

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 – N°1 – jan./apr. 2011



Summary

Vol.2 – N°1 – jan./apr. 2011

PROBLEMATIC ARBITRATION AWARDS UNDER THE NEW YORK CONVENTION (1958)

NEIL ANDREWS p.3

NOTES ON BILL N.º 166/2010, FOR A NEW CIVIL PROCEDURAL CODE

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER p.14

***HAFTUNGSVERSCHÄRFUNG DURCH DAS BEWEISRECHT?* (Liability intensification through evidence?)**

REINHARD GREGER p.20

***JUSTICIA ALTERNATIVA ELECTORAL* (Electoral Alternative Justice)**

MA. MACARITA ELIZONDO GASPERÍN p.32

***A LIDE COMO ELEMENTO ACIDENTAL DA JURISDIÇÃO* (The dispute as accidental of jurisdiction)**

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA p.57

***EL AMPARO COMO TUTELA URGENTE Y SU FRUSTRACIÓN PRÁCTICA. EL NECESARIO ENSAMBLE CON LAS MEDIDAS DE URGENCIA* (The “amparo” as provisional measure and its practical ineffectiveness)**

ROBERTO OMAR BERIZONCE p.65

***LA PRUEBA DIFICIL* (The difficult evidence)**

JORGE W. PEYRANO p.86



**Problematic Arbitration Awards under the New York Convention
(1958).¹ Probing the Arbitration Tribunal’s Jurisdictional Decision
that a Resisting Party is a Party to an Arbitration Agreement**

Neil Andrews

Professor at the University of Cambridge, England

Abstract: The United Kingdom Supreme Court in *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v Pakistan* (2010)² has held that if a person or entity (‘the resisting party’) consistently denies that it is a party to an arbitration agreement, and so opposes the arbitrators’ supposed jurisdiction, and the award against the resisting party falls for recognition or enforcement under the New York Convention (1958), the enforcing court (where recognition or enforcement is sought) can re-open and re-examine in full and afresh the disputed issues of law and fact on the question whether the resisting party was truly a party to the relevant arbitration agreement.

¹ New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958; set out in appendix 3 in Mustill and Boyd, *Commercial Arbitration: Companion Volume* (2001), and in appendix B in Redfern and Hunter, *International Commercial Arbitration* (5th edn, Oxford University Press, 2009).

² [2010] UKSC 46; [2010] 3 WLR 1472.



INTRODUCTION³

The United Kingdom Supreme Court in *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v Pakistan* (2010)⁴ (affirming Aikens J, in the (London) Commercial Court,⁵ and the (English) Court of Appeal)⁶ held that the English courts were obliged not to recognise and enforce the present arbitration award made in France against the Government of Pakistan ('Pakistan'). The award was not valid because Pakistan was not a party to the arbitration agreement, and had not later become a party to it.

The enforcing court's capacity to conduct a searching review of this matter will inject rigour and accuracy into this fundamental threshold issue. Given the explicit hesitation of two members of the Paris arbitration tribunal in this case on this very jurisdictional issue, it was inevitable that the enforcing court's search-light would be trained closely at this possible weakness.

Under the New York Convention (1958), the question whether a person or entity was truly a party to the arbitration agreement must be determined in accordance with either the parties'

³ Literature on International Commercial Arbitration:

G Born, *International Commercial Arbitration* (2 vols: Kluwer, 2009); Buhning-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business* (Kluwer, The Hague, 1996); WL Craig, WW Park, J Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration* (3rd edn, 2000, Oceana/ICC Publishing); Fouchard, Gaillard, Goldman's *International Commercial Arbitration* (ed's Gaillard and Savage) (1999) (Kluwer); E Gaillard, *Legal Theory of International Arbitration* (2010); JDM Lew (ed), *Contemporary Problems in International Arbitration* (Kluwer, The Hague, 1987); Lew, Mistelis and Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (2003); LW Newman and RD Hill (eds), *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (Juris Publishers, Bern, Switzerland, 2004); WW Park, *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice* (Oxford UP, 2006); Redfern and Hunter, *International Arbitration* (eds Blackaby and Partasides) (5th edn, Oxford University Press, 2009); Poudret and Besson's *Comparative Law of International Arbitration* 2nd ed (2007); Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (2nd ed 2009); see also the Montreal 2006 conference papers in *International Arbitration 2006: Back to Basics* (Kluwer, 2007) (International Council for Commercial Arbitration Congress No 13).

English arbitration:

Russell on Arbitration (23rd edn, 2007); Mustill and Boyd, *Commercial Arbitration* (2001 Companion Volume); R Merkin, *Arbitration Law* (2006 update); J Tackaberry and A Marriott (eds), *Bernstein's Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice* (4th edn, 2003); JG Collier and V Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law* (Oxford UP, 1999); *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR* (2nd edn, Kluwer, 1999); D Joseph, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement* (2005); R Merkin, *Arbitration Law* (Informa Business Publishing, 2006); A Tweeddale and K Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice* (Oxford UP, 2005); also important is *Dicey, Morris, and Collins on the Conflict of Laws* (14th edn, 2006), ch 16 (and referring to other literature).

French arbitration law:

Delvolvé, Pointon and Rouche, *French Arbitration Law and Practice* (2nd edn, 2009).

⁴ [2010] UKSC 46; [2010] 3 WLR 1472.

⁵ [2008] EWHC 1901 (Comm); [2009] 1 All ER (Comm) 505.

⁶ [2009] EWCA Civ 755; [2010] 1 All ER 592; [2009] 2 CLC 84.



chosen law (but in this case the arbitration agreement did not contain any such choice of law), or the law of the jurisdiction in which the award was made (here French law). That law would supply the test for determining whether the putative party was indeed truly a party to the relevant arbitration agreement.

Applying the relevant French test for this purpose, the UK Supreme Court was satisfied that the Paris arbitration tribunal had adopted faulty reasoning when concluding that Pakistan was a party to the agreement (even though it had not been named as a party within the arbitration clause, nor had it signed that clause). The correct approach, founded on French law, required investigation whether the parties' dealings disclosed a common subjective intention (express or implied), shared by Pakistan and the named arbitration parties, that Pakistan would be treated as party to the arbitration agreement. Instead the Paris arbitration tribunal had erred by invoking more general notions of 'good faith', insufficiently tied to the question of common intention, to buttress their conclusion that Pakistan was party to this arbitration agreement.

The sequel to the UK enforcement proceedings, as noted by Lord Mance,⁷ is that in August 2009 Dallah began proceedings in the French courts for enforcement, and in December 2009, Pakistan applied to the French courts to rescind all the arbitral awards.

Although the *Dallah* case is 'bad news' for the marketability of international commercial arbitration, it is not a complete disaster. It seems unlikely that this development will seriously damage the overall attractiveness of international commercial arbitration when compared to court litigation. The advantages of confidentiality and selection of arbitrators render arbitration a more comfortable style of dispute-resolution for many commercial parties.

BACKGROUND DISPUTE

Dallah was a member of a group of Saudi companies. Dallah and the Government of Pakistan ('Pakistan') signed a memorandum of understanding under which Dallah agreed to acquire land in Mecca, to build accommodation suitable for pilgrims, and then to lease it to

⁷ *Dallah* case [2010] UKSC 46; [2010] 3 WLR 1472.



Pakistan for 99 years. Dallah then acquired the land with a view to implementing the agreement. Pakistan established a Trust as the vehicle for the project. An agreement was then formed between Dallah and the Trust. Pakistan was not expressed to be a party to the Agreement, nor did it sign it in any capacity. The agreement provided for disputes to be settled by arbitration held under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce, Paris. It stated:

'Any dispute or difference of any kind whatsoever between the Trust and Dallah arising out of or in connection with this Agreement shall be settled by arbitration held under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce, Paris , by three arbitrators appointed under such Rules.'

After a change of government in Pakistan (the fall of the Bhutto government in November 1996) the relationship between the Government, the Trust, and Dallah broke down.

THE PARIS ARBITRATION

The Trust issued proceedings in Pakistan seeking a declaration that Dallah had repudiated the agreement. Dallah commenced arbitration against the Ministry of Religious Affairs of the Pakistan Government under the rules of the ICC claiming damages for breach of the agreement (May 1998). Pakistan challenged the jurisdiction of the tribunal on the ground that it was not a party to the agreement. The three-arbitrator panel consisted of Lord Mustill, a former Law Lord, Dr Shah, a former Chief Justice of Pakistan, and Dr Ghaleb Mahmassani, an experienced Lebanese lawyer. They made the following awards in this reference (although Lord Mustill and Dr Shah expressed the opinion that the jurisdictional decision at (i) was 'very close to the line').⁸

⁸ Lord Mance at [38]: *'The [arbitration] tribunal acknowledged (para 13) that " Certainly, many of the above mentioned factual elements, if isolated and taken into a fragmented way, may not be construed as sufficiently conclusive for the purpose of this section" , but it recorded that Dr Mahmassani believed that, when looked at " globally as a whole, such elements constitute a comprehensive set of evidence that may be relied upon to conclude that the Defendant is a true party to the Agreement" , and that " While joining in this conclusion Dr Shah and Lord Mustill note that they do so with some hesitation, considering that the case lies very close to the line" . In paragraph 14, the tribunal recorded a further divergence of view, with Dr Mahmassani believing that " the general principle of good faith" " comforts the conclusion that the Trust is the alter ego of the Defendant" , but Dr Shah and Lord Mustill " not convinced that in matters not concerning the conduct of proceedings but rather the identification of those who should be participants in them, a duty of good faith can operate to make someone a party to an arbitration who on other grounds could not be regarded as such " .'*



- (i) On 26 June 2001 the tribunal published its First Partial Award in Paris in which it held that Pakistan was bound by the agreement to arbitrate contained in clause 23 of the Agreement and that it therefore had jurisdiction to determine Dallah's claim;
- (ii) in a Second Partial Award published on 19 January 2004 the tribunal held that Pakistan had repudiated the Agreement and directed that damages should be assessed, and issues relating to interest and costs determined at a later hearing;
- (iii) by a Final Award dated 23 June 2006 the tribunal awarded Dallah damages in the sum of US\$ 18,907,603 and costs of US\$ 1,680,437.

ENGLISH DECISION NOT TO PERMIT ENFORCEMENT

The present English challenge was brought under section 103,⁹ Arbitration Act 1996 (English enactment¹⁰ of the New York Convention, 1958).¹¹ This required a rehearing of the

⁹ s 103, Arbitration Act 1996 provides: Refusal of recognition or enforcement.

(1) Recognition or enforcement of a New York Convention award shall not be refused except in the following cases.

(2) Recognition or enforcement of the award may be refused if the person against whom it is invoked proves—

(a) that a party to the arbitration agreement was (under the law applicable to him) under some incapacity;

(b) that the arbitration agreement was not valid under the law to which the parties subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made;

(c) that he was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case;

(d) that the award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration (but see subsection 4);

(e) that the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties or, failing such agreement, with the law of the country in which the arbitration took place;

(f) that the award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, it was made.

(3) Recognition or enforcement of the award may also be refused if the award is in respect of a matter which is not capable of settlement by arbitration, or if it would be contrary to public policy to recognise or enforce the award.

(4) An award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be recognised or enforced to the extent that it contains decisions on matters submitted to arbitration which can be separated from those on matters not so submitted.

(5) Where an application for the setting aside or suspension of the award has been made to such a competent authority as is mentioned in subsection (2)(f), the court before which the award is sought to be relied upon may, if it considers it proper, adjourn the decision on the recognition or enforcement of the award.

It may also on the application of the party claiming recognition or enforcement of the award order the other party to give suitable security.

¹⁰ At [16] the Court of Appeal in the *Dallah* case [2009] EWCA Civ 755; [2010] 1 All ER 592; [2009] 2 CLC 84 had noted: '[section 103, 1996 Act] follows very closely that of Article V.1 of the Convention, although in some respects its structure is slightly different.... As is apparent, therefore, [Article V.1] is directed to matters which, if established, undermine the legitimacy of the award as giving rise to a binding obligation created in accordance with the will of the



whole legal/factual question whether the Pakistan was indeed a party to the arbitration agreement. The Supreme Court (affirming Aikens J¹² and the Court of Appeal)¹³ held that the Pakistan had not been, or become, a party to the arbitration clause. And so there was no 'valid' 'arbitration agreement' affecting it. This English decision was an application of section 103(2)(b), Arbitration Act 1996: '*that the arbitration agreement was not valid under the law to which the parties subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made*'. On this aspect, Lord Collins explained:¹⁴

'Although Article V(1)(a) [New York Convention, 1958]...deals expressly only with the case where the arbitration agreement is not valid, the consistent international practice shows that there is no doubt that it also covers the case where a party claims that the agreement is not binding on it because that party was never a party to the arbitration agreement. [He then cited various cases, English and American, and finally cited G Born, International Commercial Arbitration (2009), pp 2778– 9.]'

THE STEPS IN THIS ANALYSIS

There were five steps in the United Kingdom Supreme Court's reasoning.

- (i) *Was the enforcing court entitled to conduct a de novo examination of the issue whether Pakistan was in fact a party to the arbitration clause? Answer: yes, because it was a fundamental feature of the New York Convention (1958)*

parties as expressed in the arbitration agreement.

¹¹ Article V.1, NYC (1958): '*Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:*

(a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or

(b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or

(d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or (e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.'

¹² [2008] EWHC 1901 (Comm); [2009] 1 All ER (Comm) 505.

¹³ [2009] EWCA Civ 755; [2010] 1 All ER 592; [2009] 2 CLC 84; noted Litigator No 129.

¹⁴ *Dallah* case [2010] UKSC 46; [2010] 3 WLR 1472, at [77].



that the arbitration tribunal's decision on its jurisdiction would not be final. Instead, if the person subject to the relevant award challenges enforcement on this basis, the enforcing court is entitled and required (as Lord Collins noted)¹⁵ to conduct a full investigation of the matter;

- (ii) *Which law governed the arbitration clause and the question whether the Pakistan was a party to it? Answer: French law (the law of the place where the award was made, in the absence of a choice of law different from this);*
- (iii) *What was the test under French law to determine whether Pakistan was a party to the arbitration agreement? Answer: an investigation of the objective evidence to discern whether the subjective intentions of all three relevant entities and persons (the named parties and the extraneous entity) that it was mutually agreed that Pakistan, although an unnamed party and a non-signatory of the arbitration agreement, was in fact party to the arbitration agreement;*
- (iv) *In the light of (i) to (iii), could the enforcing court [here the UK courts] uphold the arbitration panel's decision to treat Pakistan as party to the arbitration agreement? Answer: the arbitration tribunal had predominantly selected the wrong question, whether Pakistan should be regarded as a party on the basis of the 'alter ego theory'. To the extent that the arbitration panel had focused on the true criterion of common intention (as formulated at (iii) above), that tribunal had (a) adopted a defective formulation of the common intention test and (b) its finding that there was such an intention was unsafe, because no safe inference of such a common intention could be satisfactorily drawn from that conduct.*
- (v) *Did the enforcing court have a residual discretion to uphold the award even though Pakistan had not been shown to be a true party to the arbitration agreement? Answer: not here.*

These steps were more fully explained in the three reasoned judgments (Lords Mance,

¹⁵ [2010] UKSC 46; [2010] 3 WLR 1472, at [104].



Collins, and Saville). But for the sake of economy further details will be confined to steps (iii) and (iv) here.

THE TEST CONCERNING IDENTIFICATION OF 'PARTIES TO THE ARBITRATION AGREEMENT' UNDER FRENCH LAW:

A COMMON INTENTION TEST

As Lord Mance said,¹⁶ the correct test requires the arbitration tribunal to determine whether the putative non-signatory party and the named parties consensually agreed to the non-signatory's accession to the agreement. This is a search for subjective common intention ('express or implied') of all the potential parties to the arbitration agreement, assessed by reference to their objective conduct. The relevant conduct embraces all stages of the relevant series of dealings.

Aikens J had (correctly) formulated that test as follows:¹⁷

'whether all the parties to the arbitration proceedings, including [the relevant non-signatory], had the common intention (whether express or implied) to be bound by the said agreement and, as a result, by the arbitration clause therein. The existence of a common intention of the parties is determined in the light of the facts of the case. To this effect, the courts will consider the involvement and behaviour of all the parties during the negotiation, performance and, if applicable, termination of the underlying agreement.'

And Lord Mance noted¹⁸ a similar French formulation (endorsed by both parties' experts) which provided:

'The experts' agreement summarises a jurisprudence constante in the French courts. In translation: "According to the customary practices of international trade, the arbitration clause inserted into an international contract has its own validity and effectiveness which require that its application be extended to the parties directly involved in the performance of the contract and any disputes which may result therefrom, provided that it is established that their contractual situation, their activities and the normal commercial relations existing between the parties allow it to be presumed that they have accepted the arbitration clause of which they knew the existence and scope, even though they were not

¹⁶ *Dallah* case [2010] UKSC 46; [2010] 3 WLR 1472, at [17] to [19].

¹⁷ Quoted at [17] by Lord Mance in *Dallah* case, *ibid*.

¹⁸ *Dallah* case [2010] UKSC 46; [2010] 3 WLR 1472, at [18].



signatories of the contract containing it. ”

HAD THE ARBITRATION PANEL REACHED A SATISFACTORY CONCLUSION CONCERNING THE PARTIES TO THE ARBITRATION AGREEMENT?

The ‘Alter Ego’ Test: here the Arbitrators had Applied the Wrong Test: The Paris Arbitration Tribunal contained two strands of reasoning. Its predominant line of inquiry had involved application of the following (‘alter ego theory’) erroneous test. Lord Mance explained:¹⁹

[The arbitration tribunal] considered that it was “clearly established” that the Trust was organically and operationally under the Government’s strict control, that its financial and administrative independence was largely theoretical, and that everything concerning the Agreement was at all times “performed by the [Government] concurrently with the Trust” and that “the Trust functions reverted back logically to” the Government, after the Trust ceased to exist...The tribunal’s examination led it to conclude (para 12-1) that:

“...the Trust appears as having been no more than the alter ego of the Defendant which appears, in substance, as the real party in interest, and therefore as the proper party to the Agreement and to the Arbitration with the Claimant. ”

Misapplication of the Common Intention Test to the Present Facts by the Arbitration Tribunal: It is true that the arbitration panel had also purported to apply the true test of a common intention, but it had failed to apply that test accurately and convincingly to the facts of this case. Lord Mance explained:²⁰

‘More fundamentally, if and so far as the tribunal was applying a test of common intention, the test which it expressed...differs, potentially significantly, from the principle recognised by the relevant French case-law on international arbitration... In contrast, under the test stated by the [arbitration] tribunal...], direct involvement in the negotiation and performance of the contract is by itself said to raise the presumption of a common intention that the non-signatory should be bound. The tribunal’s test represents, on its face, a low threshold, which, if correct, would raise a presumption that many third persons were party to contracts deliberately structured so that they were not party...I consider that Aikens J was therefore correct to doubt... whether the tribunal had applied a test which accords with that recognised under French law.’

¹⁹ *Dallah* case [2010] UKSC 46; [2010] 3 WLR 1472, at [37].

²⁰ *Ibid*, at [40].



As for the ‘hesitation’²¹ (two of the arbitration panels having expressed their sense of the ‘borderline’ nature of the relevant finding), Lord Collins said:²²

‘The weakness of the conclusion of the tribunal is underlined by this passage in the Award:

“...Dr Mahmassani believes that when all the relevant factual elements are looked into globally as a whole, such elements constitute a comprehensive set of evidence that may be relied upon to conclude that the Defendant is a true party to the Agreement ...

Whilst joining in this conclusion Dr Shah and Lord Mustill note that they do so with some hesitation, considering that the case lies very close to the line.”

No Support on Facts for Conclusion that Pakistan had become a Party to the Arbitration Agreement: On the factual question whether there was here a common intention that Pakistan should be regarded as party to the arbitration agreement, Lord Mance concluded that there was no such support:²³

‘it is far from clear that the [arbitration] tribunal was directing its mind to common intention and, if it was, it approached the issue of common intention in terms differing significantly from those which a French court would adopt. In any event, as to the facts, there are a number of important respects in which the tribunal’s analysis of the Government’s conduct and the course of events cannot be accepted.’

CONCLUSION

The English decision shows the extensive scope during foreign enforcement proceedings under the New York Convention (1958) for the recognition/enforcement court to rehear the question concerning the validity of the arbitration agreement. On that question, that court is required to investigate fully (a) whether the arbitration panel has correctly ascertained the applicable law governing the arbitration award’s existence, validity, and effectiveness; (b) the enforcing court must determine whether the test derived from that applicable law has been correctly formulated; (c) the enforcing court must then decide for itself whether that test, when meticulously applied to the facts of the case, establishes that the relevant putative party was truly a party to the arbitration agreement. At this third stage it is not enough merely to rubber-stamp the arbitration tribunal’s analysis. Instead it is possible for the party resisting enforcement to show

²¹ A feature noted by Lord Collins, *ibid*, at [39].

²² *Dallah* case [2010] UKSC 46; [2010] 3 WLR 1472, at [146].

²³ *Dallah* case, *ibid*, at [66].



that there was in fact no proper factual support for the conclusion drawn by the arbitral panel.

Furthermore, the present case shows the opportunity for successive appeals within the enforcing state's hierarchy of courts. Indeed the Supreme Court carried out a full review itself of the relevant evidence in this matter, rather than merely deferring to the first instance decision on this point by Aikens J in the Commercial Court.

The result is that delay and costs generated by this process of review by the recognition/enforcement court can be considerable. This episode shows that the New York Convention (1958) is not always the fast route to foreign recognition and enforcement which its architects had hoped to create.

On the other hand, it is pleasing that the English courts have shown that an arbitration tribunal's jurisdictional determination that an entity is (in its view) a party to an arbitration agreement should not be lightly ratified by the enforcing court under the NYC 1958, if enforcement of the award is resisted on this basis.

However, if jurisdictional wrangles of this scale become more common, it will be necessary to consider whether the New York Convention (1958) should be modified to secure a 'lighter touch' style of recognition and enforcement. Even if consensus among interested states were to emerge, the process of implementing such a revision of this international instrument (to which so many countries have acceded) will be long and difficult.



POSTSCRIPT

It is right that there should be opportunity for such a 'final check' before the relevant enforcing courts authorize enforcement against the award-debtor's assets. But it is somewhat embarrassing for the UK Supreme Court that a French court (Paris Cour d'appel) has recently reached the opposite conclusion: that this award was satisfactory, according to French arbitration principles.²⁴ This decision was made pursuant to Article 1502(1) of the French Code of Civil Procedure. This permits the court to refuse to enforce an award 'if the arbitrator has ruled upon the matter without an arbitration agreement or [the putative arbitration agreement is in face] a void and lapsed agreement'. It has also been suggested that the French court's perspective involved posing different criteria (independent of French national law) compared with the criteria adopted by the English courts when purporting to apply French law to the relevant arbitration agreement.²⁵ The Paris Cour d'appel decision in the *Dallah* case (2011) follows the *Dalico* doctrine²⁶ which involves a loosening of conflicts rules in the case of international arbitration. The French court then focused on the parties' dealings between the parties. It noted that the Pakistan Government negotiated the contract, and that the Trust created by the Government was merely a signatory. The Paris Cour d'appel also noted that the Government was involved in the performance of the contract, and that it effectively controlled the same transactions' termination. It concluded that the Trust was 'purely formal' and that the Government was the true Pakistani party to the transaction. By contrast the English courts had given very considerable weight to the legal separateness of the Trust and had endeavoured to reflect its perception that the arbitration agreement had not merely been signed by the Trust, and made no mention of the Government as an additional party, but that there was no true consensus between the members of this triangle that the Government should be treated as a party to the arbitration agreement. How does this

²⁴ *Gouvernement du Pakistan v Société Dallah Real Estate & Tourism Holding Co*, Cour d'appel de Paris, Pôle 1 – Ch. 1, n° 09/28533 (17 February 2011) (www.practicallaw.com/8-505-0043). On which see both the next note and the comment by White & Case: <http://www.whitecase.com/insight-03022011/>

James Clark, <http://www.practicallaw.com/4-504-9971?q=&qp=&qo=&qe=>: 'By contrast, the French court did not focus on French law principles and proceeded to a factual enquiry to determine whether the parties had actually consented to go to arbitration. This very practical approach is consistent with French case law. This solution is inspired by the recognised desire of French courts to develop substantive rules for international arbitration that ensure that the outcome of a dispute does not depend on the particularities of a national law. This solution is also consistent with French case law on the extension of arbitration agreements to parties that are non-signatories but have participated in its negotiation and performance.'

²⁶ Cour de Cassation, First Civil Chamber, *Municipalité de Khoms El Mergeb v Dalico*, 20 December 1993, JDI 1994, 432, note E. Gaillard.



difference of analysis and result leave the relevant award? If a third jurisdiction were to be asked to enforce the *Dallah* award (made by the arbitration tribunal in Paris), it seems highly likely that it would defer to the French court's decision, rather than be guided by the UK Supreme Court's conflicting decision. This is because (a) the French court is situated in the seat of the relevant arbitration and (b) it seems likely that the French court's flexible and transnational reasoning in this matter would be regarded as more attractive. At any rate, the *Dallah* saga reveals that the New York Convention (1958) is not the fast-route to cross-border enforcement that enthusiasts for commercial arbitration had expected.



Notes on Bill n.º 166/2010, for a New Civil Procedural Code

Teresa Arruda Alvim Wambier

Professor, Ph.D. and Master of Laws at PUC-SP, Brazil.

Abstract: The article provides some remarks on the Bill presented to the Brazilian Senate for a new Civil Procedure Code, its general purposes and the new instruments proposed.

On October 14, 2009 the President of the Senate appointed me general reporter of a commission of jurists, for preparing the new Civil Procedure draft Code. The commission was formed by ten other members.

We worked hard for seven months and, on 8 June 2010, the Bill was delivered to the Senate at a solemn ceremony.

During these seven months there were twelve public hearings in several cities throughout the country, on which occasions the legal community (judges, lawyers, members of the Public Attorney's office, etc) was heard and was also informed about the commission's main ideas.

It is frequently asked whether the Bill delivered to the Senate on 8 June 2010, which henceforth became known as Bill n. 166/2010, actually represents a new code or a mere reform of the current Civil Procedural Code.

This question may be answered in different ways.

I would say that it is a *new code*. I say so because I believe that *innovation*, when it comes to changing law, cannot and must not cause *surprise*. In fact, there is no good reason for ignoring achievements and progress. On the contrary, they must be incorporated and improved.

Some could consider that a new code must necessarily mean a complete break with the existing code, corresponding to the adoption of a *new line of thought*. In that perspective there would be no new code, but just the reform of the one we have, as there is *nothing* in the Bill



that would amount to such break with the present or with the past.

As I see it, the Bill represents a *step forward*.

The underlying principle here is to clarify the influence the Federal Constitution has on procedure, as a result of the subordination of the latter to the former. We tried to create a new system, solving problems that the legal community complained of, simplifying procedures, and rendering each procedure efficient. We also intended to make Brazilian civil procedural rules more coherent, given the fact that they had undergone innumerable changes in the last twenty years, having lost their original systematic form. Consequently we were facing a host of unintended problems that caused unsatisfactory distraction for judges, complicating their task of adjudication. The current system does in fact frequently overcomplicate procedural issues, which undoubtedly constitutes a *defect*: for civil procedure is practical framework. Methods, when rational, should facilitate adjudication rather than hinder or overcomplicate it. The lack of focus of the judge causes delays resulting in a waste of time. Coherence leads to simplification, which means that lawsuits can be judged in a reasonable time, and in compliance with the Federal Constitution.

That was the most important guideline: to *constitutionalize* procedure – to stress the subordination of *procedural rules* to the *Federal Constitution*.

This was achieved through two techniques:

- 1) the express enunciation of constitutional principles in their procedural *version*;
- 2) the creation of procedural institutions (forms, devices) and measures designed to *give practical force to principles*.

For instance: proceedings were created involving the right of both parties to be heard before any decision (interlocutory or final) and before the judge decides whether the disregard of legal entity doctrine is to be applied to the case at hand. Mention was also made of the possibility of applying the opposite of this doctrine.

These statutory provisions give life to the constitutional principles of due notice and *audi alteram partem*.

As mentioned, the unpredictability of case law is a pervasive feature of civil law jurisdictions in Latin America. In Brazil, the legislator is already conscious of the need for stability, predictability and uniformity. In fact, since 1998 there have been new devices aimed to satisfy this need.

Needless to say, normally in civil law countries judicial decisions are based mostly on



statutory law. There should be a constitutional amendment to permit the reference exclusively to binding precedent, as the basis of a judicial decision.

We had that amendment in 2004. Today Brazilian follows the binding precedent system, to a certain extent. There can be binding precedent concerning the decisions of the STF (our Supreme Court), provided they comply with certain requirements established by statutory law.

In fact, what we really have in Brazil now is not perfectly translated by the expression *binding precedent*, because it is not just one (the first) precedent which becomes mandatory to the following similar cases. It is instead a *Súmula* “or a line of cases”, as Common Law jurisdictions say, or a predominant line of decisions.

One of the *highlights* of the Bill was the creation of *Incidente de Julgamento de Demandas Repetitivas*. This task has two objectives: the first, and foremost, is to implement fully the principles of legality and equality.

Excessive dispersion (= different decisions to similar facts) in case law, a typically Brazilian and Latin America phenomenon, undermines its stability and predictability.

The fact that Brazilian courts have interpreted the same legal principle or statutory law provision differently, reaching different decisions on very similar facts, discredits the Judiciary and causes, the undesirable feeling that people are the victims of an *injustice*.

Brazilian law has for some time been following a trend that creates rules in an attempt to avoid this type of situation.

The Bill introduces a device to simultaneously award proceedings in cases that revolve around the same legal issue. It applies to claims that have the potential to multiply themselves.

This *incidente de julgamento de demandas repetitivas* can be brought before the 2nd Instance by the parties, by the judge (1st Instance judge) or even by a third party, before any kind of appeal is filed. The 2nd Instance would solve the issue of law and all other judges would be bound by this decision.

In fact, this *incident* and many other statutory provisions which already exist would not be necessary if we had the culture or the custom of respecting the orientation of our highest Courts, which is not strictly mandatory in civil law countries, but is advisable. The primary role of Superior Courts is to create uniformity in law. Therefore, hierarchically inferior judges should normally pay respect for the orientation of the higher courts, as a principle, even if there is no



express rule saying it.

But it does not happen spontaneously and it is also unfortunately usual that the Superior Courts themselves often change their basic legal approach (as if it were, in the English terminology, an overruling). There is a clear tendency for a change in this field, maybe also supported by these changes in Statutory Law.

In order for a system based on the natural authority of precedents created by the STF or STJ to work, their guiding principles expressed in their decisions must obviously be stable. Changes of opinion should be rare and very closely reasoned. Courts must respect their own precedents, as a rule, without which these precedents will never be respected by lower courts. Another very important principle was therefore expressly included in the Bill. The general need for both stability and predictability should be taken into account before any significant changes of case law are made.

For the same reason, case law changes will lack retrospective effect, according to the terms of the Bill (*modulação*).

The *modulação* is a principle included in the Bill which is the opposite of-retrospective effect: in case of overruling, Courts can declare that the new rule shall be applied from that moment onwards.

It will probably be strongly recommended by legal writers that Courts only rarely change their orientation and, when this occurs, that a prospective declaration should take effect.

One of the goals of this Bill is to speed up proceedings. In fact, if all these devices and principles are implemented, greater speediness will result. The volume of appeals would diminish for two reasons: firstly case law would be predominantly predictable, dissuading people from appealing; secondly occasionally there will be one appeal to solve 300 or 400 cases involving the same legal issue.

Thus, judges would have more time available for more complex litigation.

Naturally, the Court's workload would tend to decrease.

And this is certainly the second aim of the *incidente de julgamento de demandas repetitivas*. Once more the system of civil procedure will give effect to constitutional principle: in this instance, to the principle that litigation should be concluded within a reasonable time (*ragionevole durata del processo*).

There are many other novelties in the Bill. As previously mentioned in law, the future is



catered for in the present, with the exception of periods following dictatorships, disastrous regimes where the intention was to completely erase the past.

We did what was expected of us: we heard criticism of the existing system, mainly during several public hearings which took place throughout the country, while the Bill was being drafted. Many of the suggestions were already known, but fresh criticisms were also made and noted.

The questions of mediation and settlement also received attention during our hearings. We included in the Bill a special conciliation hearing at which a settlement could be reached. At this hearing, the defendant attends without a ready defence. Mediators are allowed to be present at this hearing.

According to the Bill, an *amicus curiae*, which was expressly introduced in our procedural system by the Constitutional Amendment of 2004, can intervene in any kind of lawsuit, as a result of a judicial order or on his own initiative. It is assumed that this intervention can enable the court to make a better informed decision, reflecting a wider and deeper understanding of social and other relevant factors.

The judge, according to the Bill, has case management powers. Decisions of this nature will not normally be reviewed by the courts of second instance. In exercise of case management powers, the judge will be expected to adapt the proceedings to the circumstances and peculiarities of the case at hand.

The Bill also contains provisions designed to ensure that every proceeding is more useful. For instance, the defendant may formulate a *petitum* against the claimant, the *causae petendi* and the *petitum* itself can be amended during the proceedings (the norm in the existing law is the *perpetuatio libelli*); the issues solved incidentally (*incidenter tantum*) get the *res judicata* force too (in the existing system, only the *decisum* becomes *res judicata*).

According to the Bill, to obtain an urgent provision, it will be both necessary and sufficient for a claimant to demonstrate *fumus boni iuris* and *periculum in mora* and that is enough. There was no preoccupation in legally qualifying specific facts (described by statutory law) considered sufficient to justify urgent measures (and this is the method used in the existing system).

Of course, one should not have unrealistically high expectations concerning the effects of the Bill, once it is enacted. This is because there are some problems besetting Brazilian civil



procedure which cannot be readily solved by rule changes.

Situations which give rise to litigation are outside the sphere of legal reform. But, to some extent, the problems that we have are the result of unresponsive norms. We can guarantee that the Bill has the potential to make things better.



Haftungsverschärfung durch das Beweisrecht?

(Liability intensification through evidence?)

Reinhard Greger

Professor Dr. at the University of *Erlangen-Nürnberg*

Abstract: The article deals with the problem of the degree of persuasion necessary for the judge to render a decision, studying the theories developed to authorize a sentence based on probabilities. The author confronts the “principle of preponderance”, created by Swedish scholars, with the solutions adopted in Germany, challenging their outcomes regarding the rights of the parties.

I. Problemdarstellung

In dem Beitrag soll es um die Frage gehen, ob das Durchsetzen schwer zu beweisender Ansprüche dadurch erleichtert werden kann, dass die Anforderungen an das Ergebnis der Beweiswürdigung herabgesenkt werden. Es geht also um das Beweismaß: Was muss ein Anspruchsteller leisten, damit das Gericht den von ihm behaupteten Sachverhalt seiner Entscheidung zugrunde legen und ein ihm günstiges Urteil erlassen kann? Muss er die Richter voll von der Wahrheit seines Vorbringens überzeugen oder genügt ein bestimmter Grad von Wahrscheinlichkeit?

Zur Verdeutlichung mag der folgende, einfache Fall aus dem Bereich der Arzthaftung dienen:

Ein Patient ist nach einer Augenoperation erblindet. Er behauptet, dass dies auf einen Fehler des operierenden Arztes zurückzuführen ist, und begehrt Schadensersatz.

1. *Variante:* Aufgrund von Zeugenaussagen und Sachverständigengutachten kommt das Gericht zum Ergebnis, dass der beklagte Arzt sehr wahrscheinlich einen Behandlungsfehler begangen hat. Den vollen Nachweis halten die Richter nicht für erbracht; sie schätzen die Wahrscheinlichkeit aber auf 80 %. Müssen Sie die Klage abweisen oder können Sie dem Kläger Schadensersatz zusprechen? Zu 100 % oder nur zu 80 %?

2. *Variante:* Es steht fest, dass der Arzt einen Behandlungsfehler begangen hat. Der



Sachverständige erklärt jedoch, dass die Krankheit des klagenden Patienten möglicherweise auch ohne den Behandlungsfehler zur Erblindung geführt hätte. Auf Nachfrage des Gerichts beziffert er die Wahrscheinlichkeit eines solchen Verlaufs, gestützt auf die Auswertung vergleichbarer Fälle, mit 33 %. Auch hier stellt sich die Frage: Verurteilung ja oder nein? Voll oder nur in Höhe von zwei Dritteln des geltend gemachten Schadens?

II. Die Überzeugung von der Wahrheit als gesetzliches Beweismaß

Bei einem Blick in die deutsche ZPO erscheint die Antwort auf die genannten Fragen klar und eindeutig:

Nach § 286 Abs. 1 ZPO hat das Gericht „nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei.“

Ergebnis der Beweiswürdigung soll also die Feststellung der *Wahrheit*, nicht einer bloßen Wahrscheinlichkeit sein.

Da freilich nur eine überirdische, allwissende Instanz die absolute Wahrheit zu erkennen vermag, stellt das Gesetz realistischerweise nicht auf die objektive Wahrheit, sondern auf die *Überzeugung von der Wahrheit*, das „für wahr Erachten“ ab, also ein subjektives Kriterium.

Dieses subjektive Element der Sachverhaltsfeststellung mag zunächst als Verwässerung des Wahrheitserfordernisses erscheinen. Stellt der Richter bei seiner Überzeugungsbildung nicht doch auf Wahrscheinlichkeiten ab, weil er weiß, dass er die absolute Wahrheit gar nicht erkennen kann?

Ältere Entscheidungen des BGH scheinen diese Deutung zu bestätigen. In ihnen wird ausgeführt, dass der Richter nicht auf die absolute Gewissheit der zu beweisenden Tatsache abstellen darf, sondern sich mit einem so hohen Grad von Wahrscheinlichkeit begnügen muss, dass kein vernünftiger, die Lebensverhältnisse klar überschauender Mensch mehr an der Wahrheit zweifelt.¹

Der BGH hat später aber eindeutig klargestellt, dass ein Beweis nicht auf Wahrscheinlichkeit gestützt werden kann. In einer Grundsatzentscheidung von 1970 stellte er fest:

„...nach § 286 ZPO muss der Richter aufgrund der Beweisaufnahme entscheiden, ob er eine Behauptung für wahr oder für nicht wahr hält, er darf sich also gerade nicht mit einer bloßen Wahrscheinlichkeit beruhigen“.²

Soweit in der Rechtsprechung von der „an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit“ die Rede ist,

¹ S. z.B. BGH NJW 1961, 777.

² BGHZ 53, 245, 255f.



handelt es sich nach der genannten BGH-Entscheidung nur um eine ungenaue Ausdrucksweise, mit der umschrieben werden soll, dass der Richter keine unbezweifelbare Gewissheit verlangen darf; keinesfalls dürfe aber vom Erlangen einer richterlichen Überzeugung von der Wahrheit abgesehen werden.

In weiteren Entscheidungen hat der BGH ausgeführt, dass auch die Angabe eines Wahrscheinlichkeitsgrades in einem Sachverständigengutachten den Richter nicht davon abhalten darf, sich eine eigene Überzeugung von der Wahrheit zu bilden.³ Und in einem Fall, in dem das Berufungsgericht seine Überzeugungsbildung mit Hilfe einer Wahrscheinlichkeitsberechnung nach dem *Bayesschen* Theorem abgestützt hat, erklärte der BGH eine solche Vorgehensweise für verfehlt, da die Überzeugungsbildung nicht durch einen Rechenvorgang zu ersetzen sei.⁴

In den beiden Beispielfällen müsste die Klage demnach abgewiesen werden, weil das Gericht keine volle Überzeugung vom Behandlungsfehler bzw. seiner Kausalität gewonnen hat.

Für die beweispflichtige Partei, in der Regel also den Kläger, stellt sich das hohe Beweismaß der Wahrheitsüberzeugung unter Umständen als unbillige Härte dar: Während er die volle Last der Sachverhaltsfeststellung trägt, kann sich die andere Partei darauf beschränken, die Überzeugungsbildung des Richters zu verhindern. Dies kann einer Lastenverteilung im Verhältnis 100 : 1 gleichkommen. Kann dies rechtens sein?

Es hat im deutschen Schrifttum nicht an Versuchen gefehlt, diese Unausgewogenheit zu beseitigen.

Sie wurden inspiriert durch Arbeiten schwedischer Prozessualisten sowie durch den Blick auf das anglo-amerikanische Beweisrecht.

III. Wahrscheinlichkeit als Beweismaß?

In den 1960er Jahren erregten *Bolding*⁵ und *Ekelöf*⁶ Aufmerksamkeit mit ihren Darstellungen des in der schwedischen Prozessrechtslehre entwickelten *Überwiegensprinzips*. Demnach bestimmen die gesetzlichen Beweislastregeln nicht nur, zu wessen Lasten die Nichterweislichkeit eines Merkmals geht, sondern auch, mit welchem Wahrscheinlichkeitsgrad das Merkmal feststehen muss, um als bewiesen gelten zu können. Trifft das Gesetz hierüber keine ausdrückliche Bestimmung, so ist das Beweismaß durch teleologische Auslegung der materiellen

³ BGH NJW 1994, 801.

⁴ BGH NJW 1989, 3161.

⁵ Scandinavian Studies in Law 1960, 9 ff.

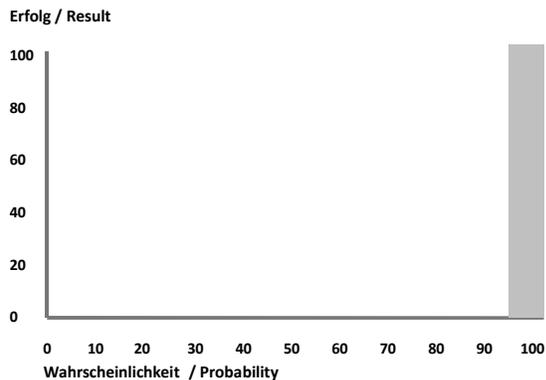
⁶ Scandinavian Studies in Law 1964, 45 ff.; ZJP 75 (1962) 289 ff.



Rechtsnorm zu ermitteln; es ist zu fragen, ob es dem Zweck des Gesetzes entspricht, die von ihm angeordnete Rechtsfolge auch dann eintreten zu lassen, wenn der vorausgesetzte Sachverhalt nur mit einem bestimmten Grad von Wahrscheinlichkeit erwiesen ist. Dies kann z.B. bei typischerweise schwer beweisbaren Tatbestandsmerkmalen der Fall sein.

Grafisch lässt sich dies wie folgt darstellen:

Prozesserfolg nach dem Überzeugungsmodell



Die Klage hat hier nur dann Erfolg, wenn der Kläger dem Gericht die volle Überzeugung von der Wahrheit seiner Behauptungen vermittelt; bei jedem darunter liegenden Wert, auch einer Wahrscheinlichkeit von 80 %, obsiegt der Beklagte voll.

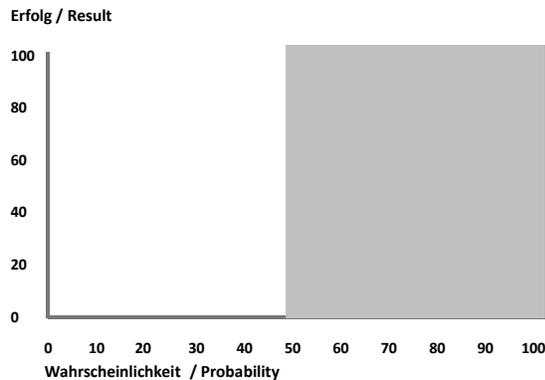
Nach dem Überwiegensprinzip ist dagegen ein Wahrscheinlichkeitsgrad zu bestimmen, von dem ab der Kläger seiner Beweislast genügt haben soll.

Bolding hat diesen Beweislastpunkt grundsätzlich bei 50 % angesiedelt, weil das Risiko des Prozessverlustes für beide Parteien gleich schwer wiege. Jede Abweichung hiervon müsse besonders begründet werden.⁷

⁷ Scandinavian Studies in Law 1960, 25.



Prozesserfolg nach dem Überwiegensprinzip



Hier erzielt der Kläger also schon bei einer Wahrscheinlichkeit seines Vorbringens von 51 % den vollen Prozessserfolg.

In der deutschen Rechtswissenschaft fand dieses Modell mehrere Anhänger. Sie konnten auch auf das anglo-amerikanische Beweisrecht verweisen, welches grundsätzlich „preponderance of probability“ genügen lasse und nur für besonders schwerwiegende Tatbestandsmerkmale höhere Anforderungen an den Beweis stelle.⁸

Hieraus entwickelte sich eine *objektive Beweismaßtheorie*, die das subjektive Merkmal der richterlichen Überzeugung völlig ausblendet und durch eine Bestimmung der Wahrscheinlichkeit ersetzt. Während z.B. *Kegeß*⁹ eine 50 % übersteigende Wahrscheinlichkeit grundsätzlich ausreichen lassen wollte, weil eine Entscheidung nach dem Wahrscheinlichen immer gerechter sei als eine Entscheidung nach dem Unwahrscheinlichen, befürwortete *Schreiber*¹⁰ eine Sachverhaltsfeststellung aufgrund von Wahrscheinlichkeit nur für solche Tatbestandsmerkmale, die allgemein schwer zu beweisen sind. *Bruns*¹¹ sprach sich für eine Anwendung des Überwiegensprinzips überall dort aus, wo das Gesetz nicht eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit verlangt. *Maassen*¹² wollte das Beweismaß nach den Folgen festlegen, die der Prozessverlust für jede Partei auslöst; da er in der Regel beide Seiten gleich hart treffe, genüge die leicht überwiegende Wahrscheinlichkeit; werde eine Partei aber, z.B. wegen

⁸ Nachweise bei *Schwering*, System der Beweislast im englisch-amerikanischen Zivilprozess, 1969, S. 79 ff.

⁹ Festgabe für Kronstein, 1967, S. 321 ff.

¹⁰ Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozess, 1968, S. 13 ff.

¹¹ Zivilprozessrecht, 1. Aufl. 1968, S. 285 f.

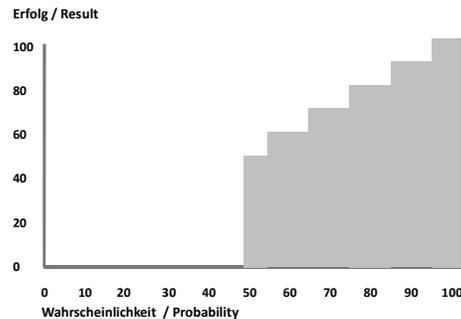
¹² Beweisprobleme im Schadensersatzprozess, 1975, S. 7 ff.



Versicherungsschutzes, weniger hart getroffen, verschiebe sich der erforderliche Wahrscheinlichkeitswert zu ihren Lasten.

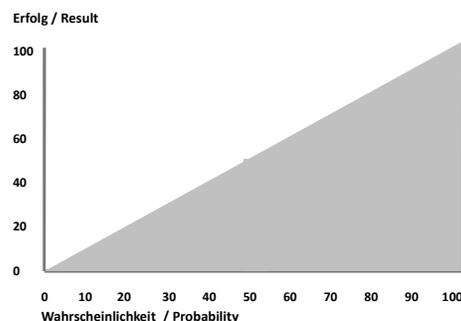
In letzter Konsequenz ließe sich dieser Gedanke in der Weise fortentwickeln, dass nicht nur Sieg oder Niederlage, sondern auch die Höhe der Verurteilung von der Wahrscheinlichkeit abgängig gemacht wird.¹³ Dann erhielte der Kläger bei einer für ihn sprechenden Wahrscheinlichkeit von 60 % statt der eingeklagten 10.000 Euro 6.000 Euro, bei 75 % 7.500 Euro und so fort.

Prozesserfolg nach Wahrscheinlichkeit



In letzter Konsequenz könnte das Modell wie folgt aussehen:

Prozesserfolg nach Wahrscheinlichkeit



Alle diese Lehren haben sich jedoch nicht durchsetzen können. Kritisiert wurde, dass sie Beweislast und Beweismaß miteinander vermengen, ja das unserer Rechtsordnung zugrunde

¹³ Rödiger, Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 1973, S. 216, Maassen (o. Fußn. 12), S. 165 ff. m.w.N.



liegende Beweislastsystem aushebeln. Da sich das Ergebnis einer Beweisaufnahme nicht in exakte Wahrscheinlichkeitswerte umrechnen lasse, täuschten sie eine Objektivität vor, die in Wirklichkeit nicht bestehe. In Wirklichkeit handle es sich um eine Scheingenaugigkeit. Die Aussicht, auch bei bloßer Wahrscheinlichkeit des Klagevorbringens eine Verurteilung des Gegners – zumindest zu einer Teilsumme – zu erlangen, lade förmlich dazu ein, unberechtigte Klagen zu erheben.¹⁴

Die herrschende Lehre und die Rechtsprechung in Deutschland halten daher an der Maxime fest, dass ein Beweis nicht auf Wahrscheinlichkeit, sondern nur auf die in § 286 Abs. 1 ZPO mit „für wahr erachten“ umschriebene Überzeugung des Richters gestützt werden kann. Das Abstellen auf die im Einzelfall ermittelte Wahrscheinlichkeit wäre unvereinbar mit den Grundprinzipien der Beweislast. Der Verteilung der Beweislast liegen wohl erwogene Gesichtspunkte der generellen Risikozuweisung zugrunde, die nicht durch zufällige Beweisergebnisse im konkreten Einzelfall verdrängt werden dürfen.¹⁵ Es trifft nicht zu, dass der aus der Nichterweislichkeit eines Tatbestandsmerkmals herrührende Prozessverlust beide Parteien gleich hart trifft. Bei einem Geschädigten, der keinen Schadensersatz bekommt, weil er die Voraussetzungen eines solchen nicht beweisen kann, verwirklicht sich das allgemeine Lebensrisiko, das in dem Grundsatz „casum sentit dominus“ Ausdruck findet und tief im Rechtsbewusstsein verwurzelt ist. Unschuldig zu einer Leistung verurteilt zu werden, wird dagegen als grobes Unrecht empfunden; daran wirkt auch der psychologische Effekt des „endowment“ mit, der es wesentlich schmerzhafter macht, einen Vermögenswert hergeben zu müssen als auf den Erwerb eines solchen zu verzichten.¹⁶ Auf die fatale Anreizwirkung zur Erhebung unbegründeter Klagen wurde bereits hingewiesen; sie hätte auch ein Hochschnellen der Haftpflichtversicherungsprämien zur Folge.

Natürlich sind Beweislastentscheidungen unerfreulich, zumal sie meistens zu Lasten einer Partei ergehen, die einen Schaden oder eine sonstige Benachteiligung erfahren hat. Man kann aber nicht sagen, dass Entscheidungen, die auf Wahrscheinlichkeit gegründet werden, gerechter sind: Wenn eine Wahrscheinlichkeit von 51 % zur Verurteilung ausreicht, werden von 100 Beklagten 49 zu Unrecht verurteilt.

Wenn es richtig wäre, dass der Prozessverlust die Parteien gleichmäßig belastet, wäre es im Übrigen ein Wertungswiderspruch, die Partei mit der höheren Wahrscheinlichkeitsrate voll obsiegen zu lassen. Man müsste dann, wie in der letzten Grafik, auch das Prozessergebnis proportional bestimmen, d.h. wenn für das Verschulden des Beklagten eine Wahrscheinlichkeit

¹⁴ Vgl. *Prütting* in Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 286 Rdnr. 35 ff.; *Katzenmeier* ZZP 117 (2004) 213 ff. m.w.N.

¹⁵ *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 190 ff..

¹⁶ Vgl. hierzu *Wagner*, ZZP 121 (2008) 19 ff. Grundlegend *Tversky/Kahnemann* Science 185, 1124 ff.; *Knetsch*, The American Economic Review 79, 1277 ff.



von 80 % festgestellt wird, wären dem Kläger 80 % seines Schadens zuzusprechen. Dieses Prinzip versagt jedoch, wenn es um eine unteilbare Leistung geht. Da ein objektiver Beweiswert von 100 %, d.h. absolute Sicherheit, kaum jemals erreicht werden kann, gäbe es zudem nur noch selten voll begründete Klagen; ein Selbstbehalt von z.B. 5 % oder 10 % würde zur Normalität, was den Rechtsuchenden kaum vermittelbar wäre. Muss der Kläger mehrere streitige Tatbestandsmerkmale kumulativ beweisen (z.B. Pflichtwidrigkeit, Verschulden, Kausalität), kann es durch die Multiplikation der Einzelwahrscheinlichkeiten zu sehr niedrigen Gesamtwahrscheinlichkeiten kommen. So ergibt sich z.B. bei drei Anspruchsvoraussetzungen, die jeweils mit der hohen Wahrscheinlichkeit von 80 % festgestellt werden, eine Gesamtwahrscheinlichkeit von $0,8 \times 0,8 \times 0,8 = 0,512$, d.h. 51,2 %. Muss nur bei einem der Merkmale von einem offenen Beweisergebnis, also 50 %, ausgegangen werden, ergibt sich eine Gesamtwahrscheinlichkeit von $0,8 \times 0,8 \times 0,5$, d.h. nur noch 32 %. Soll der Kläger dann im ersten Fall, in dem sich eine leicht überwiegende Wahrscheinlichkeit ergibt, noch 51 %, im zweiten Fall noch 32 % oder – wegen der geringen Wahrscheinlichkeit – gar nichts bekommen?

Diese Überlegungen zeigen, dass es nicht möglich ist, das subjektive Beweismaß der richterlichen Wahrheitsüberzeugung durch objektive Wahrscheinlichkeitswerte zu ersetzen.

Um ungerechte Beweislastentscheidungen zu vermeiden, greift die deutsche Rechtsprechung zu anderen Methoden.

IV. Beweiserleichterungen

1. § 287 ZPO

Diese Vorschrift, die den Richter ermächtigt, die Höhe einer Forderung nach freiem Ermessen zu bestimmen, wird in der Rechtsprechung sehr extensiv angewendet. Insbesondere wird sie auf den Beweis der Kausalität zwischen dem Haftungsgrund und der Schadensfolge, die sog. haftungsausfüllende Kausalität, erstreckt.¹⁷ Bei Vertragsverletzungen sieht der BGH den Haftungsgrund zudem bereits dann als gegeben an, wenn der Vertragspartner durch die pflichtwidrige Handlung so betroffen wurde, dass daraus nachteilige Folgen für ihn entstehen können.¹⁸

In dem eingangs geschilderten Arzthaftungsfall ist die Klage also abzuweisen, wenn der Patient schon den Behandlungsfehler nicht zur vollen Überzeugung des Richters nachweisen kann.

¹⁷ BGHZ 4, 192, 196 f.; BGH NJW 1992, 3298.

¹⁸ BGH NJW 1993, 3073, 3076. Für die Arzthaftung soll genügen, dass durch den Behandlungsfehler die „gesundheitliche Befindlichkeit“ beeinträchtigt wurde; BGH NJW 2008, 1381, 1382.



Hat er dagegen den Behandlungsfehler bewiesen, kann ihm der Richter Schadensersatz auch dann zusprechen, wenn er lediglich vermutet, dass die geltend gemachte Schädigung, also z.B. die Erblindung, auf ihn zurückzuführen ist. Es wird also auch hier die Überzeugung durch eine Wahrscheinlichkeit ersetzt; anders als bei den objektiven Beweismaßtheorien geht es aber nicht um eine objektive Wahrscheinlichkeit, sondern um eine subjektive Wahrscheinlichkeit im Sinn eines geringeren Grades von Gewissheit.

Meines Erachtens handelt es sich hier um den Missbrauch einer Vorschrift des Prozessrechts, die für ganz andere Zwecke gedacht ist, nämlich für die Bezifferung einer Forderung, also die Festlegung der Haftungssumme, nicht für die Begründung der Haftung als solcher.¹⁹

2. Anscheinsbeweis

Eine weitere Beweiserleichterung gewährt die deutsche Rechtsprechung in der Form des sog. Anscheinsbeweises (auch: prima-facie-Beweis). Er greift dann ein, wenn ein Erfahrungssatz dafür spricht, dass ein bestimmtes Schadensereignis auf ein pflichtwidriges Verhalten des Beklagten zurückzuführen ist. Bei einem solchen „typischen Geschehensablauf“ ist der Richter nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, die Kausalität zwischen pflichtwidrigem Verhalten und Schädigung, ja sogar das pflichtwidrige Verhalten als solches als bewiesen anzusehen. Allerdings hat der Beklagte die Möglichkeit, den Anscheinsbeweis auszuräumen, indem er die ernsthafte Möglichkeit einer anderen, nicht zu seiner Haftung führenden Schadensentstehung beweist. Gelingt ihm diese „Erschütterung“ des Anscheinsbeweises, trifft wiederum die volle Beweislast den Kläger.²⁰

Wie dieses gewohnheitsrechtlich entwickelte Rechtsinstitut dogmatisch einzuordnen ist, ist völlig ungeklärt. Die h.M. sieht in der Anwendung des Anscheinsbeweises einen Vorgang der Beweiswürdigung.²¹ Daran ist nur richtig, dass der Richter bei seiner Beweiswürdigung auch die allgemeine Lebenserfahrung zu berücksichtigen hat. Wie er dies tut, kann ihm jedoch nicht vorgeschrieben werden; dies wäre ein Verstoß gegen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung und gegen das in § 286 Abs. 2 ZPO ausdrücklich normierte Verbot bindender Beweisregeln.

¹⁹ Ähnlich *Weber*, Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess, 1997, S. 195 ff., der § 287 ZPO aber auf die Feststellung hypothetischer Kausalabläufe entsprechend anwenden will.

²⁰ Näher *Greger* in Zöllner, ZPO, 28. Aufl. 2010, Vor § 284 Rdnr. 29 m.w.N.

²¹ *Prütting* (Fußn. 14), § 286 Rdnrn. 48 ff. m.w.N.



3. Beweislastumkehr

Für bestimmte Fälle geht die Rechtsprechung noch weiter und ordnet eine Umkehr der Beweislast an.

So hat der BGH z.B. schon lange vor Inkrafttreten des Produkthaftungsgesetzes im Wege richterlicher Rechtsfortbildung die Beweislast für das Verschulden beim Inverkehrbringen eines fehlerhaften Produkts dem Hersteller auferlegt.²² In diesen Fällen muss der Kläger nur seine Rechtsgutverletzung, die Fehlerhaftigkeit des Produkts im Zeitpunkt der Inverkehrgabe sowie den dazwischen bestehenden Ursachenzusammenhang beweisen; der Hersteller muss dann den Nachweis fehlenden Verschuldens führen; dazu gehört auch die sog „äußere“ Sorgfalt, d.h. das Fehlen einer objektiven Pflichtwidrigkeit.²³

Ein sehr differenziertes System der Beweislast hat der BGH für den Bereich der Arzthaftung entwickelt. So muss z.B. dann, wenn der Kläger einen *groben* Behandlungsfehler bewiesen hat, der beklagte Arzt nachweisen, dass dieser nicht für die eingetretenen Schadensfolgen ursächlich geworden ist.²⁴

Der BGH nimmt eine solche Beweislastumkehr jedoch zu Recht nur in ganz bestimmten, typisierten Fallkonstellationen vor, nicht einzelfallbezogen. Wie bereits dargelegt, stehen hinter der Verteilung der Beweislast allgemeine Risikozuweisungen, die nicht durch Zufälligkeiten des Einzelfalls relativiert werden dürfen. Es bedarf einer besonderen Rechtfertigung dafür, dass sich unter bestimmten Umständen das Risiko der Beweislosigkeit auf die andere Partei verlagert, im konkreten Beispiel also die besondere Schwere des Behandlungsfehlers, die das Schadensrisiko des Patienten deutlich erhöht hat.

4. Sekundäre Darlegungslast

Eine faktische Beweiserleichterung gewährt schließlich die Rechtsprechung von der sekundären Darlegungslast. Sie greift dann ein, wenn eine Partei zur Erfüllung ihrer Darlegungslast Umstände vortragen müsste, die ihrer Wahrnehmung entzogen, dem Gegner aber bekannt sind. Hier darf sich der Gegner nicht auf ein pauschales Bestreiten des unsubstantiierten Vorbringens beschränken, sondern muss die dem anderen fehlenden Informationen seinerseits einbringen,

²² BGHZ 51, 91; 67, 359.

²³ BGHZ 80, 186, 196 f.

²⁴ BGHZ 159, 48; BGH NJW 2008, 1381, 1382 m.w.N.



soweit ihm dies zugemutet werden kann.²⁵ Mit Beweislast oder Beweismaß hat diese Rechtsprechung jedoch nichts zu tun; sie soll eine Beweislastentscheidung vielmehr gerade verhindern.

V. Abschließende Stellungnahme

Wie gezeigt wurde, hat die deutsche Rechtsprechung trotz ihres Festhaltens an dem hohen Beweismaß der richterlichen Wahrheitsüberzeugung vielfältige Wege zur Beweiserleichterung eröffnet. Soweit sie durch Richterrecht die Darlegungs- oder die Beweislast modifiziert, bestehen hiergegen keine dogmatischen Bedenken. Systemwidrig sind jedoch die extensive Anwendung des § 287 ZPO und der Anscheinsbeweis. Die Verantwortlichkeit für einen Schaden muss sich aus dem materiellen Recht einschließlich der von ihm vorgegebenen Beweislastverteilung ergeben. Aufgabe des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens ist es, die Voraussetzungen der materiellen Anspruchsnorm zu ermitteln. Gelingt dies nicht, muss nach der Beweislast entschieden werden. Das Prozessrecht (einschließlich des Beweisrechts) kann dagegen keine Haftung begründen, die im materiellen Recht keine Grundlage hat. Der Prozess ist dazu da, Ansprüche festzustellen und zu titulieren, nicht sie zu erschaffen. Innerhalb des Prozesses kann kein anderes Recht gelten als außerhalb.

Es ist daher Aufgabe des materiellen Rechts, seine Tatbestände so zu gestalten, dass die Rechtsdurchsetzung auch unter Berücksichtigung der sekundären Darlegungslast nicht unbillig erschwert wird. Zahlreiche Vorschriften des deutschen Privatrechts tragen dem ausdrücklich Rechnung. So ordnet z.B. § 252 Satz 2 BGB den Ersatz von Gewinn an, der „mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte“; § 844 Abs. 2 BGB macht den Unterhaltersatz von der „mutmaßlichen“ Lebensdauer des Getöteten abhängig. Die Kausalität des Irrtums für eine Willenserklärung ist nach § 119 Abs. 1 BGB dann gegeben, wenn „anzunehmen ist“, dass die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben worden wäre.

Durch materielle Rechtsvorschriften kann auch angeordnet werden, dass eine Kausalität im naturwissenschaftlichen Sinn für die Begründung einer Schadenshaftung in bestimmten Fällen nicht erforderlich ist. Im deutschen BGB findet sich eine solche Regelung z.B. in § 830 Abs. 1 Satz 2: Demnach ist dann, wenn mehrere eine unerlaubte Handlung begangen haben, jeder der Täter zum Schadensersatz verpflichtet, „wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von ihnen durch seine Handlung

²⁵ Näher mit Nachweisen der sehr kasuistischen Rechtsprechung *Greger* (Fußn. 20), Vor § 284 Rdnrn. 34 ff.; *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 2010, S. 138 ff.



den Schaden verursacht hat“.²⁶

Selbstverständlich kann auch durch Auslegung eines Tatbestandsmerkmals erreicht werden, dass es auf einen beweisbaren Inhalt reduziert wird. Dies kann z.B. bei der Kausalität erforderlich sein. Ihre Feststellung erfordert oftmals die Prüfung hypothetischer Abläufe, was in der vereinfachenden „condicio sine qua non“-Formel zum Ausdruck kommt („wäre der Schaden auch ohne die rechtswidrige Handlung eingetreten?“).²⁷ Da hypothetische Verläufe nicht in der realen Welt existieren, sondern nur gedacht werden können, muss der Haftungstatbestand entsprechend formuliert bzw. interpretiert werden, etwa dahingehend, dass die Verursachung „nach der Lebenserfahrung anzunehmen“ sein muss. Auf § 119 Abs. 1 BGB, der das Kausalitätsmerkmal in dieser Weise umschreibt, wurde bereits hingewiesen. Seine Regelungstechnik kann generell für solche Fälle übernommen werden, in denen das Gesetz nicht auf Tatsachen, sondern auf Prognosen oder Hypothesen abstellt. Die bedenkliche Rechtsprechung zum Anscheinsbeweis und zu § 287 ZPO wird dadurch entbehrlich.

Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, ist das Beweisrecht nicht der richtige Ort, um einen Ausgleich für erlittene Rechtsverletzungen zu verschaffen. Dessen Voraussetzungen bestimmen allein die Normen des materiellen Rechts einschließlich der Beweislastnormen. Der Prozess hat die materielle Rechtslage lediglich nachzuzeichnen. Eine Gestaltungsfunktion ist dem Haftungsprozess fremd. Haftungsverschärfungen – etwa eine (anteilige) Haftung für schadensgeneigtes Verhalten – kann nur das materielle Recht (z.B. in Form einer Gefährdungshaftung) schaffen.

²⁶ BGHZ 72, 355, 358 sieht hierin zu Recht einen eigenen Haftungstatbestand, keine Beweisregelung; a.A. *Wagner* in Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 830 Rdnr. 28.

²⁷ Zu realer und hypothetischer Kausalität s. *Weber* (Fußn. 19), S. 86 ff.



Justicia Alternativa Electoral (Electoral Alternative Justice)¹

Ma. Macarita Elizondo Gasperín

Councilor- Federal Electoral Institute (IFE)

PhD in Law-National Autonomous University of Mexico (UNAM)

macarita@prodigy.net.mx

Abstract: The paper analyses the alternative dispute resolutions in matters concerning electoral law issues.

Sumario: Introducción; I. Marco de referencia; II. Medios alternativos de Justicia; III. Avances en medios alternativos de una justicia laboral-electoral; IV. Medio adversarial clásico en materia electoral (vida interna partidista); y Conclusiones.

Introducción

“Lo mucho se vuelve poco con desear otro poco más”

Quevedo

Es de todos conocido el adelanto que ha tenido el sistema electoral en México, basta tan sólo recordar la palabras del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), José Miguel Insulza: “Quiero decirlo de manera muy clara y muy directa. No creo que exista

¹ Conferencia impartida en el Foro “Circuitos de Cultura Político-Democrática”, organizado por el Instituto Electoral del Estado de México en el marco de la conmemoración del bicentenario de la independencia y del centenario de la revolución. 13 Abril de 2010; y en el Congreso Internacional de Derecho Electoral y Democracia, Morelia Michoacán, 16 al 19 de agosto de 2010.



otro país en América Latina que tenga un sistema de organización de elecciones y de justicia electoral tan avanzado como el de México”.²

Dentro del camino que ha avanzado México en justicia electoral, hoy quiero plantear a Ustedes un parámetro más: *La justicia alternativa electoral* que considero un paso adelante en el horizonte de la cultura democrática que busca la corresponsabilidad en la construcción de ciudadanía.

Mi único propósito es iniciar la reflexión y el diálogo sobre las ventajas e inconvenientes de este nuevo enfoque, al tiempo que nutra el análisis del problemario jurídico y los efectos que plantea.

Estamos en el momento propicio para indagar cómo la democracia puede convertirse en la organización de la sociedad que reconozca *una justicia electoral que amplíe la alternativa de solución de conflictos*. Identifiquemos aquellos elementos que contribuyan a evitar controversias. Revisemos cuidadosamente nuestro sistema electoral para realizar las adecuaciones necesarias que nos permitan adelantarnos a los conflictos. Pasemos de una cultura de confrontación a una cultura de solución, a una cultura de paz.

Vivimos inmersos en lo que se denomina la “*cultura de la reclamación*”, que ha sobresaturado el trabajo judicial hasta extremos insospechados. Los estudios comparados³, arrojan similar fenómeno, consecuencia lógica del incremento de la complejidad de las relaciones sociales en un mundo en el que los ciudadanos están cada vez más dispuestos a defender sus propios derechos y disponen de los medios oportunos para hacerlo. Aprovechemos las sinergias y busquemos métodos alternos de resolución de controversias, que sean complementarios del sistema judicial y que garanticen a los ciudadanos el acceso a la justicia y al derecho que demanda la nueva sociedad, obviamente reservando para el método judicial clásico los asuntos de carácter innegociable y aquellos en los que no es posible otra solución que la de la sentencia judicial impuesta desde la autoridad de la administración e impartición de justicia.

La Agenda de la Haya para la Paz y la Justicia en el siglo XXI reconoce que “...una cultura de la paz se logrará cuando los ciudadanos del mundo entiendan los problemas...tengan habilidades

² Firma del Convenio de Colaboración OEA-TEPJF. Vid. Informe Anual 2008-2009. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México. Pág. 13

³ Ortuño Muñoz, Pascual. EL “LIBRO VERDE SOBRE LAS MODALIDADES ALTERNATIVAS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS EN EL AMBITO CIVIL Y MERCANTIL” DE 19.04.2002 DE LA COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Publicado en la Revista IURIS-LA LEY, nº 77, Noviembre 2003, pg. 42 a 48



para resolver conflictos, (y) luchan por la justicia de manera no violenta...Ese aprendizaje solo puede alcanzarse con una educación sistemática por la paz”⁴

El arbitraje, la conciliación y la mediación son acciones en las cuales dos posturas encontradas se ponen de acuerdo, y llegan a un arreglo beneficioso para todos. No hay vencedores, ni vencidos. No son novedosos estos métodos como una alternativa en la solución de conflictos, son una gran ayuda para mejorar y complementar el sistema legal. La participación de una tercera persona que ayuda a los adversarios a solucionar su conflicto y que facilita el hecho de que sean ellos mismos quienes tomen las decisiones para los acuerdos, se ha dado desde la existencia de los primeros grupos humanos en este planeta. Las formas que ahora se conocen y se identifican dentro del rubro de los medios o técnicas alternativas para la solución de controversias son la recuperación de estrategias que han sido exitosas para la vida social de antaño y ahora se adaptan a las circunstancias actuales. Hablar de ello no sólo es hablar de la solución de una disputa, sino de educación para la paz, a través de sensibilizar a la gente sobre la posibilidad de gestionar y resolver sus conflictos con técnicas racionales que fortalecen las relaciones interpersonales, la tolerancia, el respeto a las diferencias, los derechos humanos y los procesos democráticos. Así, las personas van tomando conciencia de su responsabilidad en la solución de sus propios problemas, y se va dando la coyuntura para promover un cambio generalizado hacia soluciones más eficientes que permitan la convivencia armónica.⁵

I. Marco de referencia.

“Somos lo que hacemos repetidamente. Por eso el mérito no está en la acción, sino en el hábito”.

Aristóteles

Hace unos días, concretamente el lunes 22 de marzo de 2010, hubo una reunión en la Ciudad de México, en las instalaciones centrales del Instituto Federal Electoral. La Organización de los Estados Americanos (OEA) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) trabajaron de manera conjunta con las autoridades electorales federales de México: Instituto

⁴ International Peace Bureau. Vid. <http://www.ipb.org/pe/index.htm>

⁵ Vid. Centro Interdisciplinario de Solución Alternativa de Conflictos. Manual Básico del Conciliador. México. Ed. Vivir en Paz, ONG, pág. 10



Federal Electoral y Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, para realizar un *conversatorio* que analice estos temas desde la perspectiva mexicana.

Se organizaron tres mesas de trabajo, en las que expertos del más alto nivel dialogaron sobre cada uno de los temas considerados en el informe preparado por la OEA y PNUD. *La democracia de ciudadanía. Una agenda para la construcción de ciudadanía en América Latina*⁶.

El concepto de democracia que se propone es el de una democracia de ciudadanos que vaya más allá de la noción de una democracia de electores, entendiendo la ciudadanía vinculada con los derechos civiles, políticos y sociales de los individuos. Se trata de una democracia deficitaria, en tanto no ha alcanzado los mínimos exigibles en términos de representación y satisfacción de necesidades de la mayoría de la población. Se hizo un análisis de la democracia latinoamericana por varios flancos: la desigualdad en la distribución en el ingreso, que se traduce en un desigual acceso al poder; la crisis de representación de los partidos políticos (creciente desconfianza hacia la política); la insatisfacción con los rendimientos de la democracia, lo que se convierte en un bajo nivel de legitimidad.

Así se proponen tres políticas públicas prioritarias que permitan atacar en su raíz el déficit democrático: fiscalidad (tributación directa para contrarrestar la desigualdad en el ingreso); integración social (garantizar los mínimos de bienestar como base de inclusión y participación social); seguridad pública (combatir la inseguridad ciudadana que mina en sus bases la legitimidad de la democracia y que lleva a casi la mitad de los latinoamericanos a preferir un retorno al autoritarismo ante la crisis de inseguridad).

Tomando como marco de referencia dicho documento, centro el discurso epistémico en este ensayo, sólo por cuanto hace a la integración social que garantice los mínimos de bienestar como base de inclusión y participación social.

Propongo luego entonces que reflexionemos y busquemos cómo hacer crecer un Estado para la democracia. Agreguemos elementos a la fórmula: Estado fuerte = legitimidad + finanzas sanas + administración efectiva y eficiente.

Es necesario que se abran espacios de diálogo institucional en los que sean los mismos participantes los que al exponer sus situaciones, encuentren caminos convergentes hacia una solución que satisfaga a todos. Son más fácilmente aceptados los resultados cuando se forma

⁶ Organización de los Estados Americanos / Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Nueva York, 2009. Dicho documento retoma las bases teóricas y de diagnóstico sobre la democracia en América Latina que el propio PNUD publicó en 2004 bajo el título *Democracia en América Latina: Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*.



parte del diálogo en el proceso de construcción de la solución del problema. Eduquemos a la sociedad en el sentido de que frente a una controversia no sólo defienda sus derechos, sino que aporte por sí misma los grados de solución, con el compromiso de su cumplimiento. Lo anterior nos permite arribar a los siguientes elementos:

Ciudadanos participativos + facilitadores del diálogo + valor a la palabra = cultura ética de paz.

La *agenda para la construcción de ciudadanía en América Latina* es una propuesta atendible, ya que como bien lo refiere, parte de un diagnóstico realista y propone una visión ampliada de la democracia pero no en una perspectiva utópica sino en función de un mínimo exigible y con un mayor involucramiento de la ciudadanía en la solución de los problemas que le afectan. Apuestan fundamentalmente a la construcción de ciudadanía y a la participación ciudadana como pilar de la corrección del déficit democrático en la región.⁷

Coincido con la agenda anterior en cuanto a que no debe abrirse la brecha entre: a) ciudadanos e instituciones, b) ciudadanos y partidos, y c) ciudadanos frente a ciudadanos. Otra ciudadanía política es exigible. No solo de votos vive la representación democrática. Uno de los planteamientos interesantes de esta agenda fue: ¿Qué reformas de sus estructuras internas deben llevar adelante las autoridades y los partidos políticos para adaptarse al presente contexto?, ¿Más participación puede conducir a una mejor representación?

Las respuestas a estas interrogantes no deben pasar por alto que existe una efervescencia de formas de participación ciudadana que piden la *correspondiente creación de espacios institucionales*, bien en los procesos legislativos, en la distribución de recursos y en mecanismos de rendición de cuentas verticales de las autoridades públicas y por qué no decirlo, *en la ampliación de una justicia alternativa* que los tome en cuenta y que propenda a una nueva visión de una cultura democrática basada en la cultura de la paz.⁸

En México las premisas son:

- a) El Instituto Federal Electoral es árbitro electoral;
- b) Los partidos políticos, como organizaciones de ciudadanos, exigen que su vida interna se desarrolle primero que nada, bajo sus propias normas estatutarias, y

⁷ Si bien, el documento reconoce no poner énfasis en el rediseño institucional en que han venido insistiendo los politólogos asociados a IDEA (Instituto para la Asistencia del Desarrollo Democrático), quienes proponen una especie de semiparlamentarismo para América Latina.

⁸ Vid. La democracia de ciudadanía. Una agenda para la construcción de ciudadanía en América Latina. Organización de los Estados Americanos. Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo. ISBN 978-0-8270-5387-8. Pp. 92



- c) Los ciudadanos ofrecen los elementos de complementariedad que articulan ideas nuevas y con un rol importante en la construcción del lazo entre representantes y representados.

Luego entonces, estamos en una trilogía de responsabilidades, de co-participación, de enlaces que propendan a la solución armónica de satisfactores mutuos y fortalezcan notoriamente la democracia exigible del siglo XXI.

II. Medios alternativos de Justicia.

“...una cultura de la paz se logrará cuando los ciudadanos del mundo entiendan los problemas... tengan habilidades para resolver conflictos, (y) luchen por la justicia de manera no violenta...Ese aprendizaje solo puede alcanzarse con una educación sistemática por la paz”

Agenda de la Haya para la Paz y la Justicia en el siglo XXI

La Comisión de las Comunidades Europeas⁹ ha sostenido que el modelo de resolución de conflictos basado en unos jueces técnicos, semiautomatas, sometidos a un reglamentismo legal exacerbado que ha absorbido toda la capacidad de los ciudadanos de negociar sus propios intereses, no es eficaz ni útil para los nuevos litigios que han surgido de un sistema de relaciones sociales que, en parte, era desconocido.

Se plantean en la sociedad actual nuevas tipologías de conflictos para los que es obsoleto el método adversarial clásico, tanto por la proliferación de litigios que se han incrementado en proporción geométrica en el ámbito del consumo, la responsabilidad civil, las relaciones de vecindad o las de familia, como por la complejidad de muchos de ellos. Las estadísticas judiciales ponen de relieve que es imposible que los tribunales acojan, tramiten y den una respuesta en derecho en un plazo razonable a gran parte de las controversias. En otros casos el nivel técnico de la disputa o la confluencia de factores de muy diverso signo determinan la necesidad de que la

⁹ Este apartado está basado en la obra de Ortuño Muñoz, Pascual. EL “LIBRO VERDE SOBRE LAS MODALIDADES ALTERNATIVAS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS EN EL AMBITO CIVIL Y MERCANTIL” DE 19.04.2002 DE LA COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Publicat a Revista IURIS-LA LEY, nº 77, Noviembre 2003, pg. 42 a 48.



“gestión del conflicto”, en terminología post moderna, se aborde con metodología interdisciplinaria, (litigios en el sector tecnológico o informático con presencia de empresas multinacionales, la regulación de los efectos de los divorcios o la justicia juvenil). En muchos de estos casos, las necesidades de rapidez y eficacia que el comercio y el sistema financiero demandan, son incompatibles con los procesos judiciales de los que se dispone. Por tomar un referente europeo, es sorprendente el incremento de reclamaciones formuladas por los ciudadanos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: cuando se creó, en 1981, hubo 404 recursos, mientras que ya en 1993 fueron 2.037, para ascender en 1999 a 8.402 y finalizar el año 2002 con 27.500.

Se plantea incluso la puesta en marcha de métodos de resolución de conflictos “on line”, utilizando para este fin el Internet con la accesibilidad, simplificación y rapidez propias de este medio y el desarrollo de la mediación a todos los niveles. Estos sistemas metodológicos de resolución de controversias que son alternativos al sistema adversarial judicial clásico, pero que pueden ser un complemento eficaz del mismo, conforman los llamados “ADRs” esto es, la Alternative Dispute Resolution, (por su contracción en inglés).

Estos métodos alternativos de resolución de conflictos se caracterizan por facilitar una “modalidad de construcción y de gestión de la vida social gracias a la inmisión de un tercero neutral, independiente y sin otro poder que la autoridad que le reconocen las partes, que lo habrán elegido o reconocido libremente”¹⁰. “Cualquier intento de modernización de la justicia que olvide completar el sistema clásico con las nuevas metodologías, está abocado al fracaso”¹¹. Se dice que la implantación de los ADRs es un signo de identidad de la Unión Europea (UE), a la vez que un medio para abordar la crisis de la administración de justicia, que no es únicamente un problema nacional, sino que representa un grave problema común de todos los estados miembros.

Es mi opinión que la materia electoral no puede quedar al margen de estas nuevas tendencias¹² de buscar, reconocer y desarrollar medios alternos de solución de conflictos.¹³ Es

¹⁰ En la definición de Michèle Guillaume-Hofnung, citada por Ortuño Muñoz, Pascual. Op, cit.

¹¹ IDEM

¹² Como la materia, civil, familiar, penal, financiera, comercial, laboral, intercultural, etc

¹³ Como desarrollo de este interés deben citarse las conclusiones de la Presidencia del Consejo de Viena de diciembre de 1998, (apartado 83), que destaca la necesidad de desarrollar la mediación en los conflictos familiares transnacionales y el acuerdo de la Comisión de 9.4.2001 sobre mediación y derecho de consumo. La Recomendación de 29 de mayo de 2000 recoge el acuerdo de los ministros de justicia para la búsqueda y desarrollo de métodos



notorio el efecto multiplicador de los casos ante los tribunales bajo el esquema del proceso judicial clásico, tienden a alargarse y sus gastos se incrementan cada vez más, por lo que la conclusión que se obtiene es que es necesario implementar estos métodos alternativos como respuesta a la necesidad de facilitar el acceso a la justicia para dar cumplimiento a los preceptos constitucionales. Con ello, la tendencia es a conseguir una eficaz vía complementaria a los procedimientos jurisdiccionales, al mismo tiempo que se sientan las bases para profundizar en la paz social mediante la promoción de estos métodos basados en el restablecimiento del diálogo y el mantenimiento de las relaciones futuras.¹⁴

En todos los Estados miembros de la UE se constata que las leyes de enjuiciamiento establecen la posibilidad de que se intente la conciliación entre las partes antes del litigio, aun cuando el grado de obligatoriedad es distinto en unos de otros.

En México, la justicia alternativa es un derecho fundamental. En el apartado de las garantías individuales, el artículo 17 párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece textualmente:

“Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”.

Nótese que lo anterior es texto vigente de nuestra Constitución, cuyo proceso legislativo requiere para su aprobación no sólo la aceptación del Congreso de la Unión, sino de los Congresos Locales, es decir de los representantes populares de cada uno de los Estados de la República, quienes en consecuencia han manifestado su interés en elevar a rango de derecho fundamental, de garantía individual, el derecho irrestricto que le asiste a toda persona a conseguir una eficaz vía complementaria a los procedimientos jurisdiccionales tradicionales que logre el diálogo, la

alternativos en el ámbito civil y comercial, convencidos de la eficacia de los mismos. En el Acuerdo de 15 de marzo de 2001 la Comisión analiza la conveniencia de implantar la mediación en el ámbito penal para salvaguardar los derechos de las víctimas. El acuerdo de 7 de mayo de 2001 promueve la creación de la red FINNET, para la resolución de los conflictos en el ámbito financiero. Finalmente, en cuanto a las relaciones laborales, el Consejo europeo de Bruselas, Laeken, de diciembre de 2001 insistió en la importancia de prevenir y resolver los conflictos sociales, y muy especialmente los de carácter transnacional, mediante mecanismos voluntarios de mediación. (Pueden consultarse estos textos en la siguiente dirección: <http://ue.eu.int/fr/Info/eurocouncil/index.htm>).

¹⁴ Vid. ELIZONDO GASPERÍN, Ma. Macarita (Coord). Relación de las Partes, los Jueces y los Abogados. XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Ed. Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho. División Editorial, México, 2004. pp.590



negociación y la solución plausible de sus intereses y derechos.

Incluye obligadamente a la materia penal, con las salvedades de aquellos casos en los que se requiera supervisión judicial.

En el Dictamen de la Cámara de origen¹⁵ el cual retoma su colegisladora Cámara Revisora, se precisa:

“...La evolución progresiva de los derechos humanos ha derivado en la conclusión de que la obligación de los Estados de garantizar el libre ejercicio de los mismos no se limita únicamente a una cuestión formal, sino que además impone la obligación al Estado de proporcionar todos los medios necesarios para que el sujeto de dichos derechos pueda hacerlos efectivos. Esta conclusión tiene su origen en el sistema interamericano que nos rige, específicamente en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde se fija el compromiso de los Estados Partes respecto de la aplicación de dicho instrumento internacional. Es decir, se trata de la obligación del Estado de garantizar, como señaló puntualmente hace ya 30 años el notable jurista italiano Mauro Cappelletti, el acceso efectivo a la justicia.

“Hoy más que nunca, la concepción de Cappelletti cobra vigencia, pues mientras las elites políticas, sociales o económicas poseen múltiples canales informales para solucionar problemas relacionados con el ejercicio de sus derechos, sin tener que acudir a los mecanismos institucionales de justicia; los más desprotegidos económicamente se encuentran en franca minusvalía ante muchas de las entidades públicas o privadas con las que interactúan. Por ello, el acceso a la justicia debe servir para compensar esta desigualdad y asegurar la vigencia de los derechos y la legalidad, incluyendo la actuación de las instituciones encargadas de proporcionarla.

¹⁵ Extracto de la crónica legislativa y diario de debates con referencia a la reforma al artículo 17 constitucional: Dictámen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Origen de fecha 11 de diciembre del 2007 y Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública y de Estudios Legislativos de la Revisora de fecha 13 de Diciembre del 2007.



...

“En el texto que se propone del artículo 17, se establecen los mecanismos alternativos de solución de controversias que son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita. Estos mecanismos alternos a los procesos jurisdiccionales para la solución de controversias, entre otros la mediación, conciliación y arbitraje, permitirán en primer lugar cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo; también servirán para despresurizar las altas cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales y para que las víctimas obtengan de forma más rápida la reparación del daño, que es una asignatura pendiente de nuestro sistema de derecho”.

Con este texto el Constituyente permanente reconoce la necesaria vía de comunicación y de diálogo que la sociedad demanda en nuestros tiempos, dado que es la depositaria del poder democratizador y forma parte en su conjunto de la solución de los conflictos, como ya se dijo, es importante sustituir la estrategia del enfrentamiento por la de la colaboración.

La justicia alternativa cuenta con instrumentos eficaces para la paz social que refuerzan la cultura democrática, por lo que no puede ni debe ser ajena a ninguna materia.

III. Avance en medios alternativos de una justicia laboral-electoral.

“Estudiémonos, descubramos cuáles son nuestras buenas y malas tendencias; este conocimiento va a permitirnos entregar las unas al poder de construcción, las otras a la disolución del tiempo”

Julio Payot

Durante las dos últimas décadas, México ha vivido una serie de cambios normativos en su orden constitucional que vienen transformando la naturaleza de sus instituciones político-



electorales. Estas transformaciones se han sustentado en la intención de fortalecer y consolidar valores fundamentales para la vida democrática del país.

Por lo que hace a las instituciones electorales, la reforma de 1990 introdujo la concepción de un Instituto Federal Electoral como organismo constitucional autónomo que organiza las elecciones, en el que por primera vez participaron en su calidad de ciudadanos con importantes funciones y en el cual se formó un nuevo servicio profesional electoral permanente. Eso constituyó en su momento un avance sustancial hacia la consolidación de la imparcialidad como principio rector de la organización electoral.

El primer Estatuto del Servicio Profesional Electoral fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 1992.

En 1996 tuvo lugar una reforma electoral en la que se señaló que se debía revisar y reformar el Estatuto del Servicio Profesional Electoral entonces vigente, estableciéndose la atribución al Consejo General del Instituto para aprobar un nuevo marco normativo que contribuyera a fortalecer el profesionalismo, la autonomía y la imparcialidad de la institución.

El 16 de marzo de 1999, por acuerdo del Consejo General CG06/1999 se aprobó el Estatuto del Servicio Profesional Electoral y del Personal del Instituto Federal Electoral, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de marzo del mismo año y entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

El 14 de enero de 2008 se publicó, en ese mismo medio oficial, el Decreto por el que se expide el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales que abrogó al anterior, lo cual generó la emisión de un nuevo Estatuto. El día 16 de diciembre de 2009, en Sesión Extraordinaria del Consejo General del Instituto Federal Electoral, fue aprobada la reforma integral al Estatuto del Servicio Profesional Electoral y del Personal del Instituto Federal Electoral, el cual fue publicado en dicho diario oficial el 15 de enero de 2010.

En dicho estatuto, concretamente en el Título Séptimo “Procedimientos Disciplinarios para el Personal del Servicio Profesional Electoral”, se prevé la base de una justicia alternativa electoral, pues reconoce la conciliación como un medio para la solución de las controversias, de la siguiente manera:



“CAPITULO DÉCIMO

DE LA CONCILIACION DE CONFLICTOS

“Artículo 295. La conciliación es el procedimiento mediante el cual se puede solucionar un conflicto entre miembros del Servicio, que no afecte interés directo del Instituto, a través de la intervención de un funcionario ajeno a la controversia, denominado Conciliador, con el propósito de generar un acuerdo de voluntades.

Artículo 296. Los miembros del Servicio en conflicto que estén de acuerdo en someterse a una conciliación, podrán solicitar a la DESPE el inicio de la misma.

Artículo 297. El contenido del convenio constituirá obligaciones que deberán observar los miembros del Servicio que se hayan sometido a la conciliación; y su incumplimiento será considerado una infracción.

Artículo 298. La Junta, previo conocimiento de la Comisión y a propuesta de la DESPE, aprobará los lineamientos que regulen el procedimiento de conciliación.

TRANSITORIOS

“PRIMERO.- Las disposiciones del presente Estatuto entrarán en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

“SEGUNDO.- A partir de la entrada en vigor del presente Estatuto, se abroga el Estatuto del Servicio Profesional Electoral publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de marzo de 1999, así como sus modificaciones publicadas el 15 de septiembre y el 20 de octubre de 2008 y se derogan todas las disposiciones que contravengan al presente Estatuto.

“VIGESIMO NOVENO.- Los Lineamientos del procedimiento de conciliación, serán aprobados dentro de los siete meses posteriores a la entrada en vigor del presente Estatuto.



Los servidores del IFE se irán familiarizando con el concepto alternativo a una justicia judicial y comenzarán a reconocer que las controversias pueden tener una solución con una connotación positiva. La implantación de los sistemas alternativos se ha de enmarcar en el objetivo prioritario de la facilitación del acceso a la justicia y a la obtención de una solución justa y eficaz en un plazo razonable.

Recordemos que la palabra *conflicto* tiene como sinónimo: dificultad, pleito, confrontación, disputa, diferencia, combate, choque, encuentro, antagonismo, aprieto, competencia, desacuerdo, pelea, oposición, pugna, disyuntiva, batalla, crisis, discusión, malentendido, mientras que el sinónimo de la palabra *conciliación* implica: arreglo, reconciliación, avenencia, semejanza, entendimiento, similitud, igualdad, conformidad, ajuste, transigencia, cordialidad, conveniencia, concordancia, concierto, paz, fraternidad, concordia, mediación, favor, protección. Así en la vida práctica, las partes entienden el valor de una interacción colaborativa, a diferencia de la que tenía previamente y que las ha conducido al conflicto. En esencia, el conciliador debe llevar a las partes a concretar acuerdos mediante la vivencia de una relación respetuosa, donde el punto de vista de ambas y sus preocupaciones adquieran la misma importancia, donde se compruebe que es posible escuchar a otra persona, aceptar su punto de vista, respetar sus valores y reconocer sus sentimientos, aunque sean incompatibles con las creencias y la experiencia del que escucha y sin menosprecio de los intereses personales de ninguno. Deben sumarse los esfuerzos de un trabajo conjunto y coordinado y buscar que las ganancias beneficien a todos los participantes involucrados en esa controversia. Se trata de una propuesta de negociación¹⁶, se trata de un modelo de negociación colaborativa asistida por un tercero imparcial para la resolución de problemas mediante un acuerdo negociado y viable que refleje las necesidades e intereses conjuntos de los involucrados.¹⁷

La conciliación como medio alternativo de solución de conflictos se funda en los principios de imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, legalidad, honestidad y equidad, de acuerdo a lo

¹⁶ Hablar de negociar en otras materias tienen una connotación diversa a la materia electoral, por los índices de corrupción que se han dado en esta última. Vid. ELIZONDO GASPERÍN, Ma. Macarita. Las Naciones Unidas Contra la Corrupción. Hacia una cultura de rechazo a la corrupción en materia electoral (El caso México). Ed. Poder Judicial del Estado de Aguascalientes. Junio de 2006.

¹⁷ Centro Interdisciplinario de Solución Alternativa de Conflictos. Manual Básico del Conciliador. México. Ed. Vivir en Paz, ONG. Pp. 136.



siguiente¹⁸:

1. La voluntad de las partes para someterse a los medios alternativos de solución de controversias, y la libertad para dar por terminado el proceso en cualquier momento, con la posibilidad de instar ante los tribunales la tutela de sus derechos con carácter inmediato, pero deben establecer las cautelas necesarias para que dicha voluntad sea debidamente garantizada, en especial evitando que se utilicen estos métodos alternativos de forma abusiva contra la parte más débil o que supongan la supresión u obstaculización del ejercicio de las acciones judiciales, las cuales en materia laboral-electoral están constituidas por los Juicios para Dirimir los Conflictos o Diferencias Laborales de los Servidores del Instituto Federal Electoral.¹⁹
2. La autonomía para organizar el procedimiento. Es una de las ventajas más destacadas, puesto que en cada caso y para cada ámbito de actuación se pueden pactar o fijar las reglas mínimas de actuación, con lo que las propias partes en controversia comienzan a construir las bases para resolver por sí mismas el conflicto. Conseguir que dos partes con interés opuestos se sienten en una mesa y pacten entre ellas, con intervención del tercero, un turno para hablar, ya supone un gran logro, pues es la base de la reinstauración del diálogo. Es importante sustituir la estrategia del enfrentamiento por la de la colaboración, es un instrumento eficaz para la paz social, especialmente cuando las partes contendientes han de seguir conviviendo o relacionándose de algún modo.
3. La exigencia de imparcialidad del tercero. Junto con la neutralidad y la objetividad, son las condiciones indispensables que debe ofrecer el tercero. La búsqueda activa del equilibrio real entre las partes durante el proceso de negociación, para que ninguna de ellas pueda hacer prevalecer una posición de fuerza.
4. La necesidad de garantizar el equilibrio real entre las partes. Las partes deben percibir que el tercero considera legítimas sus respectivas opciones, que respeta las posiciones que muestran en la disputa y que les ayuda a encontrar la mejor solución posible para los intereses enfrentados, de tal forma que del acuerdo que se alcance no se genere la

¹⁸ Ortuño Muñoz, Pascual. Op. cit. pg. 42 a 48.

¹⁹ Mismos que son resueltos por las Salas Superior y Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, de conformidad con la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, cuyo artículo 101 prevé inclusive en sede judicial la celebración de una audiencia de conciliación, admisión y desahogo de pruebas y alegatos, dentro de los quince días hábiles siguientes al en que se reciba la contestación del IFE.



sensación de victoria ni de derrota para ninguna de ellas, sino la satisfacción de ambas por el problema resuelto.

5. Toda la actividad de los terceros, conciliadores o mediadores, debe estar regida por principios deontológicos específicos. El tercero interviniente debe guardar secreto sobre los hechos y circunstancias que le han sido confiados, no puede ser llamado a declarar como testigo en el juicio contencioso, así como que las partes no pueden utilizar en el posterior proceso judicial los hechos reconocidos en el contexto de la negociación. Para ello no es suficiente con las normas deontológicas, sino que se precisa una norma legal clara y concreta que así lo establezca.
6. La necesidad de garantizar que el acuerdo que se alcance sea el realmente querido o bien aceptado por las partes. De ello se deriva la necesidad de que esta vía de la conciliación sea fácil para los ciudadanos, no esté entorpecida por requisitos burocráticos, se desenvuelva con un alto grado de discreción, no despierte recelos de intervencionismo ni de publicitación de los conflictos. En cuanto a las garantías del procedimiento, es necesario que se fijen unas normas claras y precisas para evitar la indefensión, lo que implica establecer un mínimo irrenunciable, de orden público y de necesario cumplimiento.
7. Las características esenciales exigibles deben ser: a) el profesionalismo; b) la formación adecuada (posesión de recursos y habilidades); c) el manejo de técnicas de gestión de conflictos; d) la posesión de las cualidades imprescindibles de transmisor de confianza y de facilitador de la comunicación; f) el entrenamiento de la capacidad de ayudar a develar los intereses reales que subyacen en todo conflicto, debajo de las posiciones coyunturales de las partes.

Como la de honestidad es una de las reglas en las que se basan los medios alternativos, es necesario generar esquemas de confianza que reproduzcan valores y principios. El IFE ha dado pasos firmes en la elaboración de su Código de Ética, que espera ser aprobado en breve, después de seguir un procedimiento intenso de diagnóstico y consulta, dado que lo considera como una de las actividades preponderantes del *Programa Integral en contra de la Discriminación y a Favor de la Equidad Laboral y una Cultura Democrática al interior del Instituto Federal Electoral*.

Si lo que inicia formando parte de la cultura democrática al interior del IFE, se replica hacia el exterior, habremos contribuido en buscar que las personas tomen conciencia de su responsabilidad en la solución de sus propios problemas, mediante la utilización de vías



alternativas a un buen sistema de justicia incluyente, de ahí que es igualmente importante un proceso de planeación estratégica de la nueva política de educación cívica, en el que el Instituto Federal Electoral enfrenta el desafío de consolidar como una política pública, el Programa Estratégico de Educación Cívica. Se trata de un proceso que busca partir de una reflexión interna sobre la función de educación cívica del Instituto, y que incorpore también, por diversos medios, la visión de otros actores de la sociedad civil y el Estado, con el fin de lograr definir un documento que permita justificar, explicar, implementar y evaluar las políticas de educación cívica del IFE en los próximos años.

Como ya se dijo, es importante educar para la paz, a través de sensibilizar a la gente sobre la posibilidad de gestionar y resolver sus conflictos con técnicas racionales que fortalecen las relaciones interpersonales, la tolerancia, el respeto a las diferencias, los derechos humanos y los procesos democráticos. Así, se va dando la coyuntura para promover un cambio generalizado hacia soluciones más eficientes que permitan la convivencia armónica en un esquema exigible de cultura democrática.

IV. Medio adversarial clásico en materia electoral (Vida interna partidista)

“Poseemos en nosotros mismos por los pensamientos y la voluntad, un poder de acción que se extiende mucho más allá de los límites de nuestra esfera corpórea”

Allan Kaldec

Son los partidos, como organización de ciudadanos, los que definen legítimamente su libertad para autodeterminarse y resolver internamente sus disputas (artículo 46 párrafos 1, 2 y 3 del COFIPE), dejando para un régimen de excepción la solución judicial de sus conflictos internos. El objetivo de los precedentes judiciales es acotar espacios de impunidad en nuestro sistema jurídico, permitiendo que los institutos políticos puedan resolver los conflictos internos dentro del régimen democratizador.

Los criterios iniciales sustentados por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, se encaminaron en un principio por considerar que los actos de los partidos aún en contra de sus militantes, no podían considerarse como objeto de protección jurisdiccional, bajo el



argumento de que sus acciones no constituían un acto de autoridad. Sin embargo, la tesis inicial dio un giro de 360° por la Sala Superior del TEPJF, que terminó aceptando en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, la procedencia de la protección jurisdiccional a favor de los militantes afectados en sus derechos.

Los partidos políticos son la vía de los ciudadanos para ejercer sus derechos políticos y de esta forma acceder a las funciones públicas del Estado, es por ello que se considera que debiere establecer una regulación interna en sus estatutos, respetando de manera absoluta los principios constitucionales y legales; y bajo ese principio, es necesario un catálogo de derechos mínimos de los militantes y simpatizantes que los estatutos de los partidos podrán ampliar más no restringir.

El siguiente texto corresponde al Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Estudios Legislativos, el que contiene Proyecto de Decreto por el que se expide el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales:

“Un fenómeno no deseable que se presenta desde hace varios años es la creciente judicialización de la vida de los partidos; afirmamos que se trata de un fenómeno negativo en tanto contradice el sentido de éstos como organizaciones de ciudadanos a los que une una misma ideología, programa y reglas entre todos convenidas. Si bien los partidos son, por definición constitucional, entidades de interés público, no son ni deben ser convertidos en entes públicos ubicados en la esfera del Estado. Fortalecer el papel de los partidos como organizaciones de ciudadanos supone que su vida interna se desarrolle, primero que nada, bajo sus propias normas estatutarias, las que deben establecer los medios y mecanismos de defensa para asegurar el ejercicio democrático de los derechos y obligaciones de sus afiliados.

“En esa perspectiva es que la presente iniciativa contempla la incorporación en el Cofipe de normas que permitan a los partidos y a sus afiliados desarrollar su vida interna sin estar sujetos al cuestionamiento inmediato ante las autoridades electorales respecto de asuntos y decisiones que constituyen materias en las que, con apego a normas democráticas, cada partido puede y debe resolver



internamente, y solamente una vez agotadas esas instancias, dejar abierta y garantizada la vía de la queja o denuncia ante las autoridades electorales”

No en pocas ocasiones los militantes de los partidos políticos ven afectados sus derechos políticos por los institutos a los que se encuentran afiliados, es por ello que la propia Constitución reconoce la jurisdicción adversarial clásica como una cuestión excepcional para dirimir estos conflictos. Ahora, para acudir a la jurisdicción del Tribunal, los militantes deben agotar previamente las instancias de solución de conflictos previstas por las normas internas de los partidos, además de reconocer el legislador que los partidos no son autoridades en el sentido *formal* del concepto, sino *material* por el poder de sus resoluciones que trascienden la esfera jurídica del gobernado, por lo que no son ni deben ser convertidos en entes públicos ubicados en la esfera del Estado y en consecuencia reconoce su grado de autonomía (como “ciudadanos organizados”, lo cual es lo mismo que organización de ciudadanos) para la toma de decisiones y para las relaciones en sociedad.

A raíz de la apertura de la procedencia del Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano (JDC), los militantes tienen la posibilidad de ver resarcirse sus derechos transgredidos a través de instancias judiciales ante el TEPJF. Previamente, los militantes sólo contaban con el procedimiento administrativo sancionador, como un mecanismo indirecto de control de los partidos políticos, pero ese medio de defensa no restituía el derecho violado en todos los casos.

La vida interna de los partidos políticos se rige por sus normas estatutarias, las que regulan las relaciones existentes entre sus órganos directivos y los militantes; con ellos se da certeza a los afiliados sobre los derechos, obligaciones y procedimientos para ejercerlos o cumplirlas. Por ello, es indispensable que cada acto partidista se apegue a lo dispuesto en las normas que ellos mismos se otorgan como ciudadanos organizados.²⁰

²⁰ La tesis relevante que sostiene que los partidos políticos están obligados a regir su actuación por las disposiciones constitucionales y legales, lo que es admisible concretar como un deber de observancia al principio de legalidad. En esas condiciones, la garantía de audiencia también debe observarse por los partidos políticos, en tanto entidades de interés público con obligaciones, derechos y fines propios establecidos en la Constitución federal y en las leyes reglamentarias. De esta forma, cualquier acto emitido por un órgano partidario que pudiera tener como efecto privar de algún derecho político constitucional, legal o estatutario a uno de sus afiliados, sin que el sujeto afectado tuviese la posibilidad de realizar una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo, devendría en una transgresión al derecho de audiencia de la que es titular todo gobernado. Tesis XIII/2008 emitida por la Sala Superior.



El principio consistente en el previo agotamiento de las instancias partidistas²¹, se justifica, por regla general, porque las instancias o medios de impugnación ordinarios son instrumentos aptos y suficientes para reparar, oportuna y adecuadamente, las violaciones a las leyes generadas por el acto o resolución que se combata, idóneos para restituir al recurrente en el goce de sus derechos, y no meras exigencias formales para retardar la impartición de la justicia, o simples obstáculos para el gobernado con el afán de dificultarle la preservación de sus derechos.²²

Lo anterior sin olvidar que, en cada eslabón de toda cadena impugnativa rige el principio de preclusión, conforme al cual el derecho a impugnar sólo se puede ejercer, por una sola vez, dentro del plazo establecido por la normatividad aplicable, de ahí el criterio contenido en la Jurisprudencia 9/2007. PER SALTUM. EL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO DEBE PROMOVERSE DENTRO DEL PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN DEL MEDIO DE DEFENSA INTRAPARTIDARIO U ORDINARIO LEGAL.

En México se observa que los ciudadanos son cada vez más combativos en la defensa de sus derechos, para ilustrar la magnitud de este fenómeno que comúnmente se conoce como judicialización de la vida interna de los partidos políticos. Los JDCs que resuelve el Tribunal Electoral del Poder Judicial Electoral (TEPJF) son cada vez más frecuentes. 53% están relacionados con conflictos internos de los partidos políticos. Cabe advertir que este tipo de asuntos ha mostrado una tendencia a la alza en los últimos seis años. La mayoría de los asuntos intrapartidistas versaron sobre procesos internos de selección de candidatos (46.4%), derecho a la información de los militantes (21.8%), afiliación (10.4%), e integración de dirigencias estatales (8.9%). Durante 2009, es el año en el que más asuntos ha recibido el Tribunal Electoral desde su incorporación al Poder Judicial de la Federación en 1996, llegando a un total de 21, 773, de los que

²¹ En atención a la tesis de jurisprudencia, identificada con la clave S3ELJ 04/2003, consultable en las páginas 178 a 181 de la Compilación Oficial de "Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005", bajo el rubro *MEDIOS DE DEFENSA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. SE DEBEN AGOTAR PARA CUMPLIR EL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD.*

²² El criterio judicial señala que el actor no está obligado a agotar alguna instancia previa para acudir al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, si de la normatividad partidista no se advierte expresamente el medio a través del cual sea posible resolver lo atinente a las omisiones reclamadas, pues no obstante que el principio de definitividad, como condición de procedibilidad del juicio citado impone a los promoventes la carga de agotar las instancias previas para combatir los actos y resoluciones en virtud de los cuales pueden ser modificados, revocados o anulados los actos combatidos y si las instancias o medios de impugnación ordinarios no son instrumentos aptos y suficientes para reparar, oportuna y adecuadamente, las violaciones a las leyes generadas por el acto o resolución que se combata, ni idóneos para restituir al recurrente en el goce de sus derechos, resulta claro que el promovente no se encuentra obligado al agotamiento de las instancias intrapartidistas para acudir a la instancia federal. *DEFINITIVIDAD. EL ACTOR NO ESTÁ OBLIGADO A AGOTAR UN MEDIO DE IMPUGNACIÓN INTRAPARTIDISTA, CUANDO DE SU NORMATIVA NO SE ADVIERTA EL IDÓNEO PARA RESOLVER LAS OMISIONES RECLAMADAS (Normativa interna del PRI).*



prácticamente la totalidad (96%) fueron iniciados por el ciudadano (20,840). La cantidad de asuntos que se reciben para conocimiento y resolución en el Tribunal Electoral ha mostrado una tendencia creciente en los últimos años. Lo anterior para la autoridad le permite concluir que es una “clara señal de que los actores políticos han optado por la vía institucional para la solución de los conflictos político-electorales sobre cualquier otra vía”.²³

El lapso promedio comprendido entre el ingreso y resolución de la mayoría de asuntos ante el TEPJF varía según el medio de impugnación. Los juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC) precisamente están entre los más tardados en que se emite la resolución.²⁴

Sin embargo, habrá que pensar en una dimensión diferente, donde los actores tengan otra vía legalmente aceptada de una justicia alternativa expedita para la solución de sus diferencias, que pase de una justicia formal cambiando el paradigma de la justicia restaurativa, y propicie una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo; también servirán para despresurizar las altas cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales y para que las víctimas obtengan de forma más rápida la reparación del daño, que es una asignatura pendiente de nuestro sistema de derecho.

La consecuencia de esta “judicialización” de los sistemas contenciosos electorales estriba en que *la resolución de los conflictos e impugnaciones sobre los procedimientos electorales debe basarse en el principio de juridicidad (constitucionalidad y/o legalidad) y no según los criterios ampliamente discrecionales de la oportunidad política, como ha advertido el doctor Fix-Zamudio. Lo anterior también ha implicado —como la experiencia en el derecho comparado lo demuestra— un cambio en la actitud asumida por los partidos políticos, funcionarios electorales y demás partes o terceros interesados en determinada impugnación electoral, ya que los hechos, argumentaciones y medios de prueba planteados eventualmente ante el órgano jurisdiccional competente, han requerido ajustarse a exigencias técnico-jurídicas para su procedencia y fundamentación, ya que es evidente que la mera movilización o deslegitimación política no*

²³ Vid. Informe de labores 2008-2009. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México. 2009. pp. 15 a 20.

²⁴ IDEM. Los asuntos laborales electorales, por ejemplo, son los que toman más tiempo en resolverse, pues ocupan 60 días en promedio. Reconozco que el plazo promedio si lo comparamos con el de otras instancias judiciales en diversas materias ya de suyo tiene mérito propio, pues si algo caracteriza al Tribunal Electoral de todos los tiempos (Contencioso, Federal y ahora del Poder Judicial de la Federación) es que no tiene rezago, pero la carga de trabajo en constante aumento ha generado costos institucionales de todo tipo.



proporciona los medios y fundamentos suficientes para resolver un litigio electoral de manera objetiva, imparcial y conforme a derecho.²⁵

En los últimos años, la justicia ordinaria local en otras materias distintas a la electoral tiene una tendencia muy fuerte a desarrollar mecanismos alternativos de solución de conflictos, para evitar que los mismos ocupen el tiempo de los organismos oficiales establecidos para tales fines²⁶.

La sociedad civil tiene un papel que desempeñar en la resolución de conflictos electorales en la medida en que es debidamente informada de todos aquellos aspectos relativos al origen del conflicto, su instrucción y decisión por parte del órgano. La presencia de la sociedad civil, de la ciudadanía en general, a través del flujo de información completa, veraz e inteligible, constituye una garantía de respeto a este principio competente, e incluso en aquellos conflictos que terminan siendo negociados, asistidos, arbitrados. En los que el orden público no está comprometido, deben ser manejados de forma tal que puedan alcanzarse acuerdos que propendan a que el proceso electoral se siga en armonía. En este escenario la sociedad civil también debe desempeñar su papel no sólo de control a través de la información que deba recibir, sino de facilitador de estos acuerdos. Debe tenerse cuidado y no podría ser aceptada una supuesta solución de un conflicto vía un acuerdo que no respete los principios fundamentales del régimen democrático y la institucionalidad, pues ello es mucho más pernicioso que estar obligado a ponerle fin a través de una decisión obligatoria del órgano jurisdiccional competente, bajo un esquema de letrista de la ley no convincente para los parámetros de tutela efectiva y acceso a la justicia alcanzados. Aprobar una ley que norme todas las actividades de los partidos políticos, estableciendo sus derechos y obligaciones y fortalecer la participación de la ciudadanía durante el proceso de solución de los conflictos, son elementos que contribuirían en el mismo sentido.²⁷

²⁵ Perspectiva Comparada en Centroamérica, México y la República Dominicana. *SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ELECTORALES*. San José, Costa Rica, 27 al 29 de marzo de 2000. Coordinado por Fundación Internacional para Sistemas Electorales (IFES); Instituto Federal Electoral (México), Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral, y Tribunal Supremo de Elecciones (Costa Rica).

²⁶ En materia de Mediación en sede judicial a la fecha ya está en práctica en Chihuahua, Sonora, Nuevo León, Tamaulipas, Baja California Sur, Nayarit, Jalisco, Colima, Aguascalientes, Querétaro, Distrito Federal, Oaxaca, Tabasco y Quintana Roo, en los que existen Centros de Mediación Judicial Autónomos.

²⁷ Se sugiere la lectura: *Álvarez Valdez, Francisco*. Coordinador General de Participación Ciudadana. *República Dominicana Principales dificultades en la resolución de conflictos electorales: el caso dominicano*. Perspectiva Comparada en Centroamérica, México y la República Dominicana. *SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ELECTORALES*. San José, Costa Rica, 27 al 29 de marzo de 2000.



Habría que reflexionar si la justicia alternativa electoral puede alcanzar aquellos casos que tienen que ver con la defensa de los derechos de los ciudadanos, que en su carácter de militantes han sido afectados en el interior de los partidos políticos por la decisión de los órganos de dirección habría que reflexionar en ello, por ejemplo, para los procedimientos de postulación de candidatos o inclusive en la aplicación de sanciones o expulsión, o en aquellos casos que tengan que ver con la aplicación de usos y costumbres en la comunidad.

Las condiciones de una justicia alternativa intrapartidista, podrían quedar enmarcadas *prima facie* de la siguiente forma:

1. Que sean asuntos de la vida interna partidista.
2. Que no afecten a terceros ajenos al procedimiento conciliatorio.
3. Que sea asumido por voluntad expresa y libre de los participantes.
4. Que se trate de una sola instancia sumaria y expedita, con reglas claras y precisas que fijen el mínimo irrenunciable de orden público y de necesario cumplimiento.
5. Que se pueda solicitar por los participantes la conciliación previa o durante el procedimiento impugnatorio intrapartidista.
6. Que garantice que el acuerdo que se alcance sea el realmente querido o aceptado por las partes.
7. Que respeten los términos de la conciliación como si se tratara de cosa juzgada intrapartidista.
8. Que en todo momento estén asistidos del facilitador del diálogo (arbitro, conciliador o mediador)
9. Una vez emitido el convenio de conciliación, los actos adquieren firmeza y se entenderán agotadas las instancias intrapartidistas para los efectos constitucionales de defensa legal.

Podría pensarse en si el facilitador deba estar en un Centro de Justicia Alternativa Electoral como órgano interno del IFE. Este tema lo dejo para otro momento de reflexión, pues mi intención por lo pronto, dada la extensión de este estudio, es plantear el dilema primario y dejar para uno secundario los pormenores de su implementación, como serían: a) Reconocer el verdadero papel de árbitro del IFE, b) buscar nuevas tipologías de conflictos para los que es obsoleto el método adversarial clásico (y encausarlos en consecuencia a esquemas de inmediatez en las relaciones,



diálogo y negociaciones para la solución de las discrepancias²⁸), c) evitar la tendencia a formalizar las decisiones a su máximo órgano central que es el Consejo General, se trata de dialogar y resolver con la asistencia personal del árbitro y que sean los participantes quienes lleguen a una solución legal efectiva, eficaz y duradera. Lo anterior tiene como propósito por una parte generar espacios institucionales que despresuricen las altas cargas de trabajo que tienen tanto los órganos centrales del IFE, como el TEPJF, y por otra reconocer el poder ciudadano (individual u organizado) que tome en cuenta y que propenda a una nueva visión de una cultura democrática basada en la cultura de la paz.

Pensar en una justicia alternativa electoral es reconocer que aún en confrontación existen casos que demandan una solución entendida por todos, no impuesta por uno. “*Contraria sunt complementa*”, los opuestos son complementarios²⁹.

Conclusiones

La participación ciudadana pide la *creación de espacios institucionales* en diversos ámbitos: en los procesos legislativos, en la distribución de recursos y en mecanismos de rendición de cuentas verticales de las autoridades públicas y en reconocimiento de nuevas formas alternativas que la tome en cuenta y que propenda a una nueva visión de una cultura democrática basada en la cultura de la paz.

La Justicia Alternativa Electoral la inscribo en el rubro de comunicación entre el Estado y el ciudadano, entre las instituciones y los partidos políticos, entre los ciudadanos y los partidos entre sí. La inscribo como tema que incide en el área de una correcta integración social, donde se requieren acciones urgentes de política pública.

Amplíemos la democracia a través de su capacidad creciente para extender la ciudadanía a conceptos basados en estándares de convivencia social que afronten nuevas realidades.

Propongo a la sociedad actual nuevas tipologías de solución de conflictos electorales para

²⁸ Sin descartar del todo la oralidad en el procedimiento conciliatorio.

²⁹ Inscripción de la UNESCO en una medalla acuñada en 1985 para conmemorar el centenario del nacimiento de Niels Bohr quien formuló a partir de la física cuántica el *Principio de la complementariedad*.



los que es obsoleto el método adversarial clásico, tanto por la proliferación de litigios que se han incrementado en proporción geométrica en el ámbito del derecho electoral y laboral electoral, como por la complejidad de muchos de ellos y la necesidad de contar en breve plazo con respuesta inmediata, eficaz y justa.

Son más fácilmente aceptados los resultados cuando se forma parte del diálogo en el proceso de construcción de la solución del problema. Eduquemos a la sociedad en el sentido de que frente a una controversia no sólo defienda sus derechos, sino que aporte por si misma los grados de solución.

El apotegma del sistema tradicional o convencional de justicia es: *“dadme los hechos y yo te daré el derecho”*, mientras que el de la visión alternativa de justicia es: *“expresa los hechos y busquemos opciones de solución”*. Busquemos su óptimo realizable dentro de la legalidad. Porque aún en confrontación existen casos que demandan una solución entendida por todos, no impuesta por uno. *“Contraria sunt complementa”* Los opuestos son complementarios”.

En el ámbito de las relaciones entre personas, debe reconocerse la importancia del arbitraje, la conciliación y la mediación como forma rápida y eficaz para resolver todo tipo de reclamaciones. Debe promoverse el respeto a los acuerdos y compromisos adquiridos, a los valores e impulsar el desarrollo de espacios para la confianza ciudadana y encausar, facilitar o proponer soluciones en caso de conflictos surgidos entre los participantes.

La solución a un problema nunca es una sola, todos los actores tienen que aprender a buscar la mejor manera de resolver, y animarse a ver las cosas desde muchos puntos de vista, bajo el lenguaje común de buscar la paz social en un régimen de leyes e instituciones, y de cultura democrática.

El arbitraje, la conciliación y la mediación gozan de prestigio en las propias instituciones jurídicas que lo potencian como sistema de resolución de conflictos (por ejemplo a nivel médico, empresarial, comercial, familiar, e incluso penal, etc). Si bien, no han gozado de una gran difusión, en su mayor parte por el desconocimiento de la institución a nivel general, actualmente y para paliar tal carencia, se ha apostado, incluso a nivel comunitario por esta vía, alternativa a la judicial formal, en la resolución de conflictos que supone ventajas y ahorros tanto en el aspecto de



tiempos como en el aspecto económico.

Hay que buscar formas que permitan construir una ciudadanía socialmente alcanzable y ésta es una de ellas que no hay que menospreciar, dado que reconocería el poder del ciudadano como parte de la solución del conflicto.

No estoy hablando de “negociar la política” o “negociar lo electoral” en el desafortunado sentido de corrupción al que se ha arrinconado dicho término en el lenguaje cotidiano, pasando por alto a la ley y a las instituciones. Estoy proponiendo que dentro de la legalidad se busquen los grados de acuerdo, de consensos que den solución inmediata y duradera y que satisfagan los índices de justicia electoral que demanda una sociedad cada vez más participativa. Conseguir una eficaz vía complementaria a los procedimientos jurisdiccionales electorales, al mismo tiempo que sentar las bases para profundizar en la paz social mediante la promoción de estos métodos basados en el restablecimiento del diálogo y el mantenimiento de las relaciones futuras, así como transmitir confianza y facilitar la comunicación.

Reitero que la justicia alternativa cuenta con instrumentos eficaces para la paz social que refuerzan la cultura democrática, por lo que no puede ni debe ser ajena a ninguna materia.

Si en México consideramos como premisas que: El Instituto Federal Electoral es árbitro electoral; que los partidos políticos, como organizaciones de ciudadanos, exigen que su vida interna se desarrolle primero que nada, bajo sus propias normas estatutarias, y que Los ciudadanos ofrecen los elementos de complementariedad que articulan ideas nuevas y con un rol importante en la construcción del lazo entre representantes y representados, entonces, estamos frente a una trilogía de responsabilidades, de co-participación, de enlaces que propendan a la solución armónica de satisfactores mutuos y fortalezcan notoriamente la democracia exigible del siglo XXI.

En resumen, como lo dice la Agenda de la Haya para la Paz y la Justicia en el siglo XXI: “...una cultura de la paz se logrará cuando los ciudadanos del mundo entiendan los problemas...tengan habilidades para resolver conflictos, (y) luchen por la justicia de manera no violenta...Ese aprendizaje solo puede alcanzarse con una educación sistemática por la paz”.



A lide como elemento acidental da jurisdição

(The dispute as accidental of jurisdiction)

Alexandre Freitas Câmara

Professor of Civil Procedural Law in Rio de Janeiro School of Magistrature, Brazil.

Member of International Association of Procedural Law. Judge in the Appellate Court of Rio de Janeiro, Brazil.

Resumo: Este artigo pretende demonstrar que o exercício da função jurisdicional não depende da existência de uma lide entre as partes, e que, exatamente por isso, o processo não pode ser visto como mero mecanismo de resolução de litígios, mas como um método de realização do direito objetivo.

Abstract: This essay intends to show that the jurisdictional function does not depend on the existence of a dispute between the parties and, for this exact reason, judicial procedure cannot be seen as a simple method of resolving disputes but as a method of achievement of Law.

Palavras-chave: Jurisdição, lide, pretensão, justiça, decisão

Key Words: Jurisdiction, dispute, pretension, justice, decision

1. Introdução

Este breve ensaio foi escrito em homenagem ao professor Afrânio Silva Jardim. Processualista de mão cheia, Afrânio tem a fantástica capacidade de transitar bem pelo direito processual civil e pelo direito processual penal, encantando a todos os que leem seus trabalhos ou assistem a suas aulas ou palestras. O domínio da teoria geral do direito processual que sempre demonstrou faz com que suas lições sejam fundamentais para todos aqueles que pretendem aprofundar-se nas coisas do processo. Pois é exatamente por isso que optei, a fim de homenageá-



lo, por escrever acerca de um ponto que é fundamental na obra de Afrânio, e que sempre serviu de base para o meu pensamento processual: a ideia da lide como elemento acidental da jurisdição, por ele defendida em um texto que já se tornou um clássico.¹

2. A concepção de jurisdição centrada na lide

Grande parte da doutrina do direito processual, ao definir a função jurisdicional, o faz a partir do conceito de lide. O objetivo deste ensaio é demonstrar o equívoco desta ideia. Por conta disso, é preciso, antes de tudo, conhecer tal concepção teórica.

Para isso, impende afirmar-se, de início, que a definição de lide que aqui se vai acolher é a de Carnelutti, para quem “a lide, portanto, pode definir-se como *um conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão resistida (discutida)*. O conflito de interesses é seu elemento material, a pretensão e a resistência são seu elemento formal”.²

Bastante conhecido este conceito carneluttiano de lide, é dispensável tecer-se sobre ele qualquer consideração mais aprofundada. Basta, então, reafirmar, por ora, que uma grande parte da doutrina, ao definir a jurisdição, estabelece uma ligação direta entre esta função estatal e a lide, vendo nesta um seu elemento essencial.

É o que se vê, por exemplo, na obra do próprio Carnelutti, para quem a jurisdição busca “a (justa) composição da lide”.³ Esta ideia, porém, se repete em diversos outros juristas.

Assim, por exemplo, na magistral obra de Gian Antonio Micheli se lê que “o conteúdo íntimo da função jurisdicional está na avocação pelo Estado do poder exclusivo de eliminar qualquer contraste, atual ou – dentro de certos limites – potencial, assim que os sujeitos não são constringidos a defrontar-se mutuamente de modo direto, agravando relações já tensas e turbando, assim, ulteriormente a paz social”.⁴ Embora o autor citado não use o vocábulo “lide”, fica claro, pela leitura do trecho transcrito, que para Micheli a função jurisdicional é destinada à

¹ Afrânio Silva Jardim, “Reflexão teórica sobre o processo penal”, in *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 6ª ed., 1997, pp. 19 e seguintes, especialmente p. 22: “Entretanto, parece-nos que a lide não é essencial ao processo, seja civil, seja penal”. A este pensamento manifestei adesão em Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 19ª ed., 2009, pp. 68-69.

² Francesco Carnelutti, *Instituciones del proceso civil*, vol. I. Trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1997, p. 28 (é minha a tradução livre para o português, como também serão as demais traduções, salvo expressa indicação em contrário).

³ Francesco Carnelutti, “Litis y proceso”, in *Estudios de derecho procesal*, vol. 2. Trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1952, p. 5.

⁴ Gian Antonio Micheli, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I. Milão: Giuffrè, 1959, p. 8.



eliminação de litígios.

Outro autor italiano a pensar assim é Crisanto Mandrioli. Depois de definir a jurisdição como a função de “atuação, em via normalmente secundária e substitutiva, dos direitos substanciais”,⁵ afirma o autor que esta definição “funcional” de jurisdição está de acordo com a “não menos famosa definição de Cernelutti, que vê na jurisdição a atividade de ‘composição da lide’. Se se tem presente que a ‘lide’, no senso técnico cerneluttiano, não é outra coisa que a posição de contraste que dois ou mais sujeitos assumem em relação a um direito, parece evidente que tal posição de contraste subsiste enquanto se afirma, por um ou mais daqueles sujeitos, a lesão de uma norma substancial por obra dos outros: se assim não fosse, a norma substancial bastaria, por si só, para compor aquele conflito de interesses que, precisamente, as normas jurídicas substanciais tendem a compor. O fenômeno, portanto, é sempre o mesmo, com a única diferença que esta definição põe em destaque, junto com a posição do órgão jurisdicional que presta a tutela, também aquela dos sujeitos que, respectivamente, a pedem e se lhe submetem”.⁶

Merece, também, ser mencionada a lição moderníssima de Corrado Ferri, para quem “a função jurisdicional se apresenta, por isso, como atividade de resolução de conflitos ou controvérsias entre sujeitos mediante a aplicação, por via judicial, de normas substanciais destinadas a regular a hipótese fática controvertida”.⁷

Na doutrina alemã também se encontra quem estabeleça essa correlação necessária entre jurisdição e lide. Assim, por exemplo, James Goldschmidt, para quem “se entende por jurisdição civil a faculdade (e dever) de administrar justiça nos litígios desta natureza”.⁸

O moderníssimo processualista espanhol Juan Montero Aroca afirma que “a atuação do direito objetivo só se realiza pela jurisdição ante o exercício de pretensões e resistências”,⁹ o que permite inferir que, para esse notável jurista, há uma ligação necessária entre o exercício da jurisdição e o conceito de lide.

Muitos outros autores estrangeiros, clássicos ou modernos, poderiam ser aqui mencionados, todos estabelecendo correlação entre a jurisdição e o conceito de lide, como se não pudesse ser exercida aquela quando esta não existisse. E na doutrina brasileira, o panorama é

⁵ Crisanto Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I. Turim: G. Giappichelli, 10ª ed., 1995, p. 12.

⁶ Idem, p. 13.

⁷ Corrado Ferri, in Luigi Paolo Comoglio *et alii*, *Lezioni sul processo civile*, vol. 1. Bolonha: Il Mulino, 4ª ed., 2006, pp. 103-104.

⁸ James Goldschmidt, *Derecho procesal civil*. Trad. esp. de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 118.

⁹ Juan Montero Aroca, in Juan Montero Aroca *et alii*, *Derecho jurisdiccional*, vol. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 10ª ed., 2000, p. 130.



aproximadamente o mesmo.

Há autores brasileiros clássicos que, ao definir a função jurisdicional, a relacionam com o conceito de lide. É o caso, por exemplo, de José Frederico Marques, para quem se conceitua a jurisdição “como atividade ou função que o Estado exerce, *através do processo*, para compor situação intersubjetiva litigiosa, dando a cada um o que é seu, mediante a aplicação do direito objetivo”.¹⁰ De semelhante teor é a lição, também clássica, de Moacyr Amaral Santos, para quem o Estado, através da função jurisdicional, “atua o direito objetivo na composição dos conflitos de interesses ocorrentes”.¹¹

Também há autores brasileiros contemporâneos que fazem a mesma relação. Assim, por exemplo, para Cássio Scarpinella Bueno, “a ‘jurisdição’ pode ser entendida como a função do Estado destinada à solução imperativa, substitutiva e com ânimo de definitividade de conflitos intersubjetivos e exercida mediante a atuação do direito em casos concretos”.¹² Já para José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, a jurisdição “deve ocupar-se de dar fim à lide”.¹³

Pode-se dizer, com base no que se viu até aqui, que existe uma certa tendência doutrinária no sentido de haver uma necessária correlação entre o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional e a existência de uma lide. É possível, até mesmo, afirmar que para grande parte da doutrina a jurisdição é *uma função estatal de composição de lides*.

O que se vai buscar, no próximo tópico, é criticar este entendimento.

3. Crítica ao estudo da jurisdição a partir da lide

Antes de tudo, vale deixar claro que não se vai, aqui, negar a existência da lide. Nem tampouco se pretende negar que exista um escopo pacificador no exercício da jurisdição. Não é disso que se trata. O que se pretende, neste estudo, é a fixação de duas ideias fundamentais: a) pode haver jurisdição sem lide, sendo esta um elemento meramente accidental, e não essencial ao exercício estatal daquela função; b) ainda nos casos em que existe lide – e eles são muitos – não se pode ver no processo um *mero* mecanismo de resolução de litígios. Estas são

¹⁰ José Frederico Marques, *Manual de direito processual civil*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 13ª ed., 1990, pp. 1-2.

¹¹ Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 13ª ed.; 1987, p. 67.

¹² Cássio Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 238.

¹³ José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, *Processo civil moderno*, vol. 1 – Parte geral e processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2009, p. 40.



as ideias que se passa a desenvolver.

3.1. A possibilidade de exercício da jurisdição sem que exista lide

É preciso ter claro, em primeiro lugar, que existem casos nos quais o Estado exerce função jurisdicional sem que tenha havido uma lide entre as partes do processo. E que se deixe claro que aqui não se irá usar como exemplo qualquer dos casos da assim chamada “jurisdição voluntária”. É que muitos consideram que na jurisdição voluntária – exatamente por conta da inexistência de lide – não haveria verdadeira função jurisdicional.¹⁴ Mas é certo que existem casos – cuja natureza jurisdicional é indiscutível – em que essa função estatal é exercida independentemente da existência de lide.

É o que se dá, por exemplo, nos casos das assim chamadas “demandas necessárias”. Trata-se daquelas hipóteses em que a realização do direito subjetivo só pode se dar em juízo, ainda que não haja qualquer resistência à pretensão de seu titular. É o que se tem, por exemplo, no caso de reconhecimento da aquisição por usucapião da propriedade imobiliária. Como se extrai do art. 1.241 do Código Civil, “poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel”. Em seguida, estabelece o parágrafo único do mesmo artigo: “A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis”.

Da leitura desses textos legais, extrai-se que no caso de se ter adquirido por usucapião a propriedade de um bem imóvel, o único meio de que dispõe o usucapiente para obter título passível de registro no álbum imobiliário é através do ajuizamento de uma “ação de usucapião”. Assim, mesmo que não exista lide, é essencial que o Estado exerça jurisdição para que o usucapiente possa exercer seu direito à obtenção de título passível de registro no cartório imobiliário. Haverá, então, jurisdição sem lide. O mesmo se dá no caso de invalidação de casamento, a qual só pode ser obtida através de sentença, ainda que não exista qualquer resistência à pretensão do demandante.

Como disse, com absoluta propriedade, um dos mais autorizados processualistas de

¹⁴ Este entendimento é tão difundido que, a rigor, dispensa qualquer demonstração. De qualquer maneira, entre os que defendem esta opinião, vale citar Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 48ª ed., 2007, p. 46. Devo, porém, dizer que – a meu juízo – a jurisdição voluntária é verdadeira função jurisdicional. A respeito deste meu entendimento, com farta indicação bibliográfica, cf. Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, vol. I, cit., pp. 76-78.



todas as épocas, “o que não é possível é haver processo sem pretensão”.¹⁵ A resistência a essa pretensão, por outro lado, que é fundamental para que se configure a lide, nem sempre estará presente.

Aliás, o direito processual penal é campo fértil de exemplos de exercício de jurisdição sem que exista uma lide a ser composta. Há mesmo quem, no campo da processualística penal, afirme a irrelevância do conceito de lide.¹⁶ Mas basta pensar em casos como o da revisão criminal, em que ambas as partes podem estar de acordo e, ainda assim, será necessário o exercício da jurisdição.

O certo é que existem (muitos) casos em que o Estado exerce jurisdição sem que haja uma lide a ser composta. Daí poder-se dizer que a lide é um elemento acidental – e não essencial – da jurisdição.

3.2. Impropriedade de ver-se no processo um mero mecanismo de resolução de litígios

O fato de a jurisdição buscar realizar um escopo social de pacificação da sociedade com justiça não pode levar o jurista a ver no processo um mero mecanismo de resolução de lides. Sobre o ponto, vale citar lição de importante processualista italiano: “Se se parte – como muitos fazem – da premissa de que o processo seja destinado exclusivamente a resolver controvérsias, disso segue que não se considera relevante a qualidade da decisão que põe termo ao conflito: a única coisa que se pede é que a decisão seja eficiente em tal senso, ou seja, no sentido de pôr termo ao conflito entre as partes. Neste caso, não se considera relevante a condição de que essa se funde sobre uma investigação probatória da verdade dos fatos. Se tem, então, que a pesquisa da verdade seja não só inútil, mas completamente contraproducente, porque exige o emprego de tempo e de atividades processuais necessários à aquisição da prova. Nesta perspectiva, a natureza e a função da prova permanecem indeterminadas”.¹⁷

Estou, porém, absolutamente convencido de que o processo (seja ele civil ou penal) busca a produção de decisões *verdadeiras* (isto é, decisões fundadas na verdade dos fatos). E digo isto por estar convencido de que a todos é garantido um *processo justo*. Para melhor explicar este

¹⁵ Hélio Tornaghi, *A relação processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1987, p. 89.

¹⁶ Rogério Lauria Tucci, “Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo”, in José Henrique Pierangeli (coord.), *Direito criminal*, vol. 3. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 92.

¹⁷ Michele Taruffo, “Considerazioni su prova e motivazione”, in *Revista de Processo*, vol. 151. São Paulo: RT, 2007, p. 233.



ponto, faça minhas as seguintes palavras de Michele Taruffo:¹⁸

“(...) o processo é justo se é planejado, de modo a assegurar a atuação das garantias, de maneira tal que se faça que nele se consigam decisões justas. Como suporte dessa interpretação pode-se argumentar que dificilmente poderia considerar-se justo um processo que seja sistematicamente orientado a produzir decisões injustas, ou no qual seja irrelevante a eventualidade de que a decisão seja injusta. Para prevenir esta eventualidade não é suficiente que o processo se articule em um procedimento correto sob o perfil das garantias. Não é verdadeiro, a rigor, o argumento meramente verbalístico e conceitualmente circular pelo qual serão justas por definição as decisões que derivem desse procedimento. É verdade, em vez disso, o contrário. Também um processo em que são atuadas as garantias fundamentais pode produzir uma decisão injusta, como acontece – por exemplo – se vem violada ou mal aplicada a norma substancial que regula a situação posta como objeto do processo.

Este ponto é de grande importância. Não é possível pôr em colapso o raciocínio e reduzir a justiça da decisão à correção do procedimento de que essa deriva. Se assim fosse, estaríamos ainda uma vez de frente a uma concepção meramente *procedural* (procedimental) da justiça, na qual não teria valor algum a qualidade da decisão final. O conceito de ‘decisão justa’ implica, em vez disso, como já se acenou a propósito da aplicação do princípio da legalidade à decisão judiciária, que a decisão venha considerada em si própria, distinguindo-a do procedimento de que representa o resultado e a valorando segundo um critério autônomo, independente daquele que se emprega para valorar a justiça do procedimento. Em outros termos, a justiça da decisão não deriva exclusivamente da correção do procedimento e não se exaure nesta, mas depende da subsistência de específicas condições. Estas condições podem ser reduzidas a três: *a)* que a decisão seja, precisamente, o resultado de um processo justo, já que dificilmente se poderia aceitar como justa uma decisão produzida em um processo em que tenham sido violadas as garantias fundamentais; *b)* que tenha sido corretamente interpretada e aplicada a norma que foi invocada como critério de decisão, porque não se pode considerar justa uma decisão que – como se viu há pouco – não foi proferida segundo o direito, em obséquio ao princípio da legalidade; *c)* que essa se funde sobre um acerto verdadeiro dos fatos da causa, porque – assim como dissemos – nenhuma decisão é justa se é fundada sobre fatos errados.

Estas condições são *todas conjuntamente necessárias*, sendo evidente que a falta de uma só delas tornaria impossível qualificara sentença como justa. Nenhuma dessas condições, de outro lado, é suficiente, se singularmente considerada, para determinar a justiça da decisão”.

Assim, não é adequado que se busque compreender a jurisdição por um método centrado na lide. Litígios podem até existir, mas o objetivo fundamental do processo não é sua composição.

¹⁸ Michele Taruffo, *La semplice verità – il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 20089, pp. 117-118.



O processo é um instrumento de formação de decisões justas, daí a necessidade de compromisso com a qualidade de tais decisões. E essa qualidade só se obtém quando se muda o foco do processo: de instrumento de composição de lides, deve ele passar a ser visto como instrumento de produção de justiça substancial.

4. Conclusão

Por estes fundamentos que sucintamente expus, espero ter deixado claras as razões pelas quais, já há muitos anos, sustento que a lide não é elemento essencial ao exercício da jurisdição, e que não se deve estudar o processo a partir desse conceito. Sei que este pensamento me aproxima de Afrânio Silva Jardim, e assim, manifestando uma vez mais minha adesão a esta concepção de processo, é que homenageio esse grande jurista.



El Amparo como Tutela Urgente y su Frustración Práctica. El Necesario Ensamble con las Medidas de Urgencia

(The “amparo” as provisional measure and its practical ineffectiveness)

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.

“...buscar en las explicaciones en uso de la teoría general de la cautela las razones que ya no puede brindar a un mecanismo operacional que se ha desglosado en su carril ortodoxo, sería pecar de cierto candor, porque no son idóneas para dar cuenta de esta palpitable experiencia que se cuela y escapa de las fronteras –al menos las establecidas– de las clásicas cautelares. Las partes están ceñidas y queman sus naves en este proceso típicamente diferenciado e independiente de todo otro absorbente y principal”.

Augusto M. Morello, *La cautela material*, J.A., 1992-IV-314.

Abstract: The essay deals with the theme of the provisional and urgent matters, specially the “amparo”, its practical ineffectiveness and the need to cope its theory with the provisional measures in general.

Sumario: I. El amparo como tutela urgente y su frustración práctica. II. El fenómeno de la transformación de las medidas cautelares y su proyección como tutelas materiales urgentes, anticipatorias y satisfactivas. 1. Las tendencias que se vislumbran en el derecho comparado. 2. Las proyecciones en nuestra doctrina y jurisprudencia. III. Las medidas de urgencia (tutelas anticipatorias, interinales y materiales) en el amparo y la protección diferenciada de los derechos fundamentales. 1. Derecho a la salud. 2. Derecho a la provisión de alimentos y, en general, al aseguramiento de condiciones dignas de subsistencia. 3. Derecho sociales en general, del trabajo y la seguridad social. 4. Derecho a la educación. 5. Derecho a la tutela ambiental. 6. Derechos de consumidores y usuarios de servicios públicos. 7. Algunas líneas tendenciales. IV. Interludio. ¿Exceso en el ejercicio de las potestades jurisdiccionales o dinámica propia del Poder Judicial como parte integrante del gobierno? V. La articulación de las medidas de urgencia (tutelas anticipatorias interinales y materiales) con el proceso de amparo.



I. El amparo como tutela urgente y su frustración práctica.

Ha sido en el ámbito singular y constreñido del proceso amparista donde las medidas urgentes en general han encontrado amplia acogida. Fenómeno que no deja de resultar paradójico ante la naturaleza de “recurso sencillo y rápido”, “efectivo” para la tutela de los derechos de raigambre constitucional que se adjudica al amparo; que ya de por sí constituye un remedio urgente. La realidad de su práctica frecuentemente exhibe, sin embargo, la flagrante contradicción de procedimientos que dilatan de modo exasperante la definición a través de la sentencia y, más aún, su efectivo cumplimiento.

Precisamente reaccionando contra ese estado de morosidad judicial, ha subrayado la CSN que atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional (doct. de Fallos, 327:2177 y sus citas; 327:2413, 2510); jurisprudencia que resulta particularmente aplicable en el caso en que se trata de amparar los derechos fundamentales a la vida y la salud, si el accionante lleva más de cuatro años y medio litigando en la vía de amparo¹.

Ha destacado el Alto Tribunal que el objeto de la demanda de amparo es la tutela inmediata de los derechos acogidos en la Constitución, que no deben resultar ilusorios o inefectivos. El amparo procura una protección expedita y rápida que emana directamente de la Constitución y obliga a los jueces a examinar las alegaciones de transgresiones manifiestas de los derechos y, en tal caso, expedir las órdenes conducentes a la cesación del perjuicio denunciado, idea central que subyace en el art. 43 CN². Se trata, entonces, de una verdadera y típica tutela procesal diferenciada, bien que desdibujada en la práctica como sistema protectorio³. Ese modo singular de actuar de la jurisdicción, más que declarar el derecho hace fehaciente una realidad utilizando para ello vías procesales rápidas y expeditas. El juez dará amparo a través de una sentencia mandamental⁴, ejerciendo la función protectora donde toda vez que de manera inicial,

¹ CSN, 8-4-08, U. 30.XLII, “Unión de Usuarios y Consumidores c. Cía. Euromédica de Salud s/Amparo”.

² CSN, 30-9-2008, “Comunidad Indígena Eben Ezer c. Prov. de Salta. Ministerio de Empleo y la Producción”, Fallos 331:2119; La Ley, 2008-F, p. 93.

³ ROJAS, J.A., *Sistemas cautelares atípicos*, Rubinzal-Culzoni ed., Bs. As., 2009, p. 485, 491 y ss..

⁴ La doctrina brasileña se ha ocupado profusamente del concepto de sentencia mandamental: BAPTISTA DA SILVA, O., *Curso de Processo Civil*, Porto Alegre, 1990, pp. 247 y ss.. BARBOSA MOREIRA, J.C., “A sentença mandamental”, *Temas de Direito Processual. Sétima Serie*, ed. Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 53 y ss.. Su importancia práctica creció con la



aprecie que en el caso se dan los presupuestos; avisora la razón jurídica, no se la *concederá*, sino que lisa y llanamente se la protegerá⁵.

En lo que sigue, después de perfilar la evolución operada desde las clásicas medidas cautelares hacia las denominadas genéricamente tutelas anticipatorias y satisfactivas, en confronte con las tendencias similares que se verifican en la legislación comparada, nos hemos de detener en un muestrario abarcador de dichas tutelas urgentes, tal como se exhibe en la jurisprudencia, con las consiguientes críticas que se levantan. Por último, hemos de dejar planteadas algunas alternativas útiles para articular tales medidas en el marco del proceso amparista, para la mejor salvaguarda del debido proceso. En un interludio quedará esbozada la tan compleja cuestión de los límites en el ejercicio del control judicial de los actos de los poderes políticos, en tanto puedan interferir con las políticas públicas.

II. El fenómeno de la transformación de las medidas cautelares y su proyección como tutelas materiales urgentes, anticipatorias y satisfactivas.

Las medidas urgentes devienen imprescindibles entonces en el típico proceso de urgencia amparista. No solo por la habitual dilatación del resultado final sino en esencia por la necesidad casi siempre imperiosa, de anticipar, siquiera a título interino y provisional, el bien de la vida tutelado por un derecho fundamental, que se exhibe flagrantemente vulnerado cuando de aquella situación de insatisfacción del derecho se deriva inevitablemente un daño irreparable para su titular, por el peligro inminente de que la providencia de mérito llegue tardíamente, y con ello se torne inútil el resultado de la jurisdicción⁶.

1. Las tendencias que se vislumbran en el derecho comparado.

El derecho comparado exhibe con nitidez el fenómeno de la expansión de las clásicas

sanción de la ley 8952, de 1994, que dio nueva redacción al art. 461 CPC: PELLEGRINI GRINOVER, A., "Tutela jurisdiccional nas obrigações de fazer e nao fazer", Rev. For., v. 333, p. 11 y ss..

⁵ RIVAS, A.A., *El amparo*, ed. La Rocca, Bs. As., 1987, pp. 41-44. En el *mandado de segurança* brasileño, la sentencia mandamental se reconoce por su particular "fuerza" y eficacia, una orden que impone que su destinatario deba atender, inmediatamente, lo que el juez *manda*, para asegurar su operatividad en concreto. El juez *ordena* y no simplemente condena y en ello reside –sostiene O. BAPTISTA DA SILVA– la diferencia con las sentencias propias del proceso de conocimiento (*Curso de Processo Civil*, ob. cit., p. 247).

⁶ RENGEL ROMBERG, A., *Medidas cautelares innominadas*, Rev. Univ. Der. Proc., UNED, Madrid, 1990, pp. 488 y ss.. DE LAZZARI, E.N., *La cautela material*, J.A., 1996-IV, p. 651. BERIZONCE, R.O., *Derecho Procesal Civil actual*, Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 1999, pp. 481 y ss..



medidas cautelares y su transmutación como verdaderas tutelas urgentes, anticipatorias y satisfactivas⁷. Se vislumbra la superación y desborde de los límites tradicionales que encorsetan a las cautelares, y la paralela admisión de novedosas, o si se quiere, expandidas tutelas para materializar la temprana satisfacción, en todo o en parte, del derecho sustancial que se invoca y aparece revestido de fuerza convictiva bastante⁸. Una línea de tendencia que se espeja en los ordenamientos más recientes, cuya sucinta revista resulta útil para nuestro objetivo.

a. Esta nueva concepción ha terminado de ser recogida en Italia a partir de las reformas de 2005 (art. 669 octies CPC y correlativos), que dejando de lado el carácter accesorio típico del procedimiento de urgencia, instituyen un sistema similar al del *rèfère* francés. Viene a prevalecer la autonomía y la sumariedad de las acciones cautelares satisfactivas, para la atención de situaciones que suponen la irreparabilidad del perjuicio sufrido, de manera que las medidas anticipatorias se perfilan como una forma generalizada, rápida y sumaria de tutela jurisdiccional, alternativa al proceso de cognición plena, que se concreta en pronunciamientos tan solo provisionales pero directamente ejecutables. A salvo, naturalmente, su revocación en juicio declarativo posterior⁹. Se ha flexibilizado, en definitiva, la clásica regla de la instrumentalidad, lo que viene a posibilitar la pervivencia del pronunciamiento cautelar, con independencia y sin necesidad de promover el juicio de cognición; la clásica tutela cautelar conservativa asume así típicos perfiles anticipatorios y aún satisfactivos. En ciertas situaciones que presuponen derechos de tutela preferente por la irreparabilidad del perjuicio que se deriva, se habilita el dictado de decisiones provisionales pero que devienen directamente ejecutables (art. 669 octies), cuyos efectos perduran y se tornan definitivos, a menos que se instaure por cualquiera de las partes el proceso de cognición plena. De ahí que –como se ha observado¹⁰– haya perdido virtualidad la tradicional distinción entre medidas conservatorias y anticipatorias, sustituido por lo que se ha denominado como régimen de “instrumentalizada atenuada”.

⁷ BIAVATI, P., “Tendencias recientes de la justicia civil en Europa”, *RDP* (Revista de Derecho Procesal), Rubinzal-Culzoni ed., Bs. As., 2008-1, pp. 513-516, con amplia bibliografía. LAFUENTE TORRALBA A.J., “La evolución de la tutela cautelar desde una perspectiva internacional...”, *RePro* (Revista de Processo), ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 2008, nº 156, pp. 77 y ss..

⁸ MORELLO, A.M., “Expansión de las medidas cautelares y autosatisfactivas” en *Acceso al Derecho Procesal Civil*, A.M. Morello director, Lajonane, Bs. As., 2007, v. II, pp. 883 y ss.. RIVAS, A.A., *Medidas cautelares*, Lexis Nexis, Bs. As., 2007, pp. 24 y ss..

⁹ Sobre las reformas del art. 669 octies, inc. 6º del CPC italiano: DITTRICH, L., “Il provvedimento d’urgenza ex art. 700 CPC”, en TARZIA G., *Il processo cautelare*, 2a. ed., Padova, 2004, p. 227. SALETTI, A., “Le misure cautelare a strumentalita attenuata”, en *Il processo cautelare a cura di G. Tarzia y A. Saletti*, 3a. ed., Cedam, 2008, pp. 289 y ss.; *id.*, “El nuevo régimen de las medidas cautelares y posesorias”, *Rev. Peruana de Der. Proc.*, Lima, 2008, XI, pp. 387 y ss..

¹⁰ SALETTI, A., *La misure cautelare*, ob. cit., pp. 303 y ss..



b. De su lado, las Rules of Civil Procedure (RCP) inglesas de 1999 instituyen bajo la denominación genérica de “interim remedies” un conjunto de medidas cautelares conservativas y de otras que encajan en la moldura de la tutela anticipada –las interim injunctions, que posibilitan el dictado de órdenes judiciales de hacer o no hacer alguna cosa, rule 25.1(1)(a)-, las que pueden otorgarse en cualquier tiempo, incluso antes de la instauración del proceso cuando medien razones de urgencia o cuando el interés de la justicia lo haga deseable, fórmula flexible que abre al juez un considerable margen de apreciación¹¹.

c. A su vez, en la legislación portuguesa los proveimientos de urgencia, sean conservatorios o satisfactivos, se incluyen en el marco de la tutela cautelar¹². De todos modos, se discute al presente si tiene sentido mantener la relación de instrumentalidad entre las providencias cautelares y la acción principal. A partir del régimen procesal experimental de 2006 ha quedado fuera de discusión el reconocimiento de las providencias cautelares anticipatorias y de aquellas “autosuficientes”, que dispensan la acción principal¹³.

d. En cuanto al sistema del CPC brasileño, como es sabido, las medidas anticipatorias tienen un régimen específico -art. 273-, diferente del de las cautelares, bien que con la particularidad que en su evolución se concluyó admitiendo la casi completa fungibilidad (art. 273, §7), considerándose que se trata de dos modalidades bajo criterios comunes desde que unas y otras son provisorias y dependen del proceso principal para su mantenimiento¹⁴.

2. Las proyecciones en nuestra doctrina y jurisprudencia.

En verdad, poco importa, porque queda desdibujado, cuál sea el ropaje bajo el cual la medida de urgencia se inserte: cautelar, autónoma, anticipatoria, satisfactiva, urgente. Más allá de las precisiones que dificultosamente trata de aportar la doctrina¹⁵, es lo cierto que las decisiones

¹¹ BARBOSA MOREIRA, J.C., “Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês”, *Temas de Direito Processual. Sétima Série*, ed., Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 179 y ss..

¹² FERREIRA DA SILVA, C.M., *Providencias anticipatorias no processo civil português*, conferencia pronunciada en las XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Brasilia, 1998, nº 25.

¹³ TEIXEIRA DE SOUSA, M., “Um novo processo civil português: a la recherche du temps perdu?”, *RePro* (Revista de Processo), 2008, nº 161, p. 216-217. Sobre el régimen procesal experimental (dec-ley 108/2006), de flexibilización de las formas: CORREIA DE MENDONÇA, L., “Processo civil líquido e garantías...”, *RePro* (Revista de Processo), nº 170, 2009, pp. 215 y ss..

¹⁴ THEODORO JUNIOR, H., “Tutela antecepada. Evolução...”, *RePro* (Revista de Processo), cit., 2008, nº 157, pp. 130 y ss., donde se realiza un profundo análisis comparativo subrayándose la evolución del derecho brasileño. GARCÍA MEDINA, J.M. y ARRUDA ALVIM WAMBIER, T., *Processo civil moderno...*, ob. cit., v. 1, pp. 186 y ss..

¹⁵ Como señala FALCÓN, la cuestión de la tutela anticipada está plagada de indefiniciones y confusiones (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...*, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Bs. As., 2008, 2a. ed., v. III, p. 175). Acerca de los criterios utilizados por la CSN para encasillar los diversos supuestos: ROJAS, J.A., *Sistemas cautelares atípicos*, ob. cit.,



judiciales a menudo eluden pragmáticamente las categorizaciones cuyas fronteras todavía aparecen difuminadas, cuando no se atrincheran en aquellas típicas medidas cautelares amplificando su operatividad concreta.

Así, la CSN ha preferido considerarlas como medidas cautelares típicas o innominadas, aplicando el art. 232 CPCN., descartando la categorización de “autosatisfactivas”. Habitualmente las ha caracterizado como cautelares innovativas, sosteniendo que es de su esencia enfocar sus proyecciones, en tanto dure el litigio, sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir el acto o llevarlo a cabo, porque dichas medidas se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o de imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva¹⁶.

A su vez, la SCBA deslindó claramente la naturaleza y el ámbito de las medidas cautelares, anticipatorias y satisfactivas (o de efectividad inmediata). Mientras las cautelares típicas o asegurativas no actúan sobre el derecho de quienes las promueven sino tan solo sobre los bienes de su deudor para conservarlos, en cambio las cautelares sustanciales o materiales (anticipatorias y satisfactivas) procuran acelerar el reconocimiento y efectividad del propio derecho que se pretende, cuando se generan especialísimas situaciones de urgencia impostergable. De su lado, entre la tutela anticipada y la satisfactiva (medidas “autosatisfactivas”) se perciben nítidas diferencias, pues mientras en la primera la decisión es interina o provisional y, por ende, queda sujeta a la sentencia definitiva en un proceso más amplio y pleno, en cambio la otra se agota en el mismo pronunciamiento que resulta definitivo e irreversible. No es accesoria ni está subordinada a otro proceso. Bien que se deja a salvo, en uno u otro caso, el derecho de defensa de la contraria¹⁷.

pp. 472 y ss.. Sobre la evolución operada a partir de la concepción dogmática de las medidas cautelares y la distinción entre medidas anticipatorias interinales y materiales o definitivas o satisfactivas: BERIZONCE, R.O., *Tutela anticipada y definitiva* en *Derecho Procesal Civil actual*, Abeledo Perrot-LEP, Bs. As., 1999, pp. 481 y ss..

¹⁶ Fallos, 324:2042; 325:2367; 326:970, entre otros.

¹⁷ Ac. 92.711, 26-9-07, especialmente votos de los Dres. Roncoroni y de Lázari. Si el actor pretendía que la empresa de medicina prepaga demandada cubriera la totalidad de los gastos que habría de acarrear un trasplante hepático, y ante la grave patología alegada y la urgencia del caso, se dispuso a título de cautelar genérica o anticipatoria la realización de la intervención quirúrgica, no por ello el proceso se agota si ha mediado oposición de la demandada quien al contestar la demanda, negó los hechos y la procedencia del amparo. De modo que, si al cabo, no se acreditaron los extremos legales –que padeciere efectivamente una dolencia grave y que el trasplante fuere necesario– corresponde el rechazo de la demanda y la decadencia consecuente de la cautelar, que se considerara erróneamente “autosatisfactiva” (voto ponente del Dr. Pettigiani). Siempre habrá que asegurar la vigencia del contradictorio (voto del Dr. de Lázari); de lo contrario, mediaría un exceso de jurisdicción en menoscabo de la defensa en juicio. Un análisis profundo de este pronunciamiento puede verse en ROJAS, J.A., *Sistemas cautelares atípicos*, ob. cit., pp. 405 y ss..

III. Las medidas de urgencia (tutelas anticipatorias interinales y materiales) en el amparo y la protección diferenciada de los derechos fundamentales

Sea como fuere, y aún en un escenario de “confusión” dogmática, bien vale la pena recorrer las tendencias jurisprudenciales que afloran en tan fértil terreno, sus líneas directrices y aún sus meandros. Desarrollo que resultará más fructífero a partir de una clasificación en atención a los bienes jurídicos tutelados de modo preferente¹⁸, para al cabo formular algunas conclusiones acerca de las principales líneas de tendencia.

1. Derecho a la salud.

Estando en juego el derecho a la salud, ha sostenido el más Alto Tribunal de la Nación que habiéndose solicitado una medida cautelar por los padres de una niña discapacitada, no cabe soslayar aún en esa etapa “larval” la índole y trascendencia de los derechos en juego ni el espíritu mismo de la legislación respectiva, desde que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental, por manera que corresponde el dictado de medidas de urgencia en el curso de la acción amparo para que el Estado Nacional y una provincia provean a un menor discapacitado la medicación necesaria para conjurar un riesgo de vida, bajo apercibimiento de astreintes¹⁹.

-o tratándose de un menor minusválido, para afrontar los gastos de su rehabilitación si dicha medida es la única susceptible de cumplir con la protección provisional del derecho invocado²⁰.

- o en el caso de necesidad de suministro de medicamentos oncológicos, obligación de carácter netamente alimentario, y ante el alto grado de vulnerabilidad del requirente²¹; u otro tipo

¹⁸ BERIZONCE, R.O., “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas”, *RDP* (Revista de Derecho Procesal), 2008-2, pp. 35 y ss..

¹⁹ CSN, 24-4-03, Fallos, 326:1400; La Ley, 2003-D, p. 261; DJ, 2003-2, p. 511. En el caso, a título de medida cautelar innovativa; asimismo, Fallos, 325:2367; 326:970; 30-9-08, I., C.F. c. Prov. Bs. As..

²⁰ CN Fed. C y C, Sala III, 23-9-03, La Ley, 2003-F, p. 671, con cita del art. 230 ins. 2º y 3º CPCN. En sentido similar: CN Fed. C y C., Sala I, 10-12-02, DJ, 2003-2, p. 98.

²¹ CSN, 24-4-07, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Prov. de Bs. As. y Estado Nacional”. Juzg. Crim. y Correc. de Transición Mar del Plata, 12-6-01, El Der., v. 196, p. 443.



de medicamentos específicos cuya carencia pone en riesgo la vida del paciente²².

- o el suministro de tratamiento médico y los elementos ortopédicos necesarios a quien carece de ingresos y de cobertura de obra social, bajo apercibimiento de “astreintes”²³.

- o a los fines de la provisión de un marcapasos para un paciente con serios riesgos cardíacos²⁴.

- o el suministro en forma inmediata de una silla de ruedas peticionado por los padres de un menor de edad que padece problemas de salud y carece de cobertura médica²⁵.

- o si se trata de prestaciones por discapacidad, si el peticionario padece dolencias y afecciones de orden espiritual que requieren atención urgente y que podrían agravarse²⁶; o si se peticona la provisión de un transmisor especial para un menor de nueve años que padece una hipoacusia bilateral profunda congénita²⁷.

- o si se justifica atento el delicado estado de salud de la accionante cuya dolencia reviste una gravedad tal que resulta discapacitante²⁸.

- o la cobertura de un tratamiento con la finalidad de inducir la ovulación²⁹.

- o la promovida a título de medida autosatisfactiva, prevista en el CPC de Corrientes, para que se obligue a la Provincia a internar en un hospital público y brindar tratamiento neuropsiquiátrico adecuado, a quien padece de alcoholismo crónico y otras dolencias, agravado por la situación de indigencia viviendo en la calle, ante la negativa que alega insuficiencia de camas en el nosocomio³⁰.

- o la medida autosatisfactiva, peticionada por una médica a fin de preservar la vida y la salud de un niño con la urgente comparecencia a cierto nosocomio a fin de que se practique un estudio serológico del virus VIH, y virus Hepatitis B y C, para que en el caso de ser positivo se

²² Cam. Fed. La Plata, Sala III, 19-3-02, LL Bs. As., 2002-p. 1111. Se concedió a título de medida cautelar innovativa. Asimismo a título de medida autosatisfactiva, si el PAMI no hizo entrega de la medicación para tratar la leucemia del afiliado (Juzg. Crim. y Correc. Transición Quilmes, 14-9-01, J.A., 2001-IV, p. 458).

²³ CSN, 12-7-01, Fallos, 324:2042.

²⁴ CSN, 25-3-03, Fallos, 326:970; La Ley, 2003-E, p. 305; encuadrada como cautelar innovativa. Juzg. Crim. y Correc. de Transición Mar del Plata, 12-4-02, LLBA, 2002, p. 842; El Der., v. 198, p. 112, donde fue considerada como “autosatisfactiva”; véase al respecto SCBA, Ac. 92.711, 26-9-07, cit..

²⁵ CSN, 18-12-03, “S.E.G. c. Prov. de Bs. As. y otro”, Fallos, 326:4963.

²⁶ CN Fed. C y C, sala de feria, 22-1-02, La Ley, 2002-A, p. 857; DJ, 2002-1, p. 304. En supuesto similar: CNC, Sala A, 8-4-03, La Ley, 2003-C, p. 345.

²⁷ CN Civil, Sala B, 18-7-03, El Der, v. 206, p. 147. En sentido similar cuando se trataba de la cobertura de pilas y cables necesarios para el funcionamiento del implante coclear realizado (CN. Civ. Sala F, 16-7-03, DJ, 2003-3, p- 680).

²⁸ CN Fed. C y C, Sala I, 1-7-04, DJ, 2005-2, p. 151.

²⁹ CN Com., Sala D, 13-8-02, J.A., 2003-II, p. 403, con nota de Guillermo F. PEYRANO. O de un tratamiento de fertilización asistida: CNCC Fed., Sala III, 19-5-2009, “B., M.N. y otro c. D.A.S.P. Congreso Nac.”.

³⁰ Juzg. Civ. y Com. Nº 6, Corrientes, 8-12-08, LL Litoral, 2009, p. 141, con nota de M.S. MIDÓN.



brinde tratamiento, ante la negativa de sus padres-portadores de VIH y la madre además Hepatitis C positivo³¹.

- o teniendo en cuenta la delicada situación de vulnerabilidad en que se encuentra una menor embarazada y su grupo familiar y el riesgo que para su salud psíquica representa la continuidad del embarazo, el alumbramiento y la maternidad, resulta procedente disponer medidas de protección tendientes a garantizar contención y apoyo a la menor, y los recursos necesarios para asumir la responsabilidad de una persona por nacer³².

Sin que la incompetencia del juez resulte óbice para el dictado de la medida, concurriendo razones de urgencia grave por hallarse comprometido el derecho a la vida del peticionante por su necesidad de alimentos³³. Aún corresponde habilitar la feria judicial cuando de las circunstancias relatadas por la requirente surge que se trata de un caso de urgencia que no admite demoras³⁴. Sin que sea obstáculo, habiéndose requerido la intervención de la CSN en vía originaria, que estuviere pendiente el pronunciamiento acerca de su propia competencia³⁵.

Todavía, habiéndose admitido la procedencia del amparo colectivo deducido por médicos de un hospital público –el Hospital Materno Infantil de Salta- y dos asociaciones profesionales contra la Provincia de Salta, a fin de que se brinde una solución a las graves insuficiencias de infraestructura, equipamiento y recursos humanos que sufría el nosocomio³⁶; frente a una acción similar promovida por un grupo de médicos dependientes del Ministerio de Salud de la Prov. de Bs. As., se ordenó con carácter de medida cautelar y con sustento en el art. 22 inc. 3, C. Cont. Adm., a dicho Ministerio, que en el plazo de veinticuatro horas garantice la efectiva prestación del servicio de terapia intensiva de un hospital de La Plata, con la provisión de ocho médicos especialistas en terapia intensiva pediátrica y veinticuatro enfermeros con suficiente idoneidad; bajo apercibimiento de astreintes, haciendo personalmente responsable al funcionario remiso, solidariamente con el Ministerio de Salud provincial, y sin perjuicio de las acciones penales

³¹ T. Coleg. Familia Nro. 5., Rosario, 1-8-08, Z., A. y otro). LL Litoral 2008 (octubre), p. 1028, fallo 5907. Igualmente, ante el inminente cese del servicio medio asistencial prestado por una obra social a una menor oxígeno dependiente, con el consiguiente riesgo de vida, resulta procedente ordenar que la obra social continúe prestando el servicio hasta que el Ministerio de Salud provea lo necesario para preservar la salud del paciente (Trib. Flia. N° 3, L. de Zamora, 21-5-99, J.A., 2002-II, p. 393).

³² JFamilia N° 1, Mendoza, 16-9-2008, “B., L. A.”, Sup. Const. La Ley, 2008 (octubre), p. 69, fallo 112.984.

³³ CSN, 7-3-06, Fallos, 329:548, con sus citas. J. Garantías La Plata N° 2, 15-1-02, LLBA, 2002, p. 209.

³⁴ JN Fed. Seg. Social N° 9, 30-7-04.

³⁵ CSN., “Salas D. y ot c. Prov. Salta y Estado Nacional, s. amparo”, 29-12-08, La Ley, 2009, con nota de DI PAOLA, M.E., y ESAIN, J., *La Corte suspende el ecicidio en el bosque salteño*.

³⁶ CSN, 31-10-06, La Ley, 2006-F, p. 507, con nota de C. PIZZOLO, *La salud pública como bien colectivo*.

a que hubiere lugar³⁷.

2. Derecho a la provisión de alimentos y, en general, al aseguramiento de condiciones dignas de subsistencia.

El derecho a la provisión de alimentos y, en general, al aseguramiento de condiciones dignas de subsistencia, ha sido atendido, asimismo, a través de medidas urgentes y anticipatorias. La propia CSN brindó acogida en numerosas oportunidades a cautelares satisfactivas –bien que sin rotularlas de ese modo- para condenar al Estado provincial y a la Municipalidad correspondiente a proveer los alimentos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas y se realicen controles sobre la evolución de la salud de los requirentes³⁸. El Alto Tribunal acogió también a título de medida cautelar urgente la solicitada por el Defensor del Pueblo de la Nación para que el Estado Nacional y la Provincia de Chaco suministren agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en esa provincia, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios³⁹.

Igualmente, en el contexto de un amparo colectivo promovido contra la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de La Plata por varias asociaciones civiles de tutela de los derechos de los niños, corresponde adoptar una medida cautelar de carácter positivo para brindar urgente protección y resguardo de los niños y adolescentes que se encuentran en situación de calle – “niños de la calle”-, tendiente a fortalecer e impulsar la plena ejecución de distintos programas diseñados por el Ministerio de Desarrollo Social provincial, desde que se encuentra configurado el peligro en la demora en tanto, si no se adopta una medida de resguardo, los menores que actualmente se encuentran fuera de los programas y medidas seguirán expuestos a todo tipo de riesgos, sin contención alguna ni recursos viviendo en la vía pública; todo bajo

³⁷ Juzg. Cont. Adm. N°1, La Plata, 29-5-08, LLBA, febrero 2009, p. 38 y ss., con nota de J.I. y L.G. BARRAZA. Conf.: ROJAS, J.A., *Sistemas cautelares* atípicos, ob. cit., pp. 468 y ss.. En cambio, en el marco de un amparo colectivo que perseguía se declare inaplicable e inconstitucional la práctica ministerial de repartir dispositivos intrauterinos para evitar los embarazos, deviene improcedente la medida cautelar que pretendía se ordene la prohibición de venta, comercialización, colocación e indicación terapéutica de los aludidos dispositivos, en tanto lo pretendido excede el limitado marco cognoscitivo de las medidas cautelares (Cam. 2a. Civ. y Com., Córdoba, 22-10-08, LL Córdoba, 2009, p. 183).

³⁸ Fallos, 329:549, 553 y 2759; La Ley, 2006-E, p. 149.

³⁹ D. 587. XLIII. Originario, 18-09-07, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nac. y otra (Prov. de Chaco) s/proceso de conocimiento”; bien que se trataba de una acción colectiva a la que se confirió trámite de proceso ordinario.



apercibimiento de astreintes que se habrán de imponer en la persona del funcionario remiso⁴⁰. De hecho, incumplida parcialmente la manda, se hizo efectivo el apercibimiento ordenando la retención de \$800 diarios de toda retribución que perciba el ministro provincial del área y de \$200, en relación al secretario correspondiente de la Municipalidad; previniéndose que, en caso de persistir el incumplimiento por un plazo superior a treinta días, las sanciones pecuniarias se harán extensivas a los titulares del PE y de la comuna⁴¹.

3. Derecho sociales en general, del trabajo y la seguridad social.

En materia de derechos sociales en general, se ha brindado la tutela cautelar en el marco del amparo para ordenar la restitución de fondos provenientes de una indemnización por despido, ante la precariedad de la situación del reclamante que padece desempleo y enfermedad sin cobertura médica, tratándose de un depósito bancario alcanzado por el decreto 1570/01⁴².

O tratándose de derechos previsionales, atento su naturaleza alimentaria y las particulares circunstancias personales del requirente que debió cesar en sus funciones por padecer grave incapacidad de carácter permanente, con la consiguiente situación de desamparo, corresponde acoger la medida cautelar prevista en el art. 22 del Cod. Contenc. Adm. provincial y ordenar al Instituto de Seguridad Social proceda a abonar las mensualidades correspondientes al beneficio pretendido⁴³.

Igualmente, la avanzada edad del actor y su grave estado de salud permiten tener por acreditado el peligro en la demora a los fines del dictado de una cautelar innovativa en el amparo en que se cuestionaba la constitucionalidad del recorte del haber jubilatorio, y ordenar a la ANSES deje sin efecto la reducción para lo sucesivo⁴⁴.

O corresponde suspender con carácter cautelar el descuento realizado por el Instituto de Previsión Social provincial sobre los haberes previsionales de los amparistas en concepto de reducción de los mismos y cargos deudor, cuestionado por violación al principio de legalidad⁴⁵.

⁴⁰ Juzg. Cont. Adm., Nº 1, La Plata, 10-11-08, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, fasc. 3, pp. 330 y ss., con nota de I.A. D'ARGENIO, *Un deber básico de la función jurisdiccional: asegurar el real acceso a los derechos sociales*.

⁴¹ Resolución del 7-5-09, en El Dial Express, 18-5-09.

⁴² Cam. Fed. La Plata, Sala III, 14-2-02, LLBA, 2002 p. 485. En el caso, como medida innovativa.

⁴³ SCBA, 13-4-99, El Der., v. 182, p. 1115; causas B-57513, 27-12-96; B-58.760, 9-12-97, La Ley, 1988-B, p. 502; Ac. 96.844, 4-10-06.

⁴⁴ T. Crim. Necochea Nº 1, 3-11-02, LLBA, 2002, p. 847, aún tratándose de un tribunal incompetente para decidir el amparo. En sentido similar: ST Chaco, 11-2-09, La Ley Litoral 2009, p. 517.

⁴⁵ J. Contencioso Administrativo, Mercedes Nº 1, 31-5-04, La Ley 2004-F, p. 474.



O también resulta procedente la cautelar innovativa requerida por la madre de un menor para que se ordene su inscripción como integrante del programa de Jefes y jefas de hogar desocupados –dec. 565/02-, aún cuando haya vencido la fecha límite para ingresar el mismo⁴⁶.

O debe hacerse lugar a la medida cautelar solicitada y ordenarse a la Municipalidad que garantice ante la existencia de un foco infeccioso, el traslado de la familia actora a un lugar con condiciones higiénicas sanitarias de habitabilidad –en el caso, una menor padece una enfermedad provocada por Hantavirus-⁴⁷.

Una típica medida satisfactiva es la que se plantea en el marco del amparo contra la resolución 96 de la ANSES por la que se produjo el desdoblamiento del cronograma de pagos de haberes previsionales; sin embargo, no es procedente en el caso en que fue deducida cuatro días después de la fecha en que debía percibirse el haber conforme al cronograma original y dado que el monto a percibir por la accionante equivalente a seis veces el sueldo promedio de la economía nacional, no se encuentra acreditado que la prórroga de la fecha de pago –una semana-, genere a la demandante consecuencias de gravedad que no hubieran podido ser conjuradas de haberse adaptado con mínimo esfuerzo a la nueva situación planteada⁴⁸.

4. Derecho a la educación.

El aseguramiento del derecho a la educación fue el fundamento para decretar a título de medida cautelar el ingreso inmediato de una menor al establecimiento educacional en el cual se le había denegado la reinscripción, por encontrarse en estado de gravidez, y hasta que se dicte resolución definitiva en el amparo incoado⁴⁹.

Igualmente resulta procedente la medida cautelar solicitada por los padres de una niña discapacitada con el fin de que el Instituto de Obra Médico Asistencial de la Prov. de Bs. As. asuma, en forma provisional, la cobertura integral de la prestación educativa que aquella recibe en una escuela especial⁵⁰.

⁴⁶ JN Fed. Seg. Soc. N°9, 30-7-04.

⁴⁷ J. Contencioso Administrativo N°1 Zárate-Campana, 28-5-04, Supl. Adm. La Ley, agosto, 2004, p. 76.

⁴⁸ CNSeg. Social, sala III, 8-3-95, ED, 162-72.

⁴⁹ ST Formosa, 29-3-00, La Ley, 2000-C, p. 577.

⁵⁰ CSN, 30-9-08, “I., C.F. c. Prov. de Buenos Aires”. En sentido similar: T. Col. Flia. N° 5, Rosario, 7-11-08, La Ley Litoral, 2009, p. 511.



5. Derecho a la tutela ambiental.

A la tutela ambiental se le reconoce trato preferente, con la particularidad que en esa materia la procedencia de medidas cautelares y anticipatorias se ha sustentado principalmente en el principio precautorio, que indica que todo daño a la salud o al medio ambiente debe ser evitado o minimizado a través de medidas de carácter preventivo, tendientes a restringir las actividades cuyas consecuencias hacia la personas o el medio ambiente sean inciertos, pero potencialmente graves –art. 4, LGA-⁵¹. Así, tratándose de la medida cautelar solicitada por los vecinos de un barrio a fin de que se ordene el cese de las obras destinadas a la instalación de una antena de comunicaciones móviles que no había sido autorizada y que se encuentra en una zona urbana y en las cercanías de una jardín de infantes⁵².

O bien en el caso de la cautelar de prohibición de innovar petitionada por los amparistas afectados por los trabajos de construcción de una línea de alta tensión del electroducto Piedra del Águila-Abasto, ante la posibilidad de un impacto negativo en el medio ambiente de la región serrana y de que la alteración del medio sea en algunos casos de imposible restauración⁵³.

O, a título de cautelar en un amparo tendiente a paralizar definitivamente obras emprendidas en una zona de reserva ecológica, se abstenga la Municipalidad demandada de autorizar o realizar trabajos consistentes en la tala y poda de especies arbóreas y alteración sustancial del suelo en el predio afectado, hasta tanto no se produzca el informe circunstanciado⁵⁴.

O en el caso emblemático en que se suspendieron los efectos de las resoluciones administrativas que autorizaban la caza de toninas overas⁵⁵. Es que, aunque por excepción, resulta procedente dentro de la acción de amparo el dictado de medidas cautelares de no innovar o la suspensión de los efectos del acto⁵⁶.

La propia CSN, pendiente la decisión sobre la procedencia de su intervención en la instancia originaria, en la acción de amparo promovida por un grupo de personas, comunidades indígenas y otras asociaciones contra la Provincia de Salta y el Estado nacional, para que se

⁵¹ CF La Plata, Sala III, 25-10-07, La Ley, 2008- E, p. 602, con nota de A. ARANCET. SCBA, 19-5-98, “Almada H. c. Copetro S.A.”, LLBA, 1998, p. 1314.

⁵² CF La Plata, Sala III, 25-10-07, cit..

⁵³ CF B. Blanca, 17-3-99, J.A., 1999-III, p. 247; El Der., v. 183, p. 969.

⁵⁴ SCBA, 19-3-03, J.A., 2004-II, p. 327.

⁵⁵ JNF Contenc. Adm. Nº2, 22-3-83, La Ley, 1983-D, p. 568.

⁵⁶ CNF Contenc. Adm., Sala I, 23-4-98, La Ley, 1998-E, p. 530.



disponga el cese inmediato y definitivo de los desmontes y talas indiscriminadas de los bosques nativos situados en dicha provincia y la restitución y restablecimiento del ambiente al estado anterior, o la indemnización sustituta correspondiente, decretó a título cautelar urgente y con sustento en el principio precautorio –art. 4, ley 25.675-, el cese de manera provisional de tales prácticas; sin perjuicio de disponer la comparecencia de las partes a audiencia pública fijada al efecto y ordenar informes a cargo del Estado demandado en relación a las autorizaciones administrativas en cuestión⁵⁷.

6. Derechos de consumidores y usuarios de servicios públicos.

Los derechos de consumidores y usuarios de servicios públicos han recibido también tutela diferenciada en materia de medidas urgentes. Así, resulta procedente la medida cautelar innovativa pedida en el marco de una acción de amparo por usuarios del servicio de agua potable para que el concesionario restablezca el suministro interrumpido y se abstenga de realizar nuevos cortes respecto de los actores, ya que el agua potable es un elemento indispensable para la vida y la salud de las personas, derechos que tienen raigambre constitucional⁵⁸.

O corresponde disponer, en el ámbito del amparo entablado por un usuario de una ruta sujeta a concesión, a fin de prevenir el acaecimiento de nuevos accidentes y a título de medida cautelar genérica innovativa, que la empresa concesionaria coloque semáforos de corte, construya dársenas, ponga en funcionamiento los artefactos de iluminación ya existentes, construya reductores de velocidad y coloque indicadores horizontales aéreos sobre ambas manos de circulación, advirtiéndose claramente a los transeúntes sobre la peligrosidad de los cruces referidos⁵⁹.

O es igualmente procedente la cautelar solicitada por el Defensor del Pueblo en una acción de amparo, a fin de que se requiera a diversas compañías de telecomunicaciones móviles, que restablezcan el servicio en la Provincia de Formosa e informen sobre las circunstancias que imposibilitan el acceso a la señal de diversos usuarios, toda vez que del informe realizado por la policía se advierte que el estado de prestación del servicio de telefonía celular reviste en la

⁵⁷ CSN, “Salas D. y otro c. Prov. de Salta y Estado Nacional s/amparo”, 29-12-08, cit. Sobre la importancia del pronunciamiento en tanto se sustenta en el principio precautorio como base para conceptualizar la verosimilitud del derecho y el nuevo rol que, correlativamente, cabe asignar a las medidas cautelares en materia ambiental: DI PAOLA, M.E., y ESAIN, J., ob. y lugar cit..

⁵⁸ CCiv. y Com. Mercedes, sala I, 18-9-01. LLBA, 2001-1374.

⁵⁹ JFed. Junín, 20-8-98, JA, 2001-II-193, con nota de C.A. Ghersi.



Provincia el carácter de pésimo o inexistente⁶⁰.

O corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada por un usuario de energía eléctrica afectado y una asociación civil en el amparo colectivo contra el Estado Nacional y el Entre Provincial Regulador de Energía de Tucumán, alegando la arbitrariedad de los incrementos tarifarios; y, en consecuencia, ordenar la suspensión de la ejecutoriedad de la resolución administrativa impugnada, debiendo la empresa prestataria proceder a la refacturación de la totalidad de las boletas emitidas, y asimismo, a compensar los pagos de facturas ya realizados por los usuarios⁶¹. En sentido similar, se acogió a título de cautelar innovativa en el marco de un amparo colectivo contra la Provincia de Corrientes, ordenando al ente de energía local proceda a una nueva liquidación de los períodos en cuestión y absteniéndose de proceder al corte de suministros ante la falta de pago⁶².

7. Algunas líneas tendenciales

El muestreo anterior permite avizorar ciertas líneas tendenciales que resulta útil subrayar. En primer lugar, que la proliferación de las cautelares materiales de todo tipo, que se consagran bajo distintos rótulos y no siempre atendiendo a conceptualizaciones correctas, constituye un fenómeno notoriamente en expansión que se verifica, en general, en todo tipo de procesos como productos de decisiones pretorianas, y no obstante la ausencia de normas específicas. Se trata de potestades genéricas de los jueces de ejercicio discrecional, aunque no arbitrario, fuera de los supuestos que la ley prevé –p.e., alimentos provisionales (art. 375, C. Civil); interdictos de recobrar (art. 616 CPCN), exclusión del hogar conyugal (art. 231, C. Civil), protección de personas en general (arts. 234, 235 segundo párrafo CPCN; ley 26.061)⁶³, violencia familiar (ley 24.417, art. 4)⁶⁴, etc.-.

En segundo lugar, que tales cautelares materiales –anticipatorias y excepcionalmente satisfactivas- constituyen una técnica procesal particularmente apropiada para la tutela de los

⁶⁰ JFed. Formosa Nº 1, 25-8-05, LL, 2005-E, p. 687, con nota de M.G. Gelcich.

⁶¹ Juzg. Fed. Nº 2, Tucumán, 18-2-09, La Ley, 2009-B, fallo 113.380, con nota de LAFUENTE, J.A., *Una sentencia sobre aumentos de tarifas*.

⁶² Juzg. Civ. y Com. Nº 8, Corrientes, 17-3-09, con nota de M.S. MIDÓN, “El amparo colectivo para la defensa de los derechos individuales homogéneos...”, *Rev. de Doct. y Jurisp. Santa Fe*, ed. Jurid. Panamericana, 2009.

⁶³ FALCON, E.M., ob. cit., v. III, pp. 220 y ss..

⁶⁴ Ob. cit., p. 230.



derechos fundamentales de protección preferente⁶⁵.

Por último, que operan en el proceso de amparo individual o colectivo con fuerza decisiva, al punto que en numerosos supuestos tienden a desplazarlo y hasta sustituirlo.

IV. Interludio. ¿Exceso en el ejercicio de las potestades jurisdiccionales o dinámica propia del Poder Judicial como parte integrante del gobierno?

El ejercicio del poder cautelar genérico así ampliado ha suscitado no solo resquemores doctrinarios⁶⁶, sino también vivos celos exteriorizados desde los poderes políticos del gobierno, crecientemente preocupados por el supuesto avance desmedido de los jueces, a quienes se imputa el avasallamiento de lo que consideran las potestades propias y excluyentes, sea del legislador, ya de la administración.

Hacia fines del siglo XIX, el equilibrio de poderes y la “batalla” entre la Administración y la jurisdicción se planteaba en el terreno de la indemandabilidad del Estado; medio siglo después el debate apuntaba a los obstáculos y barreras de la ejecución de las sentencias; ahora y a partir de la última década parece desplazarse hacia el alcance e incidencia de las cautelares contra el Estado. Más aún, recrudece la puja entre el control judicial y la pretensión de los poderes políticos de ejercer sus potestades discrecional y arbitrariamente. Por un lado, en verdad –como se ha señalado con acierto⁶⁷–, el ejercicio del poder discrecional de la administración se encuentra condicionado a su compatibilidad con las garantías, derechos y principios constitucionales, que se verifica a través del control ejercido por los jueces. Empero, todavía, dicho control reconoce límites y fronteras que la propia magistratura se encarga permanentemente de acatar. No otra cosa significan las doctrinas pretorianas de las “political questions”, o del “self restraint”, tanto como la del “grave interés institucional” o de las “cuestiones trascendentes”, o la “excepcionalidad” de la declaración de inconstitucionalidad, que los superiores tribunales desenvuelven.

⁶⁵ BERIZONCE, R.O., *Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas*, ob. cit., p. 40-41; *id.* *Técnicas orgánico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas*, RDP 2009-1, pp. 46 y ss..

⁶⁶ Por todos: ALVARADO VELLOSO, A., *El garantismo procesal* en la obra colectiva *Activismo y garantismo judicial*, Acad. Nac. de Der. y Cs. Soc. de Córdoba, Córdoba, 2009, pp. 145 y ss., especialmente pp. 163 y ss.. Se entrega a los jueces “la potestad necesaria para lograr autoritariamente lo que estiman *es la justicia del caso* dentro de los márgenes de su pura, absoluta y exclusiva subjetividad” (p. 166).

⁶⁷ CASSAGNE, J.C., *La discrecionalidad administrativa y el control judicial*, La Ley, 2008-E, pp. 1056 y ss; *id.*, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Bs. As., 2009, pp. 173 y ss..



Sin embargo, hay tiempos y circunstancias en que las susceptibilidades afloran con fuerza inusitada, el debate se enrarece y la puja sale a la luz sin tapujos. Véase si no, para muestra, dos capítulos que acaban de ser abiertos:

1. La Provincia de Buenos Aires ha dictado una nueva ley de amparo, nº 13.928 (B.O. 11-2-2009), con la particularidad que el P.E., a través de un veto parcial, objetó el segundo párrafo del art. 15 regulatorio del alcance de la cosa juzgada en el amparo colectivo, que establecía que “la sentencia alcanza a todo el grupo de afectados, y será oponible al vencido en beneficio de quienes, a pesar de no haber intervenido en el juicio, compartan la situación jurídica o de hecho con los que interpusieron la acción”. El precepto objetado, en realidad, plasmaba lo que es de la esencia de los procesos colectivos en cuanto se trata de la tutela de derechos o situaciones de objeto indivisible, cuya decisión por su naturaleza ampara también a todos los que se encuentran en las mismas condiciones. Es lo que la propia CSN decidió en el caso “Halabi”⁶⁸. Pero lo sorprendente ha sido el fundamento del veto del P.E., donde se sostuvo que la normativa proyectada implica otorgar efectos “erga omnes” a la sentencia que recaiga en el amparo colectivo dando de tal modo al pronunciamiento judicial carácter legislativo, conculcando el principio republicano de división de los poderes. En buen romance, el PE cuestiona la ingerencia de los jueces y el alcance de sus decisiones constitucionales cuando se trata de tutelar derechos de incidencia colectiva, con desprecio no solo de la CN sino de la propia naturaleza de las cosas⁶⁹.

2. La misma “filosofía” restrictiva de las potestades judiciales se denota en el proyecto de la ley de reformas al CPCCN, actualmente a consideración del Congreso⁷⁰, regulatorio de las medidas cautelares contra el Estado Nacional, entes descentralizados o autárquicos y empresas o sociedades del sector público. Se pretende modificar el art. 198 e incorporar los arts. 206 bis y 206 ter, por los cuales se estatuye un régimen específico a favor del Estado Nacional y otras entidades públicas que, entre otras particularidades, establece como regla que los jueces no podrán disponer ninguna medida precautoria que afecte, dificulte, obstaculice, comprometa o distraiga de su destino los recursos propios del Estado o sus entidades públicas. En todos los demás casos, impone como previa a la adopción de cualquier medida una vista a la administración demandada

⁶⁸ CSN, 24-2-09, “Halabