del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. [alan33@adinet.com.uy](mailto:alan33@adinet.com.uy)

<sup>2</sup> Profesor Titular de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor de Derecho Procesal del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay del Poder Judicial Uruguayo. Tesorero de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal Eduardo J. Couture. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Socio de Rueda, Abadi & Pereira. [spereira@rap.com.uy](mailto:spereira@rap.com.uy).



### 1.1. Tradición jurídica de la legislación procesal uruguaya

Frente a la distinción clásica entre tradiciones jurídicas, la legislación procesal de Uruguay corresponde mayormente a la tradición del *civil law*.

No obstante, como ocurre en muchos países, los fenómenos de recepción de ciertas instituciones de una tradición jurídica en otra diferente, lo que sucedió en Uruguay, deviene en un sistema mixto con aproximación a ciertas soluciones del common law aunque tenga una tendencia de tradición de *civil law* claramente predominante.

El Código General del Proceso (CGP) uruguayo toma como base fundamental el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en las Jornadas realizadas en Río de Janeiro en 1988.

Dicho Instituto 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 referido Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, 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, etc.

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. Características típicas de la legislación procesal uruguaya

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, ellos no lograron acelerar sensiblemente los procesos ni generar un cambio de actitud de los operadores del sistema de justicia.

*Los principales rasgos del C.G.P. son los siguientes<sup>3</sup>:*

- a) Alcanza a todas las materias no penales con algunas excepciones especialmente reguladas. El proceso por audiencias se aplica a las materias civil, comercial, laboral<sup>4</sup>, 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 las estructuras procesales<sup>5</sup>. El CGP regula básicamente tres estructuras procesales: la ordinaria, la extraordinaria y la monitoria. Por ellas se tramitan casi todas las pretensiones<sup>6</sup>.*
- 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 los actos escritos para los actos de proposición (demanda, contestación, reconvencción, etc.) y algunos medios*

---

<sup>3</sup> LANDONI SOSA, ÁNGEL, « El proceso por audiencias como método para lograr una mejor justicia », en XXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, ps. 613 – 664. PEREIRA CAMPOS, S., «El proceso civil ordinario por audiencias – La experiencia uruguaya en la Reforma Procesal Civil», Mdeo, 2007, ps. 39 y ss.



*impugnativos, con las ventajas de los actos orales para la conciliación, saneamiento y prueba. Por ende:*

- ✓ Los actos de proposición, sentencias y recursos son mayoritariamente 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. No obstante el proceso es predominantemente dispositivo en tanto sólo las partes pueden iniciar el proceso y pueden culminarlo anticipadamente cuando así lo dispongan.*
- 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.*
- g) *Las pruebas tasadas son excepcionalísimas, teniendo clara preeminencia la valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.*

En el CGP, que sigue en este punto 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<sup>7</sup>. Es en la regulación de los mecanismos legales para efectivizar los principios

---

<sup>4</sup> Si bien hasta el año 2009, el Código General del Proceso comprendió la regulación del proceso laboral, actualmente rige una ley especial para el proceso laboral (18.572) que padece de grandes errores técnicos y algunas de sus disposiciones han sido declaradas inconstitucionales.

<sup>5</sup> *Como todavía ocurre en muchos países de Iberoamérica, en el régimen derogado en Uruguay se preveían casi tantos procesos distintos como materias o pretensiones existían. Cada proceso tenía sus plazos y requisitos distintos, cuyas diferencias generalmente no se justificaban. Ello generaba grandes problemas de interpretación normativa, propiciando las dilatorias y priorizando indebidamente lo formal sobre lo sustancial.*

<sup>6</sup> Sin perjuicio, se prevén otras estructuras que, por su especialidad justifican peculiaridades relevantes (procesos preliminares, cautelar, inconstitucionalidad de la ley, sucesorio, incapacidad, etc.).

<sup>7</sup> 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



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 un postulado fundamental expresamente consagrado: “el fin del proceso es la efectividad 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<sup>8</sup>:

- 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

---

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.

<sup>8</sup> Cf. 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; LANDONI SOSA, ANGEL (Director), "Código General del Proceso. Comentado. Anotado con jurisprudencia", BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2002, Volumen 1, ps. 1 – 22; LANDONI SOSA, A., "La regla moral y el abuso de las vías procesales", en "Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart", FCU, 1999, ps. 389 – 417; LANDONI SOSA, A., "El principio de moralidad. Base fundamental para un proceso justo", en "Tratado de la Buena Fe en el Derecho. Tomo II. Doctrina Extranjera", editor La Ley, Buenos Aires, 2004, ps. 391 – 420; 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; PEREIRA CAMPOS, S., «El proceso civil ordinario por audiencias – La experiencia uruguaya en la Reforma Procesal Civil», Mdeo, 2007, ps. 40 y ss.



- Debido proceso legal

### 1.3. Sistema predominantemente dispositivo

En el sistema uruguayo, son las partes quienes tienen la iniciativa del proceso y ellas son quienes pueden disponer de sus derechos en el mismo (CGP, art. 1º).

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 (CGP, art. 338), acerca del proceso extraordinario (CGP, art. 346); en relación con el proceso de estructura monitoria (CGP, art. 352). Lo propio sucede en el proceso de ejecución (CGP, art. 371), en el proceso voluntario (CGP, art. 404), en el proceso concursal (CGP, arts. 455 y 456), etc.

Corresponde destacar, además, que la interposición de cualquiera de los medios impugnativos requiere también la necesaria iniciativa de parte, de los terceros interesados, de los sucesores y demás sujetos alcanzados por la decisión y a la que ésta cause perjuicio (CGP, arts. 218 y 242).

Como lo ha señalado Simón<sup>9</sup>, a la posibilidad de disponer del proceso (comenzándolo o no, poniéndole fin en forma uni 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.

---

<sup>9</sup> 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.



Por otra parte, 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<sup>10</sup>.

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 (CGP, art. 117 num. 4º), de la contestación (CGP, arts. 130), de la producción de la prueba, la que está limitada a los hechos alegados y controvertidos (CGP, arts. 137 y 139), y respecto del contenido de la sentencia (CGP, art. 198).

#### **1.4. El equilibrio entre el principio dispositivo y el rol de dirección del tribunal en la etapa instructoria.**

Sin duda el CGP le ha otorgado al juez mayores poderes-deberes en lo relativo a la prueba, y ello surge de sus arts. 24 y 25 del CGP. En especial el art. 25.2 establece: *“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”*.

Una lectura aislada de esta disposición – como se ha señalado con acierto por Simón<sup>11</sup> – 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, como aclara dicho autor en solución que compartimos y es seguida por jurisprudencia constante, 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

<sup>10</sup> LANDONI SOSA, Ángel, “Los hechos nuevos y su prueba en el proceso civil”, en X Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal, Colonia del Sacramento, Uruguay, Surcos, 1999, ps. 423 – 441.

<sup>11</sup> SIMÓN, LUIS M., “El equilibrio entre los principios dispositivo e inquisitivo...”, ob. cit., p. 223.





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.

En los procesos relativos a menores o incapaces, y aquellos de la materia laboral, agraria y demás de interés social, el CGP otorga al tribunal las potestades de instrucción propias de los jueces en el sumario del proceso penal (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. Pero, aún en estas hipótesis, el proceso civil no se convierte en inquisitivo, 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 u otros derivados del dispositivo.

### **1.5. El principio del contradictorio está ampliamente respetado**

Claramente se indica en el art. 4º del CGP: “el tribunal deberá mantener la igualdad de las partes en el proceso”.

Así, de la demanda, en el proceso ordinario, deberá conferirse traslado (CGP, art. 338); del eventual excepcionamiento o reconvenición, también (CGP, art. 338.2); en el proceso extraordinario rige el mismo sistema (CGP, 346); en los procesos incidentales también procederá el traslado (CGP, art. 321.1); en los procesos monitorios, en cambio, la impugnación de la providencia inicial se realiza a través del excepcionamiento (CGP, art. 354.3).



Lo propio ocurre con relación a los recursos: reposición (CGP, art. 246.2), apelación (de sentencia definitiva: CGP, art. 253; de sentencia interlocutoria: CGP, art. 254), casación (CGP, art. 274) y revisión (CGP, art. 288).

#### **1.6. El CGP aprovechó lo mejor de la escritura y lo mejor de la oralidad**

En rigor, el CGP consagra un sistema mixto, de oralidad y escritura, ya que la demanda y la contestación u oposición, tanto en el proceso ordinario como en el extraordinario, en los incidentes fuera de audiencia, en los monitorios y en el proceso de ejecución, se deducen por escrito; y se han reservado las audiencias: la preliminar para la ratificación de los escritos introductorios, sanear el proceso y determinar el objeto del proceso y de la prueba; y la complementaria, para realizar el diligenciamiento de la prueba que no pudo recogerse en la audiencia preliminar y para recibir los alegatos conclusivos de las partes.

#### **1.7. Publicidad**

El art. 7º del CGP establece *“Todo proceso será 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 la personalidad de alguna de las partes”*.

La ley excluye de la publicidad los procesos de divorcio, los de pérdida de patria potestad, así como otras situaciones vinculadas con el derecho de familia y otros que confía a la prudencia de los magistrados.

#### **1.8. Administración de la prueba**



El CGP introdujo la importante innovación de que la prueba disponible debe ser acompañada u ofrecida con la demanda o con la contestación; respecto de la que no se pueda acompañar deberá indicarse el lugar en que se encuentre. En el supuesto que se trate de testigos, se deberá indicar el nombre y domicilio de los mismos y los hechos sobre los que declararán. Sobre los demás medios de prueba de que habrá de valerse, la parte debe solicitar su diligenciamiento en los actos de proposición.

El CGP expresamente aclara en el art. 118.3 que *“Sólo podrán ser propuestas posteriormente las pruebas claramente supervenientes o las referidas a hechos nuevos o a los mencionados por la contraparte al contestar la demanda o la reconvencción”*.

Además, el CGP consagró el principio de inmediación procesal en su art. 8º 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”*.

### **1.9. Vías de impugnación y alcance de las instancias recursivas**

El derecho a impugnar integra las garantías del debido proceso. El Código General del Proceso ha establecido en su art. 241.1 *“Todas las resoluciones judiciales son impugnables salvo disposición expresa en contrario”*; y en el art. 22.3 consagra el principio de la doble instancia, exceptuando sólo aquellos asuntos que la ley establezca expresamente que tramitarán por instancia única.

Además, a dichas normas, corresponde añadir lo dispuesto en el Pacto de San José de Costa Rica – transformado en ley interna por el art. 15 de la ley 15.737, de 8 de marzo de 1985- que en su art. 8º literal h) consagra entre las garantías judiciales el derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.



En el proceso civil, las resoluciones judiciales pueden ser impugnadas por diversas vías y con diverso alcance.

A continuación intentaremos sistematizar esas posibilidades:

**a) Impugnación mediante un proceso ordinario revisivo:** esta hipótesis es la que contempla el CGP en su art. 361 para el juicio ejecutivo: “Juicio ordinario posterior. 361.1 – Lo decidido en el proceso ejecutivo podrá ser modificado en proceso ordinario posterior.

Este proceso sólo podrá promoverse cuando haya quedado ejecutoriada la sentencia pronunciada en el proceso ejecutivo”.

Similar excepcional solución se prevé – C.G.P. art. 379.5 - en caso de ejecución de títulos formados extrajudicialmente.

En esta categoría corresponde incluir, también, las acciones revocatorias de la cosa juzgada aparente o fraudulenta –no prevista expresamente pero admitida por parte de la doctrina- y el proceso contencioso de impugnación de lo resuelto en el proceso voluntario (CGP, art. 405.2).

## **b) Impugnación mediante formulación de oposición**

### **b1) Oposición al concurso**

Se tramita por el proceso extraordinario. Esta situación está contemplada en el CGP art. 458.1 – Si el deudor hubiere pedido el concurso estarán legitimados para oponerse a su declaración los acreedores y exclusivamente aquél si lo hubieren pedido éstos<sup>12</sup>.

Corresponde precisar que el proceso concursal regulado en el CGP, arts. 452 a 471, ha quedado limitado al deudor persona física que no realice actividad empresaria (ley 18.387, art. 2). El régimen de impugnación de la declaración judicial de concurso, tratándose de deudor persona física que realiza actividad empresaria o persona jurídica civil o comercial que caiga en

---

<sup>12</sup> 458.2 – “El plazo para deducir la oposición será de 10 días a partir de la notificación.

458.3 – El procedimiento para sustanciar la oposición será el del proceso extraordinario en lo que fuere aplicable...”.



la insolvencia, luego de la vigencia de la ley 18.387 del 23 de octubre de 2008, es el recurso de apelación con efecto no suspensivo (art. 252 numeral 1º).

**b2) Oposición a las providencias dictadas con citación.**

Está contemplada en el art. 202 del CGP, el cual prevé que siempre que el Tribunal ordene algo con citación, el Actuario deberá suspender el cumplimiento de lo ordenado hasta que hayan pasado tres días de la notificación hecha a la parte que deba ser citada. Ésta podrá deducir oposición dentro de ese término, vencido el cual precluirá su facultad impugnativa. Deducida la oposición, se tramitará por la vía incidental. Aquí estamos frente a un contradictorio de impugnación, que culminaría con una resolución que será recurrible conforme a lo dispuesto en el art. 322.

Como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, la finalidad de la “citación” a que refiere la norma es siempre la misma: que puedan los interesados oponerse o deducir observaciones; si se oponen habrá conflicto de intereses, o contienda y, en el caso, corresponderá al juez resolver con arreglo a derecho<sup>13</sup>.

**b3) Oposición mediante demanda incidental<sup>14</sup>**

Esta vía es la que contempla el art. 115.3, que dispone: *“Procede reclamar la nulidad por vía de demanda incidental cuando, sea por la naturaleza del acto, sea por otra circunstancia, no corresponde o haya sido imposible hacerlo por vía de recursos o excepción; en tal caso la demanda incidental, deberá ser deducida dentro de los veinte días siguientes al del conocimiento fehaciente del acto”*.

La vía del incidente promovido fuera de audiencia (CGP, arts. 321 – 322) es la que el legislador estableció asimismo para tramitar la oposición de las tercerías de dominio o de mejor derecho, promovidas por el tercero embargado en un proceso de ejecución, ejecutivo o cautelar (CGP, art. 335.1).

<sup>13</sup> Cfe. PEREIRA CAMPOS, Santiago, “La providencia con citación en el Código General del Proceso”, R.U.D.P. 2/1999, ps. 277 – 285; LANDONI SOSA, A. (Director), “Código General del Proceso. Comentado. Anotado con jurisprudencia”, BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2004, Volumen 2B, ps. 649 – 651.

<sup>14</sup> Cfe. PEREIRA CAMPOS, Santiago, «La demanda incidental como vía para reclamar la nulidad en el Código General del Proceso”, publicado en la Revista Jurídica La Justicia Uruguaya, t. CVIII, marzo-abril de 1994.



### **c) Impugnación mediante excepciones**

Es la vía normal consagrada por el CGP para la impugnación de la sentencia condicional dictada en los procesos de estructura monitoria, que en nuestro sistema legal tiene un amplio campo de aplicación (CGP, arts. 351, 546.2, 546.3 y 546.4, y decretos leyes 14.219 y 14.384 sobre desalojos urbanos y rurales).

Es la vía a utilizar también en caso de que mediante ella se pueda plantear la nulidad, siempre que se esté en tiempo para ello (CGP, art. 115.1).

### **d) Impugnación mediante los recursos**

Éstos se dirigen a provocar una nueva cognición, ya sea por el propio tribunal que dictó la providencia (aclaración, ampliación, reposición), o por uno de jerarquía superior (apelación, queja en sus diversas modalidades o casación), de cuestiones decididas mediante resoluciones que aún no son firmes.

De los recursos solamente trataremos, por ser los más trascendentes, los de apelación, casación y revisión.

#### **d1) Recurso de apelación**

Es el recurso más importante y procede – CGP, art. 250- respecto de las sentencias definitivas, sin más excepciones que las de segunda instancia y las demás que expresamente establezca la ley. También corresponde contra las sentencias interlocutorias, excepto las dictadas en el curso de una instancia cuya sentencia definitiva no sea apelable, y las dictadas en el curso de un incidente.

Acerca de los efectos de este recurso, el CGP distingue tres: suspensivo, no suspensivo y diferido.

El efecto suspensivo – CGP, art. 251 num. 1 y 252.1- corresponde cuando se trata de sentencias definitivas o interlocutorias que pongan fin al proceso y hagan imposible su continuación. En estas hipótesis se suspende la competencia del tribunal inferior desde que



queda firme la providencia que concede el recurso hasta que el expediente le sea devuelto para el cumplimiento de lo decidido en la instancia superior.

El efecto no suspensivo – CGP, art. 251 num. 2- procede en general respecto de la apelación de las interlocutorias simples y en cuyo caso, en la misma providencia en que se concede el recurso, se señalarán las actuaciones que deben integrar la pieza separada que habrá de remitirse al superior. El tribunal superior decidirá dentro de las 48 horas si debe procederse o no a la suspensión del procedimiento principal.

El efecto diferido – CGP, art. 251 num. 3 y 252.3- está limitado a la simple interposición del recurso en cuyo caso, y sin perjuicio del cumplimiento de la resolución impugnada, se reservará fundamentarlo conjuntamente con el de la eventual apelación de la sentencia definitiva. La apelación tendrá efecto diferido en los casos expresamente establecidos por la ley, por ejemplo: resoluciones sobre producción, denegación y diligenciamiento de la prueba (CGP, art. 147) y la sentencia que decida un incidente (CGP, art. 322.2).

En cuanto a las facultades del tribunal de alzada, éste está limitado en virtud del principio de congruencia por los agravios deducidos, y no podrá modificar en perjuicio de la parte apelante el contenido de la resolución impugnada, salvo que la contraria también hubiera recurrido, en forma principal o adhesiva (CGP, art. 257).

El tribunal, al pronunciarse sobre el recurso de apelación, deberá examinar en forma previa si en el escrito introductorio del recurso no se ha hecho valer la nulidad de la sentencia o de los actos de la primera instancia (CGP, art. 257.4).

Contra lo resuelto por la sentencia definitiva o interlocutoria con fuerza de definitiva de segunda instancia, sólo proceden los recursos de aclaración, ampliación, casación y revisión si se dan sus presupuestos (CGP, art. 258).

#### d2) Recurso de casación

i) Procedencia (art. 268).



El recurso de casación procede contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales de Apelaciones en lo Civil, de Trabajo y de Familia, así como por los Juzgados Letrados de Primera Instancia, sean definitivas o interlocutorias con fuerza de definitivas<sup>15</sup>.

ii) Improcedencia.

a) Sentencias que decreten medidas cautelares (art. 269 num. 1)<sup>16</sup>.

b) Sentencias recaídas en asuntos que admiten un proceso posterior sobre la misma cuestión (art. 269 num.2)

Se excluye del recurso cuando el proceso en trámite admite un proceso posterior sobre la misma cuestión<sup>17</sup>.

c) Sentencias recaídas en asuntos cuyo monto no supere el importe equivalente a 4.000 Unidades Reajustables<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Si bien el Código no ha definido qué debe entenderse por sentencias definitivas o interlocutorias con fuerza de definitivas, podemos indicar que las primeras son aquellas que se pronuncian sobre el fondo del asunto y por ende ponen fin al proceso. Las interlocutorias con fuerza de definitivas, en cambio, son aquellas que se pronuncian sobre algún punto accesorio o sobre las excepciones previas contempladas en el art. 133 nums. 1, 7 y 8 (incompetencia, prescripción, caducidad, cosa juzgada o transacción) o bien sobre toda otra cuestión que obste a la prosecución del proceso, como ocurre, por ejemplo, cuando se decreta la perención de la instancia. Este tipo de sentencias no se pronuncia sobre el fondo del asunto pero obsta a la prosecución del proceso.

<sup>16</sup> BARRIOS DE ANGELIS ha criticado esta disposición ya que ella implica un “arrastre no controlado de la legislación anterior”, pues en sí no era necesario mantenerla como previsión expresa desde que las sentencias que decretan medidas cautelares son interlocutorias simples, excluidas de la casación en virtud de lo dispuesto por el art. 268 que sólo contempla como susceptibles del recurso a las sentencias definitivas e interlocutorias con fuerza de definitivas (BARRIOS DE ANGELIS, Dante, “El proceso civil”, Volumen I, ediciones IDEA, Montevideo, 1989, pág. 235). En el mismo sentido se han pronunciado los profesores VESCOVI y TARIGO (VESCOVI, Enrique, “El recurso de casación”, 2ª edición, editorial IDEA, Montevideo, 1996, pág. 47; TARIGO, Enrique, “Lecciones de Derecho Procesal Civil”, Tomo II, 2ª edición, FCU, Montevideo, 1998, pág. 271).

<sup>17</sup> Son aquellos casos del proceso ejecutivo y de los procesos de ejecución de créditos garantizados con hipoteca o prenda, de la transacción aprobada judicialmente o del convenio celebrado en el acto de la conciliación. En dichos supuestos que admiten la posibilidad de un proceso ordinario posterior revisivo, en virtud de lo establecido en los arts. 361 y 379.5 del CGP respectivamente, no procede el recurso de casación.

<sup>18</sup> Resulta interesante referir la evolución operada en el monto mínimo habilitante del recurso. En efecto, el Decreto-Ley 14.861, de 8 de enero de 1979, que introdujo la casación para la materia civil -ya existía para la materia penal desde el 5 de abril de 1909, Ley 3.439- en su redacción originaria no contenía una exigencia de tipo cuantitativo para admitir el recurso. Fue con el Decreto-Ley 14.951, de fecha 9 de noviembre de 1979, que se estableció que eran sentencias no recurribles en casación aquellas que recayeran en asuntos inferiores a 3.000 Unidades Reajustables. Dicho monto, se disminuyó con la sanción del Código General del Proceso, que lo fijó en el importe equivalente a 1.500 Unidades Reajustables, lo que significó una reforma ampliatoria en cuanto a la admisibilidad del recurso y a la accesibilidad al mismo.





d) Las sentencias de segunda instancia que confirmen en todo y sin discordia, a las sentencias de primera instancia.

Esta es una nueva restricción a la admisibilidad del recurso -consagrada en el art. 37 de la Ley Nº 17.243-, que deja fuera de la casación a las sentencias de segunda instancia que contengan la confirmación de todo lo establecido por la de primera instancia y sin discordia alguna. De esta forma, la justicia para el caso concreto queda restringida a dos instancias, habiéndose cercenado la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia pueda conocer, en estas hipótesis, de aquellos casos en que los interesados pretendieran someter a su decisión, situaciones que impliquen notorias infracciones o erróneas aplicaciones de la norma de derecho.

A la hipótesis que hemos analizado le corresponde la excepción cuando se trate de juicios seguidos contra el Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados en general. En estos casos, aún mediando sentencia de segunda instancia que confirme en todo y sin discordia la sentencia de primera instancia, el recurso será

---

Por último, la Ley 17.243 del año 2000 en su art. 38 estableció una reforma en gran medida limitacionista, ya que el monto legal mínimo pasó a ser a partir de ese momento 4.000 Unidades Reajustables. Ha señalado TARIGO que el referido tope cuantitativo así como la denominada “doble confirmatoria”, también consagrada por dicha ley, no han sido buenas soluciones (TARIGO, Enrique, “Dos limitaciones “urgentes” al recurso de casación”, RUDP 2/2000, Sección legislación anotada, FCU, Montevideo, pág. 362). Al tope cuantitativo, ya considerablemente alto, debe añadirse las interpretaciones aún más restrictivas de la Suprema Corte de Justicia. El referido Supremo Tribunal en reiteradas ocasiones ha señalado: I) Que el monto cuantitativo que supere el mínimo habilitante del recurso debe ser establecido a la fecha de la interposición de la demanda. En tal sentido, en sentencia de 28 de abril de 2004 la Suprema Corte de Justicia señala: que la Corporación ha sostenido reiteradamente que los requisitos de admisibilidad del recurso de casación deben configurarse al momento de la demanda (Conf. Sents. Nos. 674/94, 769/96 y 114/97, entre otras), -y el monto o cuantía del asunto se acredita mediante el cumplimiento de la carga prevista en el art. 117 nal. 6 del Código General del Proceso- (Conf. Sents. Nº 876/96 y 999/96, entre otras). II) Que para el caso de no haberse cumplido con la carga establecida en el art. 117 num. 6º que establece que el valor de la causa deberá ser determinado con precisión en la demanda, ello no puede ser efectuado posteriormente. Al respecto, en sentencia de fecha 3 de mayo de 2004 la Corte sostuvo que la estimación del monto del asunto, en oportunidad de introducirse el recurso de casación es extemporánea, cuando no se estimó en los actos de proposición (Conf. Sents. 674/94, 687/95, 796/96, 251/98, entre otras). III) Que si el actor no cumplió con la antes referida carga, el demandado debió hacerlo notar al contestar y si no lo hizo, tampoco será admisible el recurso interpuesto por éste. En sentencia de fecha 26 de mayo de 2004 la Suprema Corte de Justicia señaló que el monto del asunto debe ser estimado por el actor al demandar -art. 117 Nal. 6 del CGP- y si así no lo hiciere será el demandado quien deberá hacer notar la omisión al contestar la demanda -art. 130.1 del CGP-.



admisible cuando se trate de asuntos cuyo monto superare el importe equivalente a 6.000 Unidades Reajustables<sup>19</sup>.

iii) Las causales de casación

El art. 270 del CGP establece: “El recurso sólo podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho, sea en el fondo o en la forma. Se entenderá por tal, inclusive la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba.

No se tendrán en cuenta los errores de derecho que no determinaren la parte dispositiva de la sentencia.

En cuanto a las normas de procedimiento, sólo constituirá causal la infracción o errónea aplicación de aquellas que sean esenciales para la garantía del debido proceso y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal”.

El texto legal (art. 270 CGP) sigue realizando la distinción tradicional preconizada por Calamandrei entre defectos de actividad o infracción a las normas de forma y defectos de juicio o infracción a las normas de fondo.

Ha señalado Véscovi<sup>20</sup> que la distinción entre errores “in iudicando” e “in procedendo” es muy importante por cuanto:

“a) la infracción a las normas de procedimiento sólo es causal de casación cuando provoque una nulidad que afecte las garantías esenciales para la defensa en juicio y se haya reclamado en tiempo contra ella usando los recursos legales (art. 270 inc. 3º);

b) según la infracción sea a las normas de fondo (in iudicando) o de forma (in procedendo) las facultades del órgano decisor de la casación son diferentes. Si hay error en el fondo la Corte al dictar sentencia casando la providencia judicial, pronunciará una nueva sentencia que reemplace la casada; si hay error en la forma, reenviará el proceso al juez o tribunal que deba subrogar a los que se hubieren pronunciado (art. 277 CGP)”.

<sup>19</sup> La unidad reajutable a julio de 2010 está fijada en \$ 463,75 (U\$S 22,08).

<sup>20</sup> VÉSCOVI, Enrique, “El recurso de casación”, ob. cit., pág. 61.



d3) Recurso de revisión<sup>21</sup>

El legislador ha incorporado dentro de los medios impugnativos al recurso de revisión (CGP, arts. 281 a 292)<sup>22</sup>.

i) Procedencia.- El art. 281 del CGP establece que el recurso de revisión procede contra sentencias definitivas o interlocutorias firmes que pongan fin al proceso.

ii) Competencia.- El conocimiento del mismo corresponde a la Suprema Corte de Justicia cualquiera fuere el grado del tribunal en que hubiere quedado firme la resolución recurrida.

iii) Causales.- Conforme al art. 283, "Procede la revisión:

- 1) Cuando la resolución se hubiere producido por efecto de la violencia, la intimidación o el dolo;
- 2) Cuando alguna de las pruebas que constituyeren fundamento decisivo de la resolución impugnada, hubiere sido declarada falsa por sentencia firme dictada con posterioridad o bien que la parte vencida ignorase que había sido declarada tal con anterioridad.
- 3) Cuando después de la resolución se recobraren documentos decisivos que no se hubiere podido aportar al proceso por causa de fuerza mayor o por maniobra fraudulenta de la parte contraria;

---

<sup>21</sup> LANDONI SOSA, A., « Código General del Proceso. Comentado. Anotado con jurisprudencia », B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2004, Volumen 2B, ps. 1031 – 1062 ; PEREIRA CAMPOS, S., «El recurso de Revisión y la acción revocatoria en el Código General del Proceso" publicado en la Revista Uruguaya de Derecho Procesal No. 3/90 y « Sentencias pasibles del recurso de revisión regulado en el Código General del Proceso", publicado en "Revista de Derecho y Tribunales", Nº 1, junio de 2006.

<sup>22</sup> La Suprema Corte de Justicia uruguaya, en sentencia 340/97 (publicada en "La Justicia Uruguaya", caso 13.468) ha señalado que dicho "medio impugnativo que más que tal, podría ser calificado como de verdadera acción autónoma. Esto es, no un remedio procesal para corregir errores producidos en el mismo proceso en que se ha dictado la resolución que se impugna, sino una pretensión diversa que da origen, de consiguiente, a otro proceso. Si bien, como se dijo en anterior pronunciamiento en el que se estudió el tema, no se trata de una cuestión trascendente. Dado que "... para el legislador, indudablemente es un "recurso". Uno de los tanto que introdujo a los fines de lograr el saneamiento de los actos procesales y procurar la eliminación de los eventuales defectos o el contenido injusto de los mismos."



- 4) Cuando la resolución fuere contraria a otra anterior que tuviere entre las partes autoridad de cosa juzgada, siempre que no hubiere recaído pronunciamiento sobre la respectiva excepción;
- 5) Cuando la resolución se hubiere obtenido por actividad dolosa del tribunal, declarada por sentencia firme (artículos 114 y 115.2);
- 6) Cuando existiere colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes, siempre que hubiere causado perjuicios al recurrente o a la causa pública (artículos 114 y 115.2).”

iv) Legitimación.- Prevé el art. 284:

“284.1 - El recurso de revisión puede ser interpuesto por quienes hayan sido partes en el proceso, sus sucesores o causahabientes, así como por los terceros en los casos previstos en los numerales 5 y 6 del artículo anterior.

284.2 – También podrá ser interpuesto por el Ministerio Público cuando los hechos invocados afectaren la causa pública”.

v) Interposición del recurso.- El CGP en su art. 285 prevé dos plazos para la interposición de este recurso: uno máximo de un año desde que hubiera quedado ejecutoriada la resolución impugnada; y otro, de tres meses, desde que el recurrente hubiere conocido o debido conocer los motivos en que se fundare la misma.

**2. ¿Existen tradiciones nacionales muy específicas en su país en materia de proceso civil? Por ejemplo, en materia de recurrencia a los medios alternativos de resolución de litigios antes o durante la instancia judicial, en materia de poderes del juez, de cargas, derechos y obligaciones de la partes, de prueba, de vías de recursos, etc.**

**2.1. Tradiciones nacionales en materia de proceso civil en Uruguay**



a) Caracteres generales

Con carácter general, conforme a nuestro CGP, pueden señalarse, entre otros las siguientes tradiciones nacionales específicas en materia civil, las cuales siguen los lineamientos ya mencionados del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica:

- a) Nuestro sistema regula una instancia de conciliación judicial previa al inicio del juicio, la cual se celebra ante la Justicia de Paz.
- b) Una vez iniciado el proceso, en la audiencia preliminar se prevé también una instancia de conciliación intraprocesal.
- c) Existe una implementación incipiente de la mediación para asuntos vecinales.
- d) Si bien el arbitraje está regulado legalmente, es de escasa utilización en nuestro país.
- e) El Juez dispone de importantes poderes-deberes en su rol de director del proceso
- f) El principio de inmediación, por su interdependencia con los demás principios, es el pilar esencial del proceso civil. 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<sup>23</sup>.

b) La inmediación en el proceso por audiencias

---

<sup>23</sup> 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.



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<sup>24</sup>. El CGP uruguayo 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<sup>25</sup>.

La implementación del sistema por audiencias - esquema mixto, porque se mantiene la expresión escrita en los actos postulatorios e impugnativos, en general<sup>26</sup> – 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

---

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> Todo ello surge con claridad de la Exposición de Motivos del CGP uruguayo.

<sup>26</sup> 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).



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<sup>27</sup>.

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:

- 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.

---

<sup>27</sup> 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 Bidart-, 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 (GELSI BIDART, A., "Orientación general del Código y principios del proceso" en Curso sobre el Código General del Proceso, IUDP, t. I, p. 15).



- 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.).
- i) Se regula la recepción de prueba en audiencia.

Nuestros jueces, teniendo en cuenta el rigor de las sanciones por violaciones al principio de intermediación, 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.

En los numerales siguientes se analizan con mayor profundidad algunas de las tradiciones mencionadas.

## **2.2. Medios alternativos de resolución de litigios**

- a) Conciliación previa e intraprocesal

La Constitución uruguaya vigente (1967), en su art. 265 establece que: “No se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha tentado la





conciliación ante la Justicia de Paz, salvo las excepciones que estableciere la ley”<sup>28</sup>. El referido texto, con pequeñas variantes, había sido consagrado por la primera Constitución uruguaya de 1830.

El CGP en su art. 293 reitera la exigencia constitucional de la previa tentativa de conciliación a cuyos efectos deberá pedirse que se fije audiencia a la que será citado el futuro demandado en su domicilio. Los casos exceptuados de la conciliación previa están consagrados a texto expreso en los artículos 293.2 y 294 del CGP.

Además de la conciliación previa, el CGP prevé entre las actividades a realizar en la audiencia preliminar (art. 341 n° 3) la de tentar la conciliación que deberá realizar el tribunal, respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos.

Como dato indicativo de que el legislador prefirió la solución acordada por las partes a través de la conciliación o la transacción, fue que dispuso en el art. 223 “Las partes podrán conciliar o transigir la litis en cualquier estado del proceso; antes de existir sentencia ejecutoriada, aún después de la audiencia de conclusión de la causa...”

Corresponde formular la advertencia que tanto la conciliación previa como la intraprocesal que habían dado muy buenos resultados en los primeros años de vigencia del Código, en el momento actual, lamentablemente, padecen un descenso en su efectividad.

## b) Mediación

---

<sup>28</sup> El referido texto, con pequeñas variantes, había sido consagrado por la primera Constitución uruguaya de 1830. La Constitución Uruguaya de 1830, en su art. 107 preceptuaba: “Se establecerán igualmente Jueces de Paz para que procuren conciliar los pleitos que se pretendan iniciar; sin que pueda entablarse ninguno en materia civil y de injurias, sin constancia de haber comparecido las partes a la conciliación”.



Si bien la Suprema Corte de Justicia ha procurado darle impulso a través de la creación de los llamados Centros de Mediación, como una forma de facilitar el acceso al sistema de justicia y la autocomposición de los conflictos, el alcance de este medio alternativo es limitado.

Actualmente los Centros de Mediación funcionan sólo en Montevideo y cuentan con cinco locales. Según las últimas estadísticas disponibles en la página web de la Suprema Corte de Justicia, en el año 2008 se realizaron 3681 consultas y en el 93% de los casos fue posible llegar a un acuerdo.

El Presidente de la Suprema Corte de Justicia manifestó, en fecha reciente, en la prensa<sup>29</sup> que “la Corporación pretende extender la experiencia de los Centros de Mediación a todo el país en virtud de la buena experiencia que se ha generado y que ha derivado en porcentajes más que importantes de acuerdo”.

#### c) Arbitraje

También este medio alternativo de resolución de conflictos ha tenido escaso desarrollo en nuestro país, presumiblemente porque el sistema judicial ha funcionado en forma más que aceptable, ha sido utilizado principalmente para los contratos internacionales de grandes corporaciones.

### **2.3. Poderes deberes del tribunal**

El CGP claramente le ha otorgado al tribunal poderes-deberes de dirigir y ordenar el proceso. Así el art.2º establece: “Dirección del proceso.- La dirección del proceso está confiada

---

<sup>29</sup> Diario “El País” del 23/7/2010.



al tribunal, el que la ejercerá de acuerdo con las disposiciones de este Código”; y el art. 6º, “Ordenación del proceso”, prevé que: “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”.

Para cumplir efectivamente con el rol de director y ordenador del proceso, el CGP le ha otorgado amplias facultades al tribunal.

Dentro de las facultades de dirección del proceso, destacamos las siguientes:

a) la de dar al proceso el trámite que legalmente corresponda cuando el requerido aparezca como equivocado(C.G.P art. 24 nº3).

b) la de rechazar “in limine” la demanda cuando ésta fuere manifiestamente improponible, cuando carezca de los requisitos formales exigidos por la ley o cuando se ejercite una pretensión especialmente sujeta a términos de caducidad y éste haya vencido(C.G.P art. 24 nº 1).

c) la de rechazar “in limine” las pruebas inadmisibles, las manifiestamente inconducentes o impertinentes, los incidentes que reiteren otros ya propuestos por la misma causa; o la intervención de terceros que carezcan de los requisitos exigidos (C.G.P. art 24 nº 6,7 y 8).

d) la de relevar de oficio ciertas excepciones como la de incompetencia absoluta, la de litispendencia, cosa juzgada, caducidad, transacción, falta de representación del apoderado, incapacidad declarada del actor o su representante (C.G.P. art 24 nº 2 y 133 in fine).

e) la de imponer sanciones disciplinarias y multas a los Abogados y Procuradores en los casos previstos legalmente (C.G.P. art. 24 nº 10) pudiendo eventualmente la parte, también ser condenada en los daños y perjuicios en razón de su mala fe o temeridad (C.G.P. art. 61).

#### **2.4. Cargas, derechos y obligaciones de los sujetos procesales**



El CGP en artículo 5 establece: “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”.

De la norma citada resulta como debe ser la actuación en el proceso, según el legislador uruguayo:

- a) respetuosa de la dignidad de la justicia.
- b) acorde con el respeto que se deben los litigantes.
- c) el debate debe ser leal y de buena fe<sup>30 31</sup>
- d) deber de veracidad (art. 62).

La jurisprudencia, basándose en el citado art. 5 del CGP que consagra el principio de lealtad y buena fe de todos los partícipes del proceso, ha ido estableciendo un deber amplio de colaborar con el tribunal, lo que ha sido discutido por parte de la doctrina.

El demandado, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 130.2 del CGP, tiene la carga de pronunciarse categóricamente sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y

---

<sup>30</sup> Pero ¿qué debemos entender como buena fe procesal? Couture en su Vocabulario Jurídico 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”.

Cómo se materializa en el proceso ese actuar de buena fe:

- brindando al tribunal la información veraz y completa de cómo ocurrieron los hechos, sin ocultamientos, reticencias o ambigüedades.
- aportando la prueba de cargo y de descargo sin retaceos.
- 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.

- colaborando con el tribunal en el desarrollo del proceso y en especial de las audiencias, ya que la actividad conjunta del juez y de las partes es esencial para lograr la efectiva tutela de los derechos sustanciales (COUTURE, Eduardo J. “Vocabulario Jurídico” editorial B de F Montevideo-Buenos Aires Voz “Buena fe(procesal).

<sup>31</sup> LANDONI SOSA, A., « Relaciones entre las partes, los jueces y los abogados », en « XII Congreso Mundial de Derecho Procesal », Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, A.C., México, 2003, ps. 561 – 590.



sobre la autenticidad de los documentos que a ella se hubieran acompañado y cuya autoría le fuere atribuida. Su silencio, así como sus respuestas ambiguas o evasivas, se tendrán como admisión de esos hechos y de la autenticidad de los documentos.

Las partes tienen la carga de comparecer en forma personal a la audiencia preliminar, con una importante sanción para la inasistencia no justificada: si es el actor quien no comparece, se lo tendrá por desistido de la pretensión, y si es el demandado, el tribunal deberá tener por admitidos los hechos alegados por el actor.

Conforme al art. 139 (Carga de la prueba): “139.1.- Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella obligación.

139.2.- -La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba.”

## **2.5. Medios impugnativos**

En cuanto a las vías para plantear los medios impugnativos, entre ellos los recursos, nos remitimos a lo ya expresado en la respuesta a la pregunta 1.

**3. ¿Se han adoptado en su país recientemente (en los 15 últimos años) reformas procesales estructurales? Si es sí, en qué dirección fueron esas reformas y cuál ha sido el objetivo? ¿Han contribuido ellas a « modelar » el proceso y a la armonización en relación a las convenciones internacionales o leyes-modelos, o a los Principios ALI/Unidroit de Procédure civile transnacional?**



La más importante reforma procesal civil se realizó en Uruguay en 1989 con la referida implantación del proceso por audiencias regulado en el CGP.

Posteriormente han existido reformas procesales específicas en materias tales como procesos de relaciones de consumo de menor cuantía, procesos laborales, acceso a la información pública, habeas data, etc.

La reforma general del proceso civil realizada en 1989 tuvo los siguientes objetivos<sup>32</sup>:

- 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. La simplicidad se obtiene al limitar el número de tipos de procesos a su mínimo indispensable. Así, fuera de la necesaria previsión de procesos preliminares, cautelares e incidentales, se redujo el proceso de conocimiento a tres formas: la ordinaria, la extraordinaria y la monitoria. 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.
- 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.
- Moralizar el proceso evitando conductas desleales y dilatorias. La probidad se logra mediante mecanismos que aseguren que los sujetos actúen con lealtad y buena fe, entre los cuales asume fundamental importancia la carga de anticipar en la demanda y en la contestación toda la prueba que se intenta producir, evitando el ocultamiento y las maniobras. En el mismo sentido, el otorgamiento al Tribunal de trascendentes poderes-

---

<sup>32</sup> PEREIRA CAMPOS, S., «El proceso civil ordinario por audiencias – La experiencia uruguaya...», ob. cit., ps. 27 y ss.



deberes, y un régimen impugnativo en el cual el efecto suspensivo sea la excepción, evitan conductas maliciosas.

- Priorizar lo sustancial sobre lo formal: que las formas –siempre necesarias para garantizar el debido proceso- sean instrumentales al derecho sustantivo. Prescribe el art 14: “Para interpretar la norma procesal, el tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales”.
- 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.

Esta reforma ha contribuido a « modelar » el proceso en relación a las convenciones internacionales, fundamentalmente al Pacto de San José de Costa Rica y sus exigencias de un proceso de duración razonable.

Asimismo, la reforma contribuyó a la armonización en relación al Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, el cual ha sido considerado parcialmente en varias reformas o proyectos de reforma de la región.

Los principios elaborados por la ALI/Unidroit de Procédure civile transnacional, en gran medida, son coincidentes con los principios generales establecidos en el Título Primero del Código General del Proceso, resultando oportuno destacar que éste le precedió en el tiempo.

Las reformas procesales posteriores han sido parciales y han respondido más a necesidades específicas que a razones de armonización o sistematización e incluso, en algunos casos –tal como sucedió con la reciente reforma del proceso laboral-, han sido duramente criticadas por la doctrina procesal nacional por quebrar la unidad del sistema procesal civil, constituyendo un retroceso en relación a los logros de la reforma de 1989.



**4. ¿Los proyectos de reforma procesal civil son, en su país, precedidos por estudios de derecho comparado?**

Generalmente en Uruguay los proyectos de reforma procesal civil son precedidos por estudios de derecho comparado, considerando leyes vigentes en otros países, proyectos de ley o leyes modelos.

Ello fue claro en la reforma procesal de 1989 que, como ya señalamos, consideró el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica como base fundamental. El CGP, sin duda, fue precedido por el análisis del derecho comparado, en especial de los países de Iberoamérica.

En efecto, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en las IVas Jornadas, celebradas en Valencia y Caracas (Venezuela) en 1967, resolvió que se prepararan bases uniformes para la reforma de la legislación procesal penal y civil de los países latinoamericanos.

La correspondiente al proceso civil fue confiada a los profesores uruguayos Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Véscovi<sup>33</sup>. El referido proyecto de Código Modelo fue analizado en sucesivas Jornadas Iberoamericanas y aprobado en la que tuvo lugar en Río de Janeiro en 1988.

El mencionado Código Modelo, que luego se transformara en ley en el Uruguay – Código General del Proceso- 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 apreciar en los siguientes códigos procesales: Perú (1993), Provincias Argentinas de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (agosto de 1994), y de la Pampa (febrero de 2001).

---

<sup>33</sup> Fueron publicadas en La Justicia Uruguaya, Tomo LXIII, Sección Doctrina, ps. 1 a 43.





Asimismo, el texto único ordenado del Código Judicial de Panamá (2001) el Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador y el de Honduras siguen también, con pequeñas variantes, las líneas directrices del Código Modelo.

Cabe comprender en el grupo de países con legislación vigente parcialmente inspirada en el Código Modelo a Brasil<sup>34</sup>, ya que en dicho país el Código del Proceso Civil de 1973, al ser reformado en 1994, adoptó los principios más característicos de aquél, consagrando en forma mitigada la oralidad y la intermediación, 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 provisional. DINAMARCO<sup>35</sup>, 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 las Provincias de Río Negro y de Corrientes.

En relación a otras reformas de áreas específicas de la justicia realizadas en Uruguay, como el proceso de amparo, habeas data, acceso a la información pública, etc., también se recurrió al derecho comparado pero no de la forma sistemática en que se trabajó en el CGP, generándose vacíos, falta de coordinación con el sistema general, etc.

Concretamente, debemos lamentar que las últimas reformas de la legislación procesal aprobadas en el Uruguay, especialmente en lo que refiere al proceso laboral, han significado un

---

<sup>34</sup> SIMÓN, Luis M., “La aplicación del Código Procesal Civil Modelo en Iberoamérica”, en RUDP 3/2003, ps. 379 a 397.

<sup>35</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, “A reforma do Código de processo civil”, Malheiros Editores, Sao Paulo 1995, p. 119.



verdadero retroceso con respecto al alto nivel que habíamos alcanzado con el Código General del Proceso.

**5. ¿Constata usted en su país un retroceso de la distinción clásica entre *common law* y *civil law* en materia de proceso civil? ¿en qué instituciones o principios?**

La referida distinción se ha desdibujado a partir de año 1989 con la entrada en vigencia del CGP:

a) Se han conferido amplios poderes al tribunal para dirigir y ordenar el proceso (CGP arts. 24 y 25), se han establecido sanciones para las partes cuando no concurren en forma injustificada a la audiencia preliminar (CGP art. 340.2 y 340.3) y se prevé en el art. 21.3: “Las decisiones del tribunal deben ser acatadas por todo sujeto público o privado, los que, además deben prestarle asistencia para que se logre la efectividad de sus mandatos. Para lograr esta efectividad el tribunal podrá: a) utilizar el auxilio de la fuerza pública, que deberá prestarse inmediatamente a su solo requerimiento; b) imponer compulsiones o conminaciones, sean económicas bajo forma de multas periódicas, sean personales, bajo forma de arresto, dentro de los límites prefijados por la ley y abreviando la conducción forzada o el arresto”.

b) Se introduce un proceso por audiencias, que consagra el principio de intermediación, de acuerdo al cual se produce el contacto directo del tribunal con las partes y con la prueba;

c) Publicidad del proceso;

d) Consagración del principio de buena fe con relación a todos los partícipes del proceso: las partes comparten con el tribunal la responsabilidad de promover una justa, eficaz y razonablemente rápida resolución del proceso;

e) Interrogatorios libres de partes y testigos (arts. 149 y 161 del CGP).

f) Examen del dictamen pericial (CGP, art. 183).



h) Diligencias preparatorias en materia probatoria y la carga de presentar u ofrecer toda la prueba con la demanda y contestación (arts. 117, 188, 130, 131 y 306 y ss del CGP).

## II. Leyes modelos

6. a) ¿En qué medida la jurisprudencia de su país acoge los principios de las convenciones y tratados internacionales (Convención Americana sobre los Derechos del Hombre, textos de la Unión Europea, Convención Europea de los Derechos del Hombre, Tratado Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.) y la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales (Corte Interamericana de los Derechos del Hombre, jurisdicciones europeas y otras)? Indicar las principales materia a los que aquellas han sido aplicadas.

b) ¿Los tribunales de su país han resistido a veces seguir la jurisprudencia en materia de procedimiento civil de una jurisdicción internacional (por ej. La Corte Europea de los Derechos Humanos), dictando decisiones en sentido contrario u opuesto?

### 6.1. Acogimiento por la jurisprudencia uruguaya de convenciones y tratados internacionales y la jurisprudencia de jurisdicciones internacionales

La jurisprudencia uruguaya ha acogido en sus decisiones, fundamentalmente, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), arts. 8.2 y 11,



con relación a las garantías del debido proceso<sup>36</sup> habiéndose declarado ilegítima, en esta oportunidad, la actividad de la administración que negaba el acceso a un interesado con derecho a conocer las actuaciones de un sumario administrativo.

También en un proceso vinculado a la protección de los derechos del niño, en el que se solicitaba se declarase la pérdida de la patria potestad por parte del padre en razón de su abandono culpable de los deberes inherentes a la misma, hizo aplicación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. VIII y XXX; de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), arts. 4 y 5, 17.1, 19 y 32.2; de la Convención sobre Derechos del Niño, arts. 18 y 27.2<sup>37</sup>.

En un caso vinculado a la adopción de una medida cautelar solicitada en segunda instancia, se fundamentó para denegarla en los arts. 22.3 del CGP y el art. 8 literal h) de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que consagran la garantía de la doble instancia<sup>38</sup>.

En un proceso por responsabilidad por hecho de la Administración, se hizo caudal de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que en su artículo 11 establece que: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, nadie puede ser objeto de ataques ilegales a su honra o reputación y toda persona tiene derecho a la protección frente a dichos ataques”; y que en su art. 13 dispone que el ejercicio del derecho de la libertad de pensamiento y expresión no puede estar sujeto a previa censura sino a las responsabilidades ulteriores<sup>39</sup>.

En un caso de reclamación laboral de una funcionaria respecto de una Embajada extranjera en el Uruguay, donde la parte demandada no contestó la demanda, se le aplicó la norma prevista en el art. 339.4 del CGP que establece “La rebeldía del demandado determinará que el tribunal deba tener por admitidos los hechos alegados por el actor en cuanto no resultaren contradichos por la prueba de autos, la que deberá igualmente, ser diligenciada en

<sup>36</sup> Sentencia Nº 76/98 de 29/10/98, publicada en La Justicia Uruguaya, caso 13.661.

<sup>37</sup> Sentencia Nº 164/2000 del 14/11/2000, publicada en La Justicia Uruguaya, caso 14.091.

<sup>38</sup> Sentencia Nº 225/2003 del 5/11/2003, publicada en LJU, caso 14.940.

<sup>39</sup> Sentencia Nº 206/97 del 23/10/1997, publicada en LJU, suma 117042.



todo lo que el tribunal considere necesario...”. Fundamentando su decisión, la Suprema Corte de Justicia estableció lo siguiente: “Si teniendo el demandado la carga de contestar y en ejercicio de su libertad, no lo hizo, se presume que dispuso en ejercicio de esa misma libertad de su derecho a contradecir; con las consecuencias que resultan del incumplimiento de una tal carga. Y ello con más razón debe ser así, en el caso de autos, en que se trata de una hipótesis en que una empleada de la demandada, en el libre ejercicio de sus derechos, formuló una pretensión contra la misma, no siendo legítimo que se le niegue la posibilidad de discutir esos hechos que afirma derivaron en su perjuicio, en tanto aquella es un Estado que ha adherido a la Convención Americana de Derechos Humanos y que, por lo tanto, ha reafirmado “... su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y ha reconocido, por tanto, “... que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional...”(Convención Americana de Derechos Humanos, Preámbulo)<sup>40</sup>.

En un caso relativo a una acción de amparo en que se solicitaba que el Ministerio de Salud Pública brindara determinada información relativa a la utilización de determinada droga, cuyo nombre comercial es “Ritalina”, con relación a menores que presentaban déficit de atención con hiperactividad, haciendo lugar a dicha pretensión, en la sentencia se invocó el derecho del ser humano a la salud (art. 25 de la Declaración Universal), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales (art. 112), el art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el art. 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, sociales y culturales<sup>41</sup>.

En otro caso relativo a una acción de amparo promovida con la finalidad de obtener una decisión judicial que impusiera a la institución pública condiciones adecuadas de reclusión a los

---

<sup>40</sup> Sentencia de la Suprema Corte de Justicia, Nº 31/2000, del 25 de febrero de 2000, publicada en LJU, suma 122003.

<sup>41</sup> Sentencia del Juzgado Letrado de Familia de 18º Turno, Nº 146/07 y sentencia del Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno, Nº 380/07, del 19 de diciembre de 2007, publicadas en LJU, caso 15.652.



menores infractores, se invocaron las siguientes normas internacionales: la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1959, ratificada por la ley uruguaya 16.137 del 28 de setiembre de 1990, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), ratificada por la ley uruguaya 15.737, y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, de 1991<sup>42</sup>.

También han sido aplicadas en varios casos<sup>43</sup> las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana y declaradas con valor de Acordada (No.7647) por la Resolución de la Suprema Corte de Justicia, de fecha 1° de abril de 2009, en las cuales se establece que los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares. En materia laboral<sup>44</sup>, se ha señalado que debe realizarse la interpretación y aplicación de las reglas procesales de forma que más protejan los derechos fundamentales en debate. Ese y no otro es el mandato de las Reglas de Brasilia de 2008 recogidas en Acordada de la Suprema Corte de Justicia n.7647, que persiguen “...el compromiso de un modelo de justicia integrador, abierto a todos los sectores de la sociedad y especialmente sensible con aquellos más desfavorecidos o vulnerables.” (Declaración de Brasilia, Puntos 12 y 13), “...que deberán ser seguidas, en cuanto resulte procedente, como guía en los asuntos a que refieren.” ( art. 1 de la acordada) , que incluyen “...la revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia.” ( art. 1 numeral 29 del Capítulo II).

## **6.2. Los tribunales uruguayos no se resisten a seguir la jurisprudencia en materia de procedimiento civil de una jurisdicción internacional**

<sup>42</sup> Sentencia Nº 36/2008, dictada por el Juzgado Letrado de Familia de 16º Turno, del 7 de abril de 2008 (inérita).

<sup>43</sup> Sentencia Nº 79/ 2009 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno.

<sup>44</sup> Sentencia Nº 122/ 2010 del Tribunal de Apelaciones en lo Trabajo de 1º Turno. Similar criterio sostuvo este Tribunal en la Sentencia 81/2010 y Sentencia Interlocutoria Nº 345/2009.



No conocemos casos en los cuales los tribunales uruguayos se hayan resistido a seguir la jurisprudencia en materia de procedimiento civil de una jurisdicción internacional, dictando decisiones en sentido contrario u opuesto.

**7. En *doctrina*, ¿hay en su país debates sobre la « modelización » mundial (o regional) del proceso civil? ¿Cuál es la posición mayoritaria de los autores en esta materia? ¿Cómo han sido recibidos los Principios ALI/Unidroit de Procedimiento civil transnacional? La cuestión de la autonomía procesal de los Estados ha sido un obstáculo?**

En el ámbito regional, la posición mayoritaria de los autores es coincidente en la necesidad de armonizar las normas procesales en el Mercosur. No obstante, es preciso destacar que la noción de soberanía es muy fuerte en nuestros países. Y que, además, no podemos desconocer que existen profundas diferencias entre los sistemas procesales del Mercosur. Por dicha razón entendemos que el camino a seguir debiera ser ir realizando gradualmente la armonización de dichos sistemas, para lograr como objetivo final la vigencia de una ley procesal uniforme entre los Estados Partes.

Si bien los principios consagrados por ALI/Unidroit de Procedimiento civil transnacional son poco difundidos en Uruguay y su conocimiento es limitado, los mismos son, en general, compatibles con nuestro Código General del Proceso. La cuestión de la autonomía procesal de nuestro país no ha sido un obstáculo para ello.

Hemos sostenido que los principios que deben informar al derecho procesal internacional son: a) la jurisdicción razonable; b) el acceso a la justicia; c) la no discriminación



del litigante extranjero; d) la cooperación de principio; y e) la circulación internacional de los fallos<sup>45</sup>.

En cuanto al principio de jurisdicción razonable, ha sido recogido por la Convención Interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras (La Paz, 1984, art. 1º), aprobada por nuestro país por ley 17.533, de fecha 9 de agosto de 2002.

El principio de la jurisdicción razonable es coincidente con el consagrado por ALI/Unidroit en el punto 2.5, donde se establece: “Se puede declinar la jurisdicción o suspenderse el procedimiento cuando el tribunal sea manifiestamente inadecuado en comparación con otro más apropiado para ejercerla”.

Al comentar el referido principio se expresa lo siguiente:

“El concepto reconocido en el principio 2.5 es comparable a la regla del “forum non conveniens” del common law. En algunos sistemas del civil law, el concepto tiende a evitar el abuso de la jurisdicción. Este principio puede hacerse efectivo mediante la suspensión del procedimiento en el foro por respeto hacia otro tribunal. La existencia de un foro más conveniente es necesaria para la aplicación de este principio. Este principio debe ser interpretado en conexión con el principio de igualdad procesal de las partes que prohíbe cualquier tipo de discriminación por razones de nacionalidad o residencia”.

En cuanto al acceso a la justicia, está consagrado asimismo en el art. 2 de la referida Convención de La Paz.

En lo referente a la no discriminación del litigante extranjero, está consagrado en el art. 4 del CGP que establece “Igualdad procesal.- El tribunal deberá mantener la igualdad de las partes en el proceso”.

El referido principio ha sido consagrado también en el ámbito del Mercosur por el Protocolo de Las Leñas en su capítulo III “Igualdad de trato procesal”, donde se dispuso:

---

<sup>45</sup> LANDONI SOSA, Ángel, “Eficacia internacional de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros”, publicado en “Estudios sobre el proceso de ejecución en homenaje a Enrique E. Tarigo”, FCU, Montevideo, 2006, ps. 279 – 319.





“Art. 3.- Los ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los Estados Partes, gozarán en las mismas condiciones que los ciudadanos y los residentes permanentes de otro Estado Parte, del libre acceso a la jurisdicción en dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses.

El párrafo precedente se aplicará a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes.

Art. 4.- Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, podrá ser impuesta en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente de otro Estado Parte.

El párrafo precedente se aplicará a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes.”

Corresponde señalar que este principio de igualdad procesal ha sido también recogido en el Proyecto de Código Modelo de la Cooperación Interjurisdiccional para Iberoamérica, elaborado en el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que en su art. 3º dispone:

“Deberá asegurarse la igualdad de tratamiento entre nacionales y extranjeros, residentes o no, tanto en el acceso a los tribunales como en la tramitación de los procesos en los Estados requirente y requerido”.

El referido principio de igualdad procesal de las partes ha sido consagrado por ALI /Unidroit en los siguientes términos:

“3.- Igualdad procesal de las partes.

3.1 – El tribunal deberá asegurar la igualdad de trato y la oportunidad razonable para que los litigantes hagan valer o defiendan sus derechos.

3.2 – El derecho a la igualdad de trato implica evitar cualquier tipo de discriminación ilegítima, especialmente por razones de nacionalidad o de residencia. El tribunal deberá tomar en cuenta las dificultades que podría encontrar una parte extranjera al participar en un litigio.



3.3 – No se deberá exigir a una persona que garantice las costas del proceso o su responsabilidad por haber solicitado medidas cautelares por el sólo hecho de no ser nacional o residente del Estado del foro.

3.4 – En la medida de lo posible, las normas sobre competencia territorial no deberán imponer cargas irrazonables para acceder a la justicia a la persona que no es residente habitual del foro.”

La cooperación judicial es de principio y el fenómeno de la globalización hace imprescindible que el servicio de justicia trascienda las fronteras, que la existencia de Estados diversos y, por tanto, de diferentes órdenes jurídicos, no impida que la acción jurisdiccional llegue hasta donde sea necesario.

En cuanto al principio de la circulación internacional de los fallos, no significa que no puedan existir normas concretas que dispongan acerca de los requisitos y condiciones que deben reunir los fallos para ser eficaces extraterritorialmente, pero supone partir de la premisa de la extraterritorialidad, del respeto por el fallo extranjero y de la afirmación de que el control de legalidad a que dicho fallo puede estar sometido, no puede suponer en modo alguno un nuevo debate o consideración de fondo sobre la cuestión ya analizada y concluida, sino un cotejo fundamentalmente formal y sólo sustancial para comprobar que el fallo en cuestión no lesiona ningún principio básico del orden jurídico receptor (orden público internacional).

La determinación del tribunal competente en la esfera internacional importa fundamentalmente en dos momentos, a saber: a) al iniciarse el proceso, es decir, cuando debe precisarse ante el tribunal de qué país se entablará la acción (jurisdicción internacional directa); b) en la oportunidad en que el Estado receptor debe apreciar si la sentencia que ante él se pretende ejecutar fue o no dictada por el tribunal competente en la esfera internacional (jurisdicción internacional indirecta).



Según GOLDSCHMIDT<sup>46</sup> existe entre ambas una diferencia teleológica. La primera quiere evitar la efectiva privación de justicia, ningún litigio debe quedarse sin juez competente; la segunda, en cambio, persigue evitar la invasión de la jurisdicción internacional del país al que se le pide la prestación del auxilio jurisdiccional internacional, o para el caso de haber Tratado impedir la invasión de la jurisdicción internacional de otro Estado miembro.

Las normas supranacionales suscritas y ratificadas por Uruguay confían la determinación de la competencia a la ley del Estado en el cual la sentencia va a surtir efectos. Ello resulta de las siguientes normas: Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, CIDIP II de Montevideo de 1979 (art. 2 literal d); Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, Las Leñas, Argentina, 27 de junio de 1992 (ley 16.971, de 15 de junio de 1998), art. 20 literal c); Convenio de Cooperación Judicial en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre la República Oriental del Uruguay y la República Federativa del Brasil (ley 17.728, del 27 de noviembre de 1995, art. 16 literal d).

El Código General del Proceso, en cambio, prevé una solución totalmente diferente y en su art. 539.1 dispone: “Las sentencias extranjeras tendrán eficacia en la República, si reunieren las siguientes condiciones: (...) 4) que el tribunal sentenciante tenga jurisdicción en la esfera internacional para conocer en el asunto, de acuerdo con su derecho, excepto que la materia fuera de jurisdicción exclusiva de los tribunales patrios”.

Defendiendo la solución consagrada en el art. 539.1 numeral 4º del CGP, afirmaba Operti<sup>47</sup>: “Siempre hemos enseñado – siguiendo al Maestro Goldschmidt- que el Derecho Internacional Privado es un Derecho de la Tolerancia y que ésta es necesario demostrarla, tanto en el respeto por el derecho extranjero – aplicándolo cuando procede- como por la sentencia extranjera cuando ésta reposa en un criterio de competencia no rechazable por nuestro orden jurídico. Nunca nos ha parecido sustentable la idea de “nacionalizar” los fallos extranjeros, por

<sup>46</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, “Jurisdicción internacional directa”, en publicación de OEA sobre “Primera Reunión de Expertos en Derecho Internacional Privado”, Washington, 9 al 15 de abril de 1980, p. 104.

<sup>47</sup> OPERTTI, Didier, “Competencia internacional y jurisdicción exclusiva”, Revista Uruguaya de Derecho Procesal 1/2003, ps. 71 – 78.



los peligros de exceso de territorialismo que ello conlleva y menos sustentable todavía afirmar que los criterios de competencia internacional adoptados por el derecho internacional privado uruguayo puedan imponerse a todos los demás Estados en ausencia de tratado o convención internacional entre ellos, máxime cuando se ha dado cumplimiento a requisitos de forma y fondo (entre éstos el de no lesionar nuestro orden público internacional) supuestamente garantistas del debido proceso y del derecho de defensa de las partes, así como de la oficialidad de las actuaciones cumplidas”.

El sistema uruguayo coincide con los principios de reconocimiento y cooperación judicial internacional consagrados por ALI /Unidroit en los puntos 30 y 31.

“30.- Reconocimiento.- Una sentencia definitiva dictada en otro foro en un proceso sustancialmente compatible con estos principios debe ser reconocida y ejecutada salvo que por razones de orden jurídico material dispusieran lo contrario. Las medidas provisionales deben ser reconocidas en los mismos términos.

31.- Cooperación judicial internacional.- Los tribunales de un Estado que ha adoptado estos Principios deberán prestar asistencia a los tribunales de cualquier otro Estado en los que se esté desarrollando un procedimiento de conformidad con estos Principios, incluida la concesión de medidas cautelares y provisionales y la cooperación en la identificación, conservación y producción de pruebas.”

- 8. En *jurisprudencia*, ¿los tribunales de su país han hecho alguna referencia a) a los principios transnacionales de procedimiento; b) a las leyes-modelos; c) a los principios fundamentales y universales del proceso? ¿Constató usted alguna influencia de la flexibilidad y la contractualización de las reglas de procedimiento en el arbitraje ante las jurisdicciones estatales?**



Los tribunales uruguayos en los casos que hemos citado supra, se han remitido a las Convenciones ratificadas por nuestro país, en especial a aquellas que tutelan las garantías del debido proceso o los derechos humanos.

### **8.1. Acceso a la justicia**

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno, en sentencia 232/2001 ha señalado: “Todas las normas de competencia –y a esta regla no escapa la jurisdicción internacional– tienden a garantizar el acceso a la justicia”.

### **8.2. Determinación del tribunal competente**

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno, en sentencia de fecha 22/7/05 señaló: “A los fines de practicar la elección de tribunal competente habilitada por las normas nacionales de derecho internacional privado aplicables y de designar modalidad de emplazamiento, puede entonces considerarse sin esfuerzo que “Moody's...” tenía, entre otros domicilios, uno en el Uruguay, relativo a su actividad como calificadora de instituciones bancarias de esta plaza; que es precisamente la que según la parte actora generó la responsabilidad que se esgrime en la demanda. Por lo tanto, su propia conducta determinó los supuestos habilitantes de la eventual intervención de la Justicia nacional en pleitos como el promovido infolios, con carácter de internacionalmente competente, y sin perjuicio de la oportuna consideración de cuál es el Derecho aplicable al fondo de la relación que sustenta el litigio, en forma absolutamente independiente de la solución dada a la cuestión competencial.

Conspiraría contra la buena fe y contra el sentido común, aceptar la tesis de la apelante, según la cual “está” y “no está”, en el país, según le convenga; porque lo cierto es que en lo relativo a su actividad como calificadora de bancos locales, registrada ante el Banco Central del



Uruguay, quiso estar presente en el país, lo cual revela la existencia de domicilio suficiente al efecto de determinar la intervención de los órganos jurisdiccionales uruguayos en los pleitos a que pudiere dar lugar esa actividad voluntariamente desplegada”.

### 8.3. Cumplimiento de las garantías del debido proceso

La Suprema Corte de Justicia, en sentencia 196/97 de fecha 13 de junio de 1997<sup>48</sup>, en un proceso de ejecución de sentencia extranjera, analizando los requisitos destinados a asegurar la regularidad del procedimiento seguido en el extranjero, entendió como necesario analizar: “b.1 – Que el demandado haya sido notificado o emplazado de acuerdo con el Derecho del Estado de origen de la sentencia CGP art. 539.1 numeral 5, Tratados de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889 y 1940, arts. 5 literal c) de ambos textos, y la Convención Interamericana de 1979 sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, art. 2 literal f.”

Y agregó: “Si bien debe estarse al modo de notificar del país de origen del fallo, el tribunal controlante siempre deberá constatar –para considerar como adecuadamente cumplido el requisito- que la forma de notificación extranjera haya permitido que la parte tenga un conocimiento adecuado y en tiempo del juicio iniciado.”

“b.2 – Que se haya asegurado la debida defensa de las partes (art. 539.1 num. 6 CGP). El requisito complementa el anterior y su finalidad es asegurar que la parte contra la cual se invoque la sentencia, haya tenido efectiva y real oportunidad de defensa de sus intereses en juicio. Cuestión a examinar con la debida atención en los casos de juicios en rebeldía, en los que las garantías, en su ausencia, no podrán ser inferiores a las aseguradas por nuestra normativa, por cuanto de lo contrario se vulnerarían principios que hacen a nuestro orden público internacional procesal”.

---

<sup>48</sup> Citado por Ángel LANDONI SOSA en “Eficacia internacional de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros”, publicado en “Estudios sobre el proceso de ejecución en homenaje a Enrique E. Tarigo”, FCU, 2006, p. 304.



En definitiva, la Suprema Corte de Justicia hace lugar a la ejecución de la sentencia extranjera en razón de que "... de la sentencia agregada surge claro el cumplimiento de los extremos referidos en el 539.5 num. 5 del CGP pues el órgano jurisdiccional foráneo tiene por debidamente acreditada la exigencia de la adecuada notificación de la demanda conforme con las normas del Estado de donde proviene el fallo: lo que se ve corroborado por el silencio de la demandada luego de ser debida y legalmente notificada de la pretensión de ejecución."

#### **8.4. Cosa juzgada**

La sentencia extranjera, para poder ser ejecutada en el Uruguay, debe de haber pasado en autoridad de cosa juzgada en el Estado de origen del fallo, y ello en aplicación del CGP, art. 539.1 num. 7, la Convención Interamericana, art. 2 literal g), y dentro de los países del Mercosur, Convenio de Las Leñas, art. 20 literal e) y Convenio con Brasil, art. 16 literal e).

El requisito de la cosa juzgada debe acreditarse específicamente. Así se resolvió en sentencia de la Suprema Corte de Justicia Nº 193/97, de fecha 11 de junio de 1997, dado que dicho órgano había denegado primariamente la ejecución y luego la concedió cuando se le justificó con el certificado respectivo que el pronunciamiento había quedado firme y ejecutoriado.

#### **8.5. Orden público**

La sentencia extranjera no debe contrariar manifiestamente el orden público internacional del Estado receptor, conforme así lo disponen el CGP, art. 539.1 num. 8, la Convención Interamericana, art. 2 lit. h), y en el ámbito del Mercosur el Protocolo de Las Leñas, art. 20 literal f) y Convenio con Brasil, art. 16 literal f).



La doctrina y la jurisprudencia han indicado aquellos casos que serían violatorios del orden público del Estado receptor:

- i. que la decisión se haya dictado en un proceso sin las debidas garantías;
- ii. que provenga de un tribunal que usurpó materias que son de competencia exclusiva del Estado receptor;
- iii. que la decisión emane de un órgano no jurisdiccional o carezca de la imprescindible independencia como para ser considerado un verdadero tribunal de justicia;
- iv. que la sentencia se funde en una norma discriminatoria en razón de sexo, raza, religión u opinión política;
- v. que se pretenda hacer valer los efectos civiles de una sentencia penal dictada en razón de un acto no punible en nuestro derecho.

**8.6. Mínima influencia de la flexibilidad y la contractualización de las reglas de procedimiento en el arbitraje ante las jurisdicciones estatales.**

Dada la ya señalada baja utilización del arbitraje en Uruguay, es mínima la influencia ante las jurisdicciones estatales de la flexibilidad y la contractualización de las reglas de procedimiento del arbitraje.

**9. ¿Su derecho nacional del procedimiento es incompatible con ciertos Principios transnacionales de procedimiento civil ALI/Unidroit? Si es sí, ¿con cuáles? ¿Diría usted globalmente que los Principios ALI/Unidroit son más bien compatibles o incompatibles con sus reglas de procedimiento civil? ¿Los principios ALI/Unidroit de procedimiento civil transnacional han influenciado las reformas recientes del procedimiento civil en su país?**





Si bien los principios ALI/Unidroit de procedimiento civil transnacional no han influenciado directamente las reformas del procedimiento civil en Uruguay, consideramos que los Principios ALI/Unidroit son perfectamente compatibles con los sustentados por el Código General del Proceso de Uruguay.

### **III. Preguntas suplementarias para los relatores nacionales de Iberoamérica**

**1. En qué medida el ordenamiento procesal civil de su país recoge los principios típicos del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica, de 1988: a) oralidad ante jueces unipersonales con apelación ante una cámara superior; b) poderes del juez ordenatorios e instructorios; c) intermediación y concentración; d) audiencia preliminar; e) proceso monitorio; f) procesos sociales; g) otras instituciones.**

En la medida de que el Código General del Proceso uruguayo que entró a regir en 1989, tiene su fuente directa en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988, siendo los autores de ambos textos los profesores Gelsi, Véscovi y Torello, el ordenamiento procesal civil uruguayo recoge los principios típicos de dicho Modelo, regulando

a) el proceso mixto por audiencias ante jueces unipersonales con apelación ante una cámara superior;

b) poderes ordenatorios e instructorios del juez en el marco de los hechos alegados y controvertidos por las partes;

c) intermediación y concentración;



d) audiencia preliminar como acto procesal complejo de trascendencia donde se busca la conciliación y se sana el proceso;

e) proceso monitorio en casos de fehaciencia inicial;

f) soluciones especiales para los procesos sociales;

g) otras instituciones tales como: apelación con efecto diferido, valoración de la prueba en base a la sana crítica, deber de colaboración y veracidad de los sujetos procesales, etc.

**2. En qué medida el ordenamiento procesal de su país recoge los principios típicos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2006: a) legitimación extraordinaria; b) requisitos de la demanda colectiva y representatividad adecuada; c) anticipación de la tutela; d) derechos individuales homogéneos; e) cosa juzgada; f) otras instituciones.**

### **2.1. Consideraciones preliminares**

El ordenamiento procesal uruguayo sigue, en materia de procesos colectivos las soluciones del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988, no recogiendo los modernos desarrollos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2006<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Cf. LANDONI SOSA, A., “Legitimación para la defensa de los intereses difusos”, en RUDP 4/1981, ps. 350 – 364; “La tutela de los derechos del consumidor en el Derecho Uruguayo”, en “Estudios en homenaje al Profesor Enrique Véscovi”, FCU, 2000, ps. 281 – 311; “Análisis del Anteproyecto de Código Modelo para los procesos colectivos en Iberoamérica”, en “La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica”, editorial Porrúa, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003, ps. 380 – 404; LANDONI SOSA, A. y PEREIRA CAMPOS, S., Relato nacional al “Congreso Internacional de Derecho Procesal” organizado por el “Centro di Studi Giuridici Latinoamericani de la Università “Tor Vergata” celebrado en Roma del 16 al 18 de mayo de 2002, sobre el tema “Tutela de los intereses difusos y colectivos”; PEREIRA CAMPOS, S., “Intereses difusos y colectivos en Uruguay: marco conceptual, legitimación y efectos de la cosa juzgada”, publicado en Revista Uruguaya de Derecho Procesal N° 2/2000; “Los procesos colectivos - Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, Relato nacional por Uruguay al Congreso Internacional de Derecho Procesal organizado por el Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericanos de la Universidad “Tor Vergata”, celebrado en Roma del 20 al 22 de mayo de 2004, publicado en la Revista Uruguaya de Derecho Procesal N° 3/2003; Nuevas tendencias en materia de legitimación y cosa juzgada en los procesos colectivos”, relato uruguayo al Congreso Mundial de Derecho Procesal de la International Association of Procedural Law, Bahía, 2007, publicado en el libro del referido congreso.



En consecuencia, si bien tiene soluciones básicas en materia de legitimación y cosa juzgada, deja sin regular todos los demás aspectos que el Código Modelo de Procesos Colectivos desarrolla.

## 2.2. Regulación legal de la legitimación y la cosa juzgada en los procesos colectivos

La Constitución uruguaya no prevé norma expresa de regulación de los procesos colectivos, sin perjuicio de la existencia de normas expresas sobre la protección del medio ambiente<sup>50</sup>.

Las acciones de tutela de los intereses colectivos y difusos en nuestro país son disciplinadas desde el punto de vista procesal en los arts. 42 y 220 del Código General del Proceso (CGP), no existiendo al respecto una legislación especial por separado.

Existen también algunas normas de derecho sustantivo en leyes especiales, que se vinculan directa o indirectamente con la cuestión de los intereses difusos y colectivos.

En materia de legitimación, el art. 42 del CGP –con muy similar regulación al art. 53 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica que es su fuente directa- confiere con amplio criterio la legitimación para defender los intereses difusos al Ministerio Público, a las asociaciones o instituciones representativas e, incluso, a cualquier interesado. Dispone la norma:

*"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*

---

<sup>50</sup> Dispone el art. 47 de la Constitución: *"La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores"*.



*social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido".*

Esta norma de legitimación se complementa con dos disposiciones legales específicas: una para la defensa del medioambiente y otra para la defensa de los derechos de los niños y adolescentes.

En efecto, la ley 16.112, del 30 de mayo de 1990 (ley de creación y de asignación de competencias del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente), en su art. 6 dispuso que *"el Ministerio podrá ejercer la acción prevista en el artículo 42 del Código General del Proceso"*.

Por su parte, el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 17.823 de 2004, dispone en el art. 196:

*"(Intereses difusos): Amplíase a la defensa de los derechos de los niños y adolescentes las previsiones del art. 42 del Código General del Proceso"*.

Un caso interesante acerca de la legitimación se planteó en Uruguay ante una acción de amparo presentada por dos abogados penalistas para tutelar derechos fundamentales violados en cárceles del Uruguay<sup>51</sup>.

En primera instancia, el Juzgado Letrado de lo Contencioso Administrativo falló en los siguientes términos:

*"Acógrese parcialmente la demanda y en su mérito ordénase al Estado (...) que en forma inmediata, conforme a lo dispuesto por el art. 9 literal c) de la ley 16.011:*

1.- Disponga la eliminación como centro de reclusión de los módulos metálicos del Penal de Libertad, lo que deberá efectivizarse en el plazo máximo de 120 días.

---

<sup>51</sup> Guerra Pérez, Walter, « Amparo para tutelar derechos fundamentales violados en cárceles del Uruguay. Comentario de una sentencia que lo desestima », en RUDP 2/2008, ps. 219 – 235.



2.- Disponga las medidas necesarias para eliminar el hacinamiento carcelario en los centros de reclusión que padecen superpoblación, lo que deberá efectivizarse en un plazo máximo de ocho meses.

3.- Disponga la separación de procesados y de condenados en todos los establecimientos del país, lo que deberá efectivizarse en el plazo máximo de ocho meses”.

En segunda instancia, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno revocó la antes referida sentencia, argumentando, entre otras razones, la falta de legitimación de los referidos profesionales.

En efecto, expresan: “En el caso, los accionantes no hacen valer la titularidad de un derecho sino que actúan en representación de intereses difusos, invocando un peligro o amenaza meramente hipotética en lo que refiere a sus personas y a la de futuros reclusos. No están, en consecuencia, legitimados en la causa”.

Dichas afirmaciones fueron criticadas por el Prof. Walter Guerra quien sostuvo al respecto lo siguiente:

“Se parte del supuesto, aparente, que la cuestión carcelaria planteada por los actores constituye un derecho colectivo que interesa nada más que a los reclusos, y ello excluye, según interpreto de la sentencia, que la misma realidad, los mismos hechos, el mismo problema, pueda estar afectando también intereses difusos.”

Según Guerra, hay afectación de intereses difusos en el caso, y se pregunta: “Ahora, ¿realmente no interesa a nadie más que a los propios reclusos, la situación carcelaria, el modo de vida, la formación o deformación que en ella se produce?”.

Y añade: “La tesis de la sentencia no parece ser la solución más adecuada social, institucional y jurídicamente. Veamos y continuemos interrogándonos, ¿los familiares, convivientes, amigos, allegados de los reclusos no tienen una legítima expectativa en un adecuado tratamiento, reeducación y recuperación de la persona sometida a reclusión, conforme lo ordena la Constitución nacional? Si se contesta afirmativamente dicha interrogante, naturalmente se está en discordancia con la sentencia.”



En definitiva, Guerra llega a la conclusión de que los dos abogados pretendientes están legitimados para deducir la acción que iniciaron, que el amparo es una vía adecuada para hacer valer la pretensión y que la tesis de la primera instancia era la correcta. En tal sentido expresa: "... La sentencia de primera instancia es trascendente desde el punto de vista institucional, en el ámbito del derecho y de los valores de una sociedad democrática. Lo que está haciendo la sentencia de primer grado es constatando la existencia de una actividad del Estado (por acción u omisión) en materia carcelaria, que ha venido desarrollándose en el tiempo y que lejos de mejorar, ha empeorado notoriamente, la cual es violatoria de la Constitución, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y los derechos humanos de los reclusos, entre otros afectados. Y lo que resuelve dicha sentencia es que tal situación de hecho debe cesar. Le está ordenando al Estado que cumpla la Constitución y los Tratados referidos en razón de que no lo ha hecho aún"<sup>52</sup>.

Lamentablemente la tesis que predominó en la especie es la de la sentencia dictada en segunda instancia por el Tribunal de Apelaciones que desestimó la acción y que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, dado que, conforme a la interpretación jurisprudencial del art. 11 de la ley 16.011 en consonancia con el art. 269 numeral 2º del CGP, frente a una sentencia dictada en el proceso de amparo no es admisible el recurso de casación<sup>53</sup>.

En cuanto a la cosa juzgada, por su parte, el art. 220 del CGP, dispone:

*"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"*.

---

<sup>52</sup> Guerra Pérez, Walter, ob. cit., p. 233.

<sup>53</sup> Art. 11, Ley 16.011 : « La sentencia ejecutoriada hace cosa juzgada sobre su objeto, pero deja subsistente el ejercicio de las acciones que pudieran corresponder a cualquiera de las partes con independencia del amparo ».



Similar solución se consagra en el art. 194 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica<sup>54</sup>.

A diferencia de otros países, no existe en el sistema jurídico uruguayo una conceptualización legal o de otra fuente normativa de esta categoría de intereses, debiendo por ende recurrirse a la doctrina y jurisprudencia nacional que suele remitirse a los estudios de los procesalistas italianos, españoles, argentinos y brasileños.

Cabe asimismo mencionar especialmente las siguientes leyes sustantivas que, si bien no modifican el régimen procesal citado, refieren directa o indirectamente al posible contenido de las pretensiones en materia de intereses difusos y colectivos:

- ❑ Ley N° 16.466 de fecha 19/1/94 sobre Evaluación del Impacto Ambiental.
- ❑ Ley N° 17.250 de fecha 11/8/00 que regula las relaciones de consumo y contiene importantes previsiones sobre defensa al consumidor<sup>55</sup>.
- ❑ Ley N° 17.283 de fecha 28/11/00 sobre protección del medio ambiente.

### 2.3. Falta de regulación legal de otros aspectos

En Uruguay no existe regulación específica sobre otros aspectos vinculados a los procesos colectivos. Nuestro legislador no ha distinguido, como lo hace el Código Modelo de Procesos Colectivos, entre intereses o derechos difusos, intereses o derechos colectivos e intereses o derechos individuales homogéneos, limitándose a referirse a los intereses difusos. Mucho menos ha regulado la compatibilización entre las acciones o pretensiones.

---

<sup>54</sup> Por ende, el análisis que realizaremos en este trabajo, si bien estará centrado en el Código General del Proceso uruguayo (CGP), es aplicable al Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, aprobado en las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal que tuvieron lugar en Caracas, Venezuela, del 27 al 29 de octubre de 2004.

<sup>55</sup> A modo de ejemplo, cabe mencionar que el art. 6°, lits. F) y G) de la ley 17.250 de relaciones de consumo, consagra como “derechos básicos del consumidor”, “la efectiva prevención y resarcimiento de los daños patrimoniales y extra patrimoniales” y “el acceso a organismos judiciales y administrativos para la prevención y resarcimiento de daños mediante procedimientos ágiles y eficaces...”.



Si bien en nuestra jurisprudencia los intereses colectivos han sido asimilados en su tratamiento a los colectivos, ninguna solución se prevé para los derechos individuales homogéneos<sup>56</sup>.

Tampoco se prevén soluciones específicas en relación a aspectos tales como: la legitimación pasiva, la litispendencia, la resolución parcial del litigio en casos en que una parte del mismo no requiera prueba y otra si, la prueba estadística o por muestrario, ni se regula ninguna solución especial diferencial sobre carga de la prueba en materia de intereses difusos y colectivos, etc. No existen tampoco referencias en la legislación uruguaya a la condena genérica para las acciones colectivas reparatorias de daños individualmente sufridos.

Todo lo cual pone de manifiesto la necesidad imperiosa de regulación legislativa de éstos y otros aspectos que son minuciosamente considerados en el Código Modelo de Procesos Colectivos.

No existen a la fecha en Uruguay proyectos de ley articulados sobre acciones colectivas. Sin embargo, su necesidad se ha vuelto patente, por lo cual debiéramos esperar que los esfuerzos de la doctrina procesal y de las instituciones públicas y privadas involucradas en las cuestiones vinculadas a los intereses difusos y colectivos, confluyan en tal sentido.

En nuestra opinión, el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica podría sin duda alguna inspirar, al menos parcialmente, la futura legislación uruguaya en la materia.

La filosofía y concepción básica del CGP y del Código Modelo son similares.

Las normas de legitimación y cosa juzgada –que son las únicas que regula el CGP- son muy similares a las del Código de Procesos Colectivos, pero omiten regular gran parte de las cuestiones vinculadas que con gran precisión contiene el referido Código.

---

<sup>56</sup> Señala LANDONI: “Esta categoría no ha sido contemplada en el derecho uruguayo y si bien los derechos individuales homogéneos, que tengan un origen común, podrían hacerse valer individualmente mediante la acumulación de pretensiones prevista en el art. 120.2 del CGP, no sería posible su tratamiento colectivo y por ende también sería limitada la eficacia de la sentencia” (LANDONI, A., “Análisis...”, ps. 389 y 390).





En consecuencia, las dos normas del CGP citadas son un sólido pilar del tema de los intereses difusos pero son escasas e insuficientes para solucionar muchos problemas que se plantean, requiriendo por ende necesariamente de desarrollo legislativo complementario

En nuestra opinión es posible la armonización de las normas existentes en nuestro país con las del Código de Procesos Colectivos, siempre y cuando se introduzcan en el ámbito nacional, bajo forma de ley, estas últimas, con los ajustes necesarios, pero manteniendo su filosofía y esencia.

Si bien no son aún oficiales, existen en la doctrina uruguaya iniciativas en el sentido de adoptar el Código Modelo, al menos parcialmente, como inspiración para la futura legislación incluyendo sus esquemas conceptuales de legitimación y cosa juzgada.

El desarrollo y proliferación de los procesos de intereses difusos y colectivos en nuestro país requerirá necesariamente del dictado de una ley que desarrolle las escasas normas del CGP. Estamos convencidos que ese marco legal debe inspirarse en el Código Modelo que, con pocas adaptaciones y algunos ajustes, podría ser transformado en derecho positivo vigente.

En nuestra opinión, una de las razones por la cuales en Uruguay, pese a contar con normas que permiten el ejercicio de pretensiones de intereses difusos, no se plantean las mismas con frecuencia en la práctica jurisprudencial, es que no existe un marco claro sobre los efectos de la sentencia, la incidencia de lo resuelto en un proceso en relación a los demás vinculados, ni está claramente definido el alcance de los intereses difusos, ni se distinguen los elementos individuales de la pretensión de aquellos difusos o colectivos, etc.

El esclarecimiento de éstos y otros aspectos mediante el dictado de una ley inspirada en el Código Modelo de Procesos Colectivos, contribuiría a crear las condiciones de un acceso amplio a la justicia en la materia.

El Código Modelo de Procesos Colectivos merece vehementes elogios de parte de la comunidad jurídica iberoamericana y debe constituir la base imprescindible sobre la cual reformar y modernizar los ordenamientos jurídicos iberoamericanos en materia de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos,



En el caso de Uruguay, como lo hemos señalado anteriormente<sup>57</sup>, ha llegado el momento de actualizar el Código General del Proceso de conformidad con las modernas soluciones del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

Este debe ser el nuevo gran desafío de los procesalistas uruguayos, como el mejor homenaje a nuestros queridos maestros GELSI, VESCOVI y TORELLO, que tanto han hecho por la Justicia en Iberoamérica.

**3. En qué medida la jurisprudencia de los tribunales de su país recoge los principios de las convenciones y pactos internacionales (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de Roma, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.) y la doctrina de los Tribunales internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos y otros); indicando las principales materias en que se aplica (derechos económicos, sociales y culturales; derechos de la institucionalidad democrática; derecho de incidencia colectiva; etc.).**

En la jurisprudencia de los tribunales uruguayos en forma gradual y progresiva se han recogido principios de las Convenciones y Pactos internacionales, como lo veremos a continuación en diversas materias.

### **3.1. Derecho humano a la vida y a la salud**

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno, en sentencia 230/09 de fecha 2 de diciembre de 2009<sup>58</sup>, frente a un caso en que se habían solicitado determinados medicamentos imprescindibles para proteger la salud de una paciente afectada por esclerosis múltiple, y que habían sido denegados por el Ministerio de Salud Pública, haciendo lugar a la reclamación, expresó: “Los derechos invocados tienen relación con la preservación del derecho y protección a la vida y a la salud que son de rango constitucional (arts. 44 y 72 de la Constitución de la República). También se encuentran consagrados en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y ratificado por la ley 13.751 y por el Protocolo de San

---

<sup>57</sup> LANDONI, A. y PEREIRA CAMPOS, S., “Tutela de los intereses colectivos y difusos en Uruguay” en RUDP 1/2002, ps. 69 y ss.

<sup>58</sup> Publicada en La Justicia Uruguaya Tomo 141, marzo – abril 2010, caso 15.977.



Salvador que amplía la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificado por el art. 10 de la ley 16.519, y finalmente está previsto en el art. 10 de la ley Nº 18.335.

Y agrega: “Es indiscutible partir del reconocimiento de la existencia del derecho fundamental a la protección de la salud de las personas; que éste debe ser puesto en práctica por el Estado a través de todos los medios disponibles y en beneficio de todas las personas; que se debe garantizar el igual acceso de cada persona a los cuidados necesarios de acuerdo con su estado de salud y, particularmente, el derecho de acceso a los medicamentos necesarios forma parte esencial del derecho a la salud. Tales derechos conforman la legalidad en sentido amplio del Estado constitucional de Derecho como normas sustanciales y al igual que el principio de igualdad y otros derechos fundamentales, de modo diverso limitan y vinculan al poder administrador, excluyendo o imponiéndole determinados contenidos en su accionar reglamentario”.

### **3.2. Restitución internacional de menores**

En la especie la Suprema Corte de Justicia, por sentencia Nº 665 del 21 de junio de 1996, redactada por el Dr. Jorge Marabotto Lugaro<sup>59</sup>, casó la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er Turno e hizo lugar a la restitución internacional de una menor nacida en los Estados Unidos, traída al Uruguay por su padre y retenida indebidamente en nuestro país. La Suprema Corte entendió acreditada la retención ilegal de la menor por parte de los demandados contraviniendo expresamente lo establecido por el art. 4 de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de los menores, según la cual se “Considera ilegal el traslado o la retención del menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores o cualquier institución inmediatamente antes de ocurrir el hecho...”.

Y agregó: “De ninguna manera se puede aceptar validar una vía de hecho, lo realizado al margen de las normas jurídicas, actuación meramente fáctica...” “En ese sentido, el Estado prohíbe – y ello es política prácticamente universal- el uso de la fuerza, el empleo de métodos

---

<sup>59</sup> Publicada en la Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Nº 4/1997, con nota del Prof. Dante BARRIOS DE ANGELIS.



de autotutela; si bien, en forma muy excepcional se pueden ver aplicaciones de la misma, como la legítima defensa o la excepción de contrato no cumplido. Mas, como norma, ello está proscrito, en tanto sería legitimar o admitir el dominio del más fuerte, “... del grupo, clan o fracción más fuerte; a la sustitución de la norma por la fuerza” (Dante Barrios de Angelis, Introducción al Proceso, edición 1980, pág. 21).”

### **3.3. Derecho a la identidad real. Desconocimiento de paternidad legítima**

La Suprema Corte de Justicia por sentencia N° 99/2007, decidiendo un recurso de casación hizo lugar a la pretensión formulada por el padre de desconocimiento de la paternidad legítima de un hijo, expresó:

“Sin duda, el derecho del niño a conocer su identidad es un derecho inherente a su dignidad como persona humana (arts. 6º y 9º del Código de la Niñez y de la Adolescencia) pero tal derecho, consagrado en los art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), debe entenderse en el sentido de identidad real y verdadera, que coincide con la filiación biológica y no puede esgrimirse como el fundamento de la pretensión de permanencia o estabilidad de un estado civil falso, sin la necesaria correspondencia con la realidad de la institución familiar, sentado sólo sobre bases puramente formales y en clara colisión con la paternidad genética”.

### **3.4. Violación de las garantías del debido proceso**

a) En el proceso administrativo. En este caso, la Dirección General Impositiva de Uruguay omitió dar vista a la empresa previo a adoptar la sanción de clausura, violando las garantías del debido proceso.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia N° 516/09 de fecha 15 de setiembre de 2009<sup>60</sup>, expresó: “Como bien se consignara en la sentencia 556/01 de la Sala, se trata de la regla anglosajona “his day in court”, señalada por el Profesor Couture y por toda la doctrina procesalista, aplicable a la vía administrativa; regla que como se expresa en la sentencia mencionada, tiene linaje nada menos que constitucional (arts. 12, 66, 72 y

---

<sup>60</sup> Publicada en la Justicia Uruguaya, Tomo 141, marzo – abril 2010, caso 15.956.



concordantes), legal (art. 8 Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por ley 15.737), y reglamentario (arts. 2 lit. i, 5, 76, 171 y concordantes del Decreto 500/991), además de conformar un verdadero principio general de derecho cuyo enunciado es muy simple: nadie puede ser objeto de la imposición de un perjuicio sin antes ser oído (art. 72, 332 y concordantes de la Constitución).

b) En el proceso jurisdiccional. Por sentencia 659 del 2008 de fecha 17 de setiembre de 2008, la Suprema Corte de Justicia declaró la inconstitucionalidad de una norma por violar el principio de igualdad ya que denegaba a una de las partes el recurso de apelación.

El art. 122 de la ley 16.226, que sustituyó el art. 41 del decreto ley 14.219 dispuso: “En caso de haberse deducido oposición de excepciones, la sentencia de primera instancia que haga lugar al desalojo no admitirá recurso alguno.” Dicha norma entró en colisión con el art. 8 de la Constitución que establece que: “todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o virtudes”.

“La norma legal atacada por vicio de inconstitucionalidad consagra la inapelabilidad de la sentencia de primera instancia para el inquilino excepcionante perdedor, en cambio permite que el fallo pueda ser apelado por el actor cuando se revoca el desalojo inicialmente decretado, colidiendo de esta forma con el art. 8 de la Carta Magna.”

Y añade más adelante: “Por otra parte, se vulnera no sólo la normativa superior invocada, sino además principios establecidos en la Declaración de Derechos Humanos, art. 10, que proclama el derecho de toda persona en condiciones de plena igualdad a ser oída, lo que determina que no corresponde otorgar más defensas a una parte en detrimento de otra”.

### **3.5. Presunción de inocencia en procedimiento administrativo**

En el caso se trataba de un profesor del Servicio de Teatros Municipales de Montevideo, al que no se le renovó la respectiva contratación por estar “separado del cargo con investigación sumarial administrativa en trámite”.



La Suprema Corte de Justicia, decidiendo sobre un recurso de casación, por sentencia 337/97 de fecha 20 de octubre de 1997 dijo: “Como ninguna otra motivación se ha dado para la no renovación del contrato del actor, corresponde entender que la circunstancia anotada fue la razón de la determinación. Y siendo así, es indudable la inadmisibilidad del motivo invocado, que desconoce la presunción de inocencia que ampara a toda persona sujeta a un procedimiento represivo o disciplinario, mientras el mismo, como ocurre en el caso, no ha concluido con una resolución firme dictada con las garantías del debido proceso, que establezca su culpabilidad (numerales II y XI del art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica; y art. 170 del Decreto 500/91).

No renovar el contrato del actor con investigación sumarial en trámite, implica sancionar a ese funcionario antes de culminar la instrucción del sumario y por el solo hecho de estar sometido al mismo, olvidando que la resolución final puede o podía ser absolutoria y que la medida adoptada importa privarlo de la misma”.

### **3.6. La necesaria motivación de las decisiones judiciales**

La Suprema Corte de Justicia por sentencia N° 349 del 2009, de fecha 2 de octubre de 2009, rechazó el recurso de casación interpuesto frente a una sentencia de segunda instancia que había anulado una de primera instancia dictada en un proceso laboral por falta de fundamentación adecuada.

La Corte, fundando su decisión y citando a Lorca Navarrete expresó: “La motivación de las resoluciones judiciales no surge como un tema exento de importancia. Su planteamiento entronca con el 'derecho a ser juzgado' que recoge el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, con el “derecho a ser juzgado públicamente” del art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, o en fin, con el derecho a ser oído por un Tribunal competente del art. 8 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969”.



En la referida sentencia también se cita el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, aprobado en el año 2006 en la XII Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana, que en su art. 19 indica que: “Motivar supone expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicas válidas, aptas para justificar la decisión”, agregando que “El juez debe motivar sus decisiones tanto en materia de hechos como de Derecho (art. 22)”, “En materia de hechos el juez debe proceder con rigor analítico en el tratamiento del cuadro probatorio. Debe mostrar en concreto lo que aporta cada medio de prueba, para luego efectuar una apreciación en conjunto (art. 23)”. Asimismo se establece que “la obligación de motivar las decisiones se orientan a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares, y en último término, la justicia de las resoluciones judiciales (art. 18)”.

### **3.7. Uso abusivo del derecho de comunicación**

La Suprema Corte de Justicia, en sentencia 366/2009, de fecha 21 de octubre de 2009, por la que se rechaza el recurso de casación interpuesto por el Canal de Televisión y los periodistas que habían sido condenados a reparar el daño moral ocasionado a una Magistrada del fuero penal, expresó: “IV.- Sustancialmente la cuestión se enmarca dentro de la posible colisión entre derechos fundamentales de similar rango constitucional: el derecho de informar y los llamados derechos de la personalidad.”

Citando a Guariglia, “El conflicto entre los derechos fundamentales”, pág. 439, indicó: “Los principios de proporcionalidad y de racionalidad, con sus respectivos sub – principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, resultan fundamentales en su aplicación, a fin de examinar la supuesta colisión entre los derechos fundamentales”.

La Corte señala que ya tuvo oportunidad de examinar el tema en la sentencia 88/93, y en dicho pronunciamiento, luego de tomar como punto de partida específico en la materia el art. 29 de la Carta y las normas internacionales que amparan la libertad de expresión del pensamiento, expresó que: “la afirmación respecto a esa libertad de expresión del pensamiento, no significa en ningún modo la irresponsabilidad irrestricta de la prensa, pues



cabe, eventualmente, la obligación ulterior por los abusos que se cometieren a través de ella. La actividad del comunicador está imprescindiblemente sometida a su responsabilidad por los abusos cometidos, se trate de la que procede en vía civil o de la que se cumple a través de la pena y de acuerdo al sistema general establecido por la normativa vigente (...) El respeto a los derechos y la reputación de los demás está previsto como límite al ejercicio del derecho a la información según el art. 13 N°2 lit a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por la ley uruguaya N° 15.737.”

La noticia no se presentó en forma sobria y sin calificativos, sino todo lo contrario. Por dicha razón, la Suprema Corte de Justicia entiende que: “todo esto constituye una agresión al derecho a la dignidad y, como se señalara en sentencia N° 88/93, “... atributo de la personalidad humana, que forma parte de los sistemas políticos y jurídicos desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por las Naciones Unidas en París en 1948. Todos los seres son libres y son iguales en dignidad y derechos desde que nacen. La dignidad no es, pues, un derecho que se conquista como una suerte de patrimonio moral, sino que es sustancia de la individualidad”.

Y añade más adelante: “Al respecto, resultan trasladables expresiones vertidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en fallo N° 2005/128, al considerar: “El Tribunal recuerda que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y que las garantías a conceder a la prensa son pues de particular importancia.

La prensa juega un papel importante en una sociedad democrática, aunque no debe traspasar ciertos límites tendientes sobretodo a la protección de la reputación y de los derechos de terceros, así como a la necesidad de impedir la divulgación de informaciones confidenciales, le corresponde sin embargo, comunicar dentro del respeto de sus deberes y responsabilidades, informaciones e ideas sobre todas aquellas cuestiones de interés general (Sents. De Haes y Gijssels contra Bélgica de 24 de febrero de 1997 (ETD 1997/12), Repertorio 1997 – 1, págs. 233 – 234, ap. 37, Bladet Tromso y Stensaas contra Noruega (ETD 1999/22 GS), num 21980/1993, ap 63, ETD 1999 – III y Thorma (ETD 2001/240).”





Y concluyen: “En definitiva porque “los derechos fundamentales son siempre la Ley del más débil contra la Ley del más fuerte (L. Ferrajoli, sobre los derechos fundamentales, “Teoría del Neo-constitucionalismo. Ensayos escogidos”, pág. 86) es que, sin desmedro de la libertad de informar, debe exigirse la mayor prudencia, proporcionalidad y razonabilidad en su ejercicio por medios masivos de comunicación, cuyo mayor potencial lesivo es indudable, en razón del poder social que ejercen al generar opinión pública”.

### **3.8. Reparación de daños y perjuicios derivados de acto administrativo ilegítimo**

La Suprema Corte de Justicia, por sentencia 526/2000, de fecha 20 de diciembre de 2000, citando la sentencia 47/92 –dictada con anterior integración- expresó: “... La jurisdicción ordinaria tiene la posibilidad jurídica de examinar la legitimidad de los actos administrativos, en ocasión de reclamos o defensas planteadas en vía jurisdiccional y cuando el punto de la regularidad jurídica de dicho acto está implicado en la pretensión o en la defensa...” “... El poder para apreciar la ilegitimidad de los actos de la Administración es propio de cualquier órgano jurisdiccional y que lo exclusivo del tribunal de lo contencioso administrativo es tan solo la potestad jurisdiccional para anular los actos administrativos (Juan Pablo Cajarville Peluffo, “Recursos administrativos”, p. 53)”.

Cita también la opinión del Prof. Andrés BLANCO que indica: “En todo ordenamiento jurídico democrático, es de esencia el derecho de toda persona a defenderse de los actos administrativos ilegítimos, derecho que sólo puede considerarse dotado de eficacia si puede ser ejercido ante órganos jurisdiccionales independientes (“Principios de tutela jurisdiccional”). En nuestro ordenamiento jurídico, ese principio encuentra recibo tanto en la Constitución (arts. 7, 12 y 72) como en normas internacionales ratificadas por nuestro Estado y que tienen fuerza de ley en lo interno (Pacto de San José de Costa Rica, ley 15.737).”

Montevideo, 9 de setiembre de 2010



## **Informe Nacional de Venezuela: Cuestionario General para los relatores nacionales**

(National Report from Venezuela: general questionnaire for the national  
reporters)

***René Molina Galicia and Yajaira Yrureta Ortiz***

- 1. Frente a la clásica distinción entre tradiciones jurídicas (Common Law, Civil Law) ¿A qué tradición corresponde la legislación procesal de su país? Describa sucintamente las características típicas en lo que concierne a los principios fundamentales del Proceso CIVIL (principios: dispositivo, inquisitorios, mixto, contradictorio, oralidad, publicidad, administración de la prueba, vías de impugnación, y alcance de las instancias recursivas.**
  - Teóricamente el proceso civil venezolano, estaría enmarcado en lo que se conoce como el Civil Law, esto es, aquel derecho que tiene en sus fundamentos una fuerte ascendencia de la tradición del Derecho Romano Canónico, la primacía de la Ley como fuente del Derecho, y el juez como intérprete que expresa la palabra de la Ley. Desde esta perspectiva nuestro proceso civil regulado por un Código de Procedimiento Civil promulgado en 1986, que consagra el clásico principio dispositivo, según el cual no se puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte. Sin embargo hay que decirlo, se introduce por primera vez en nuestro país la figura del juez como director del proceso y le ordena impulsar el proceso aún de oficio hasta su conclusión.
  - Se trata de un proceso escrito, de publicidad limitada, que establece el contradictorio en la contestación de la demanda y período probatorio, cuyo acervo gravita



fundamentalmente en las partes, aunque le atribuye al Juez facultades probatorias (que en general no ejerce). Con unas vías de impugnación que van desde la apelación (con base en el principio de la doble instancia) pasando por recurso de hecho, así como el recurso extraordinario de casación, para el cumplimiento de su tradicional función nomofiláctica.

- Este modelo procesal entró en crisis -teóricamente- al entrar en vigencia la Constitución de 1999 que configuró un modelo procesal totalmente distinto al regulado en el CPC, En efecto la Constitución venezolana estableció el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derecho e intereses, incluso los colectivos o difusos, derecho a la tutela judicial efectiva obligándose el Estaco a garantizar una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, **sin formalismo o reposiciones inútiles**; conjuntamente con esta disposición se estableció que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, en el que la ley procesal establecerá la simplificación uniformidad y eficacia de los trámites y adoptará un procedimiento breve, oral y público en la que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.
- Surge así una incompatibilidad evidente entre el modelo procesal constitucional y el establecido en el Código de Procedimiento Civil caracterizado por su complejidad, multiplicidad de procedimientos, ineficacia y demora en los trámites, un procedimiento largo, costoso, escrito y lleno de formalidades frente a la exigencia constitucional. Diez años después de la entrada en vigencia de la Constitución persiste la presencia de un modelo procesal civil básicamente inconstitucional y absolutamente apegado al Civil.

**2. ¿Existen tradiciones nacionales muy específicas en su país en materia de proceso civil? Por ejemplo, en materia de recurrencia a los medios alternativos de resolución de litigios, antes o durante la instancia judicial, en materia de poderes del juez, de cargas, derechos y obligaciones de las partes, de pruebas, de vías de recursos etc.**



- ✘ En nuestro país los MARC, no tienen arraigo ni tradición pese al esfuerzo de algunos procesalistas que desde hace más de 25 años han tratado de impulsarlos MARC. En el año 1997 se estableció el arbitraje en el Derecho laboral colectivo, el cual no tiene aplicación en la práctica porque requiere la anuencia de ambas partes. En el año 1998 se promulgó la Ley de Arbitraje comercial a cuyo procedimiento no se recurre con frecuencia, debido a la falta de promoción de sus beneficios, los altos costos asociados y a la intervención de algunos tribunales que han dificultado la fluidez de los procesos arbitrales. Hace aproximadamente cuatro años la Sala Político Administrativa ha venido restringiendo la ejecutabilidad del arbitraje.
- ✘ En paralelo se impulsó la justicia de Paz, que fue muy emprendedora en los primeros tiempos para luego estancarse pero sin decrecimiento.
- ✘ En cuanto a las otras instituciones de MARC, tenemos que la conciliación, mediación y negociación, están previstas como fase previa obligatoria en los procedimientos laborales, y como una opción válida a ser observada en todo estado y grado del proceso, inclusive en la Sala Social del TSJ, bien que el caso llegue a su conocimiento por la vía recursiva o a través de la figura del avocamiento.
- ✘ Como se hizo referencia al responder la pregunta número 1, nuestros jueces tienen importantes poderes de conducción del proceso, pero no los asumen en forma edificante, ya que los usan únicamente para restringir derechos colocando trabas a principios como el de la publicidad, al negar por vías de hecho el acceso a las actas procesales y a la obtención de copias de actuaciones judiciales.
- ✘ En cuanto a cargas, derechos y obligaciones de las partes, si existe una tradición bastante sólida protegida por las garantías constitucionales del debido proceso, derecho a la defensa, y tutela judicial efectiva, lo cual permite a las partes alzarse contra el desorden procesal y obtener rectificaciones.



- ✘ Es la vía recursiva la que tiene mayor tradición, ya que se utiliza frecuentemente y su trámite es expedito en cuanto a las formalidades que implica, aún cuando en la práctica la decisión judicial sigue teniendo retardos importantes que en muchas ocasiones superan la década. Excepto en el nuevo procedimiento laboral.
- ✘ Hay grupos aislados de abogado que procuran la negociación y conciliación en sus casos particulares, en nuestro caso tenemos un proyecto de profilaxia y negociación, con experiencia de éxitos.

**3. ¿Se han estructurado en su país recientemente (en los últimos 15 años) reformas procesales estructurales? Si es así, ¿en qué dirección fueron estas reformas y cuál ha sido el objetivo? ¿han contribuido ellas a “modelar” el proceso, a la armonización en relación a las convenciones internacionales, leyes modelos, o a los principios ALI/UNIDROIT de Procedure Civile Transnacional?**

- Hubo una reforma del procedimiento penal, que pasó del modelo dispositivo al inquisitorio, teóricamente se abolió el sumario como contraposición al principio de publicidad (en la práctica la administración de justicia tiene la potestad para declarar el secreto y lo hace) Además sin declaración de sumario, se le prohíbe el acceso a los expedientes quien no sea parte. Se le imprimió un importante componente de oralidad. Tuvo una fuerte influencia del proceso alemán. Pero no ha mejorado la justicia penal, ni el sistema carcelario. En este año al mes de julio van 265 muertes violentas en las cárceles, y una juez en prisión por haber aplicado la ley penal en un caso de interés para el gobierno.
- Hubo una reforma procesal en materia de niños y adolescentes en 1998; con lo cual se hizo mucho más complejo todo el aparato jurisdiccional de niños y adolescentes, imprimiendo mayores demoras a las soluciones en todas las áreas involucradas. En 2007 con la justificación de adaptarla a la constitución de 1999, esta ley “LOPNA” fue objeto



de una reforma parcial, que no solucionó la dificultad de ser asistemática y excesivamente normativizada, ya que más que una Ley es un Código que pretendió dar solución a todas las situaciones fácticas; se le dio una *vacatio legis* de 6 meses. En enero de 2010, esta Ley es objeto de una nueva reforma parcial bajo la premisa de “masificar la atención a los niños, niñas y adolescentes del país en una forma más organizada y bajo un mismo criterio” el modelo está en pilotos.

- En 2002, se hizo una importante reforma procesal en materia laboral, se asumió un procedimiento precedido por una etapa de mediación y conciliación obligatoria, con una duración máxima de 4 meses, se han detectado desviaciones tendentes a favorecer las estadísticas de los jueces de mediación, y en la medida en que la gente la va perdiendo miedo a la presión del mediador, se ha comenzado a represar la fluidez del procedimiento de juicio; es necesario continuar rompiendo paradigmas para impedir que el colapso le reste virtudes al proceso laboral. Actualmente se trabaja en un proyecto de reforma. En ese mismo orden de ideas la etapa de juicio es mixta, con una muy buena etapa de inmediación e inmediatez y el juez como director del proceso, conceptualmente ha sido exitoso, ha reducido los tiempos de respuesta y las decisiones judiciales son de mejor calidad. Sin embargo puntualmente, no todos los jueces están preparados para el asumir el reto; y en el camino se ha perdido la concentración debido a los diferimientos. El promedio de duración del proceso ha variado de 7 meses a 2 años.

#### **4. ¿Los proyectos de reforma procesal civil son, en su país precedidos por estudios de Derecho Comparado?**

- ✘ Si, tradicionalmente la inspiración fundamental estuvo en los CPC italiano y español. También de forma indirecta hemos observado que las exposiciones de motivos tácita o expresamente asumen conceptos y nuevo tratamientos dados por la jurisprudencia de



la Corte Suprema de Justicia y en la última década, del Tribunal Supremo de Justicia; que suele hacer referencia a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, y más tímidamente de la doctrina constitucional colombiana.

- ✘ Con menos frecuencia, hemos tratado de aportar principios generales del Código Iberoamericano, pero el esfuerzo no ha sido exitoso.

**5. ¿Constata usted en su país un retroceso de la distinción clásica entre *Common Law* y *civil Law* en materia de proceso civil? ¿en qué instituciones o principios?**

- ✘ Si entendemos *Common Law*, como el derecho consuetudinario no necesariamente escrito, y el *civil Law*, como derecho escrito positivizado y hasta sacralizado, debemos decir que en nuestro país más que un retroceso hay un estancamiento por lo que respecta al *Civil Law*; y una fuerte corriente que sin desligarse del *civil Law*, considera que la interpretación judicial debe ser abierta para la aplicación a los casos particulares tomando en consideración la situación fáctica concreta así como las circunstancias de tiempo y lugar. Pero la flojera intelectual de la mayoría de nuestros jueces y el temor a emitir un juicio que no guste al Ejecutivo nacional, le impide realizar ese necesario ejercicio en la administración de Justicia
- ✘ Sin embargo debemos reconocer, que desde que nuestra constitución impuso que en materia laboral la prelación de la realidad sobre las formas (previamente recogida en la jurisprudencia) en consecuencia lo que se debe analizar es la situación fáctica de la relación laboral y no la que se encuentra escrita en los contratos; hemos tenido una cierta evolución en ese sentido, también en materia laboral los usos y costumbres son fuente directa del Derecho, aún por encima del Derecho escrito, sólo cuando favorezca



al trabajador. Y, en materia mercantil, se consagran los usos locales como fuente supletoria del derecho, pero en la práctica es letra muerta, por la dificultad probatoria que ello implica.

## LEYES MODELOS

**6.a. ¿En que medida la jurisprudencia de su país acoge los principios de las convenciones y tratados internacionales (Convención Americana sobre Derechos del Hombre, textos de la Unión Europea, Convención Europea de los Derechos del Hombre, Tratado Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, etc.) y la Jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales (Corte Interamericana de los Derechos del Hombre, jurisdicciones europeas y otras; indicar las principales materias en las que han sido aplicadas?**

- En principio, de la muestra que fue objeto de análisis se evidencia una muy baja aplicación jurisprudencial de esos tratados a pesar de que nuestra Constitución expresamente les concedió rango constitucional.
- En materia laboral, se suele invocar con alguna frecuencia, los tratados y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, así como algunas disposiciones de la Convención Americana de los Derechos del Hombre y el Ciudadano.
- Por su parte la Sala Constitucional, cada vez con menos frecuencia, ha venido usando como argumentos de autoridad, las decisiones del Tribunal Constitucional español. Y, en ocasiones ha dado sustento a sus decisiones mediante la aplicación de algún dispositivo contenido en la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).





**6.b. ¿Los tribunales de su país han resistido a veces seguir la jurisprudencia en materia de procedimiento civil de una jurisdicción internacional (por ej. La Corte Europea de los Derechos Humanos), dictando decisiones en sentido contrario u opuesto?**

Más que resistencia a seguir o aplicar esta jurisprudencia, se trata de una tendencia autista de ignorarla, no por descalificación si no por desconocimiento de la misma.

**7. En doctrina ¿Hay en su país debates sobre la “modelización” mundial (regional) del proceso civil? ¿Cuál es la posición mayoritaria de los autores en esta materia? ¿Cómo han sido recibidos los principios ALI/UNIDROIT de Procedimiento Civil transnacional? La cuestión de la autonomía procesal de los Estados ha sido un obstáculo?**

- Existe una corriente doctrinaria minoritaria que ha tratado de impulsar el código modelo para Iberoamérica, la cual ha terminado quedándose en los foros de discusión y algunas aulas universitarias.
- De manera que los debates al respecto, están vinculados a grupos reducidos de procesalistas.
- Más allá de la autonomía procesal de los Estado que en nuestro país a lo interno es inexistente, ya que ni siquiera tenemos un poder judicial autónomo, (no obstante lo que postula nuestra constitución vigente); de lo que se trata es de una posición política cada vez más evidente que se orienta sobre la idea de “no copiar modelos procesales extranjeros”, que no se queda en el “no copiar”, si no que trasciende el “no conocer”, “no evaluar”, “no saber que existen”.



**8. En jurisprudencia ¿Los tribunales de su país han hecho alguna referencia a: a) los principios transnacionales de procedimiento; b) Las leyes modelos; c) los principios fundamentales y universales del proceso? ¿constató usted alguna influencia de la flexibilidad y la contractualización de las reglas del procedimiento en el arbitraje ante las jurisdicciones estatales.**

a) En cuanto a los principios transnacionales del proceso, no encontramos referencia alguna.

b) Respecto a las leyes modelos, sólo en lo que respecta al Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica, y de manera muy circunstancial.

c) Con alguna frecuencia, se hace referencia a los principios Fundamentales y Universales del proceso, aunque no siempre se les de esa denominación., y normalmente como argumento de autoridad.

- En 1998 la Ley de Arbitraje Comercial confirió, o a los laudos arbitrales carácter ejecutivo en los procedimientos arbitrales pre pactados contractualmente; asimismo se les ha reconocido como causal de oposición de falta de jurisdicción; no obstante, en este sentido la Sala Político Administrativa y La Sala Constitucional, no han sido coherentes y en ocasiones han retrocedido en cuanto al reconocimiento de la autonomía del arbitraje y la ejecutabilidad judicial de los laudos arbitrales. Inclusive encontramos autores que califican la posibilidad de la ejecución de los laudos arbitrales fuera de la sede jurisdiccional, como un atraso inaceptable en el marco de la concepción monopólica de la administración de justicia en manos del Estado.



**9.a. ¿En su Derecho nacional, el procedimiento es incompatible con ciertos principios transnacionales de Procedimiento Civil, ALI/ UNIDROIT ? Si es así ¿con cuáles diría usted globalmente que los principios de ALI/UNIDROIT son compatibles o incompatibles con sus reglas de procedimiento civil?**

**Son INCOMPATIBLES, con las observaciones anotadas, los Principios siguientes:**

**3º** Igualdad entre las partes.

- **No involucra la prohibición de pedir fianza al no residente.**

**9º** Las partes acuerdan hacer el cronograma del proceso.

- **No, porque se consideraría una violación del debido proceso, al principio de la preclusividad de los actos procesales y de la cualidad de orden público que tienen las normas procesales.**

**13º** Iniciativa probatoria del juez previo acuerdo de partes.

- **No, nuestro Código de Procedimiento Civil, y otras leyes de contenido procesal, admiten la iniciativa probatoria del juez, independientemente de que las partes lo acuerden o no. Sin embargo debemos decir que los jueces en general no usan esa potestad.**

**17º** El juez puede sancionar a las partes por no cumplir obligaciones procesales.

- **No, En materia civil, las obligaciones procesales tienen connotación de “carga” esto es, que se ejercen o no como un imperativo del interés de las partes, no hay sanción explícita por su incumplimiento, sólo hay consecuencias procesales, por ejemplo cuando se aplica el criterio de carga probatoria para emitir la decisión; sin perjuicio del principio de “comunidad de la prueba”.**

**18º** Respeto de la inmunidad y privilegios, siempre que no ponga en riesgo la administración de justicia.



- **No, en nuestro país se respetan las inmunidades y privilegios aunque ponga en riesgo la administración de justicia.**

**25º** Condenatoria en costas, salvo que el juez considere que la parte perdidosa tuvo motivos para litigar.

- **No, en Venezuela, se condena en costas a la parte que resulte totalmente perdidosa, sin alguna otra consideración por parte del juez, salvo en el proceso laboral, que se debe considerar la naturaleza de la decisión, para aplicar o no, la condenatoria en costas.**

**26º** Ejecución inmediata de la sentencia de primera instancia si el juez considere irrazonable la apelación.

- **No, en Venezuela, no es una decisión del juez, ese criterio se aplicará sólo en los casos que la ley establece que se oiga la apelación en un solo efecto.**

**9.a. Son COMPATIBLES, con las observaciones y excepciones que se anotan, los siguientes principios:**

**1º** Independencia, Imparcialidad y competencia de la Corte y sus jueces.

- **Este es un principio acogido, constitucional y legalmente, pero en la práctica es letra muerta.**

**2º** Jurisdicción sobre las partes.

- **Si.**

**3º** Igualdad procesal de las partes.

- **Si, salvo la excepción de los fueros a favor del débil jurídico y/o económico.**

**4º** Derecho a contratar un abogado del foro.

- **Si, Conforme a la Ley de Abogados es un deber.**



5º Aviso de cumplimiento y el derecho a ser escuchado.

- **Si, Está implícito en la garantía constitucional del derecho a la defensa.**

6º Idioma, salvo que pueda causar indefensión será el de la Corte. (puede tener intérpretes y/o traductores).

- **Si.**

7º Rendimiento de la Justicia (celeridad y economía procesal, se penaliza a las partes por tácticas dilatorias)

- **Si, pero la penalización es bajo la consideración de “falta de probidad y/o mala fe procesal”.**

8º Tutela cautelar por periculum in mora, previa fianza.

- **Si, pero en nuestro país si se verifica el periculum in mora y el fomis bonis iuris, no se requiere fianza.**

9º Estructura del proceso: Alegación actor /alegatos accionado/ Pruebas /decisión.

- **Si. Pero las partes no pueden hacer el cronograma procesal, ver lámina 10.**

10º El proceso inicia a petición de parte (nunca de oficio). Las partes de mutuo acuerdo pueden disponer del proceso (MARC, suspensión, etc).

- **Si.**

11º Los abogados de las partes tienen obligación de asesorarles en el marco jurídico y ético, tras el objetivo justicia.

- **Si, Constitucionalmente el abogado litigante es un auxiliar de la Administración de Justicia; y de acuerdo la Ley de Abogados está obligado el asesoramiento debido dentro del marco ético jurídico.**

12º Se admite la tercería siempre que no ocasiones retraso procesal sustancial.

- **Si, aún cuando cause retardo procesal.**



**9.a. Son COMPATIBLES los siguientes principios, con las observaciones y excepciones que se anotan:**

**13º** Iniciativa probatoria del Tribunal, previo acuerdo con las partes.

- **Si, pero no por acuerdo entre las partes, si no por mandato legal y constitucional ya que el juez es el Director del Proceso.**

**14º** El tribunal tiene la dirección del proceso y debe mantener orden procesal, cuando lo considere razonable, podrá consultar a las partes.

- **Si, En cuanto a consultar a las partes está implícito pero no lo ejercen en el proceso civil; está expreso en el proceso laboral y se ejercita con regularidad.**

**15º** En caso de contumacia del demandado, si el actor presenta evidencia de su derecho y el reclamo es razonable, se fallará a su favor.

- **Si, siempre que la petición no sea contraria a Derecho.**

**16º** 16. Disponibilidad del Tribunal a la procedencia de los medios de prueba y aplicación de la comunidad de la prueba.

- **Si.**

**18º** Se respetan inmunidades y privilegios, siempre que no ponga en riesgo la administración de justicia.

- **Si, aun cuando ponga en riesgo la administración de justicia.**

**19º** Procedimiento mixto, alegatos de las partes por escrito. Oralidad en fase de argumentos y pruebas con intermediación.

- **Si, sólo en los procedimientos, laborales, de niños y adolescentes y tránsito; no obstante el mandato constitucional de elaborar un procedimiento único oral, público y breve.**



**20º** Las audiencias orales, (alegatos, prueba y sentencia) serán públicas, excepto por causas de seguridad pública o intimidad.

- **Si, teóricamente, porque en la práctica los funcionarios judiciales de facto pueden restringir el acceso, y la emisión de copias, sin que medie justificación alguna.**

**21º** Carga de la prueba, corresponde a cada parte la de sus propias afirmaciones.

- **Si, aunque en el proceso laboral, y el de niños y adolescentes, así como jurisprudencialmente se ha establecido el criterio de la “facilidad de acceso a la prueba” como indicador para establecer la carga de la prueba.**

**9.a. Son COMPATIBLES los siguientes principios, con las observaciones y excepciones anotadas:**

**22º** Valoración de alegatos y pruebas en cabeza del Tribunal para dictar la decisión.

- **Si.**

**23º** La decisión del Tribunal debe ser motivada. Y puede condenar al pago de sumas de dinero.

- **Si.**

**24º** Las partes se pueden poner de acuerdo sobre los montos a los que podrían ser condenadas, si es razonable el Tribunal lo asume.

- **Si, pero no para ser condenadas, si no para obtener la homologación del acuerdo, que le confiere carácter de cosa juzgada.**

**25º** Condenación en costas a la parte perdidosa, salvo que excepcionalmente el Tribunal estime que tuvo motivos razonables de litigio.

- **Si, en materia laboral, pero en el proceso civil ordinario, siempre se condenará a quien resulte totalmente perdidoso.**

**27º** La parte perdidosa tiene derecho a la apelación.

- **Si.**



**28º** Una vez terminado el procedimiento no se puede volver a repetir.

- **Si, la “cosa juzgada” es un principio que rige en sede jurisdiccional y en la administrativa.**

**29º** Para garantizar la efectividad del procedimiento, el Tribunal puede realizar una ejecución forzosa.

- **Sí, pero sólo en los juicios ejecutivos.**

**30º** La firmeza de las sentencias de los proceso Transnacionales, debe ser reconocida en otros foros, donde se pretenda nueva litigación.

- **Si. Previo otorgamiento del exequátur por el Tribunal Supremo de Justicia.**

**31º** Los Tribunales de los Estados que adopten estos principios, deben cooperar con el Estado en que se efectúe un proceso transnacional en el que participe un nacional o residente, o en el que se hayan originado los hechos, para informar sobre sus propias reglas.

- **Si.**

**9.b. ¿Los principios ALI/Unidroit de procedimiento civil transnacional han influenciado las reformas recientes del procedimiento civil en su país?**

- Considerando que nuestro Código de Procedimiento Civil data de 1986, y que ALI/UNIDROIT le precede por muchos años, unido a que nuestro CPC, contiene la mayoría de los principios de ALI/UNIDROIT, es probable que haya recibido alguna influencia, pero no se menciona en forma alguna.
- Vale acotar que Venezuela es miembro –pasivo- de UNIDROIT ya que no ha participado en la toma de las decisiones ni las ha suscrito.





Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## **Preguntas suplementarias para los relatores nacionales de Iberoamérica**



**1. En qué medida el ordenamiento procesal civil de su país recoge los principios típicos del Código Procesal Civil para Iberoamérica, de 1988: a) Oralidad ante los jueces unipersonales con apelación ante una cámara superior; b) poderes del juez ordenatorio e instructorio; c) inmediatez y concentración; d) audiencia preliminar; e) monitorio; f) procesos sociales; g) Otras instituciones.**

Considerando que nuestro vigente Código de Procedimiento Civil data 1986, con entrada en vigencia 1997 la respuesta debería ser negativa. Sin embargo no podemos obviar que el proyecto del Código procesal modelo para Iberoamérica, circuló por todo el hemisferio durante muchos años, de allí, aun cuando no hay una mención expresa, nos atrevemos a decir que si hubo cierta influencia, la cual es tanto más evidente en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo -2007

**a) Oralidad ante jueces unipersonales con apelación ante una cámara superior.**

- CPC 1986: Sólo para los juicios breves, y no ha sido implementado.
- LOPT 2002: se estableció así, con recurso de casación igualmente oral, como también lo es el "recurso de legalidad" una suerte de tercera instancia por ante la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia.

**h) Poderes del juez ordenatorio e instructorio:**

- CPC 1986: si pero desafortunadamente no son ejercidos.
- LOPT 2002: si, y son ejercidos con regularidad.

**c) Inmediatez y concentración:**

- CPC 1986: sólo para los juicios breves
- LOPT 2002: si, aun cuando en la practica se desvirtúa la concentración por los diferimientos.

**d) Audiencia preliminar:**

- CPC 1986: No.
- LOPT 2002, Si, pero en un tribunal diferente al de juicio, el cual tiene facultades de mediar durante un máximo de 4 meses, y de ejecutar sentencias dictadas por los tribunales de juicio.

**e) Monitorio:**

- CPC 1986: Si
- LOPT 2002. No

**f) Procesos sociales: Laboral, Inquilinario, Agrario, Niños y Adolescentes, pero en diferentes leyes.**

**g) Supresión de excepciones dilatorias, ampliación de los poderes del Juez, disminución de lapsos, impulso oficioso del proceso hasta su terminación, perención breve.**



**2.- En qué medida el ordenamiento procesal de su país recoge los principios típicos del Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica de 2006: a) Legitimación extraordinaria, b) requisitos de la demanda y representatividad adecuada, c) Anticipación de la Tutela de Derechos individuales homogéneos; Cosa Juzgada, f) Otras Instituciones.**

- Es la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, de 1988, la que positivizó la posibilidad de reclamar amparo por violación de los derechos constitucionales, unipersonales, individuales, homogéneos, colectivos y/o difuso, pero de una forma tímida, frente a la contumacia y resistencia jurisdiccional en reconocer el carácter mandatorio de la disposición que en la Constitución de 1966 consagraba el amparo de los ciudadanos en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, al tiempo que establecía que el procedimiento debía ser breve y el tribunal tener competencia para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida. De esta forma se establecieron en esta materia, las figuras de:
  - Legitimación extraordinaria en asuntos colectivos, y la representatividad adecuada.
  - Los requisitos de la demanda constitucional
  - Anticipación de la tutela de derechos individuales tanto unipersonales como los homogéneos en colectivo (Amenaza de violación).
  - Cosa Juzgada
  - Tutea cautelar
  - Prescripción semestral
  - Audiencia oral y pública, entre otros.
  - Sin embargo ha sido la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, la que realmente le ha dado desarrollo y solidez explícita a las



referidas instituciones, al punto de que acudiendo sólo a la Ley, se corre el riesgo de no interponer la acción en la forma debida. La dificultad, ha radicado en que las decisiones de la Sala Constitucional no han sido siempre coherentes en el mismo sentido, ni totalmente progresivas, porque en ocasiones encontramos una sentencia aislada, y posteriormente alguna otra que ratifica el criterio anterior al de la sentencia aislada. En este ir y venir, muy pocas veces la doctrina de la Sala Constitucional hizo mención al Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica de 2006.

**3. En qué medida la jurisprudencia de los tribunales de su país recoge los principios de las Convenciones y Pactos Internacionales (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de Roma, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.) y la doctrina de los Tribunales internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos y otros), indique las principales materias en que se aplica (Derechos Económicos, Sociales, y Culturales; Derechos de la Institucionalidad Democrática, Derecho de incidencia colectiva, etc.**

- **En una medida bastante reducida:**
  - La Convención Americana sobre Derechos Humanos
  - Pacto de Roma
  - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.



- **Las principales materias en que han sido aplicadas son:**
  - Protección de los derechos colectivos y/o difusos
  - Restitución de derechos y garantías constitucionales.
  
- **En ningún caso conocido en la última década:**
  - La Doctrina de los Tribunales Internacionales; que además, cuando han condenado a Venezuela, ésta se ha negado a cumplir sus decisiones.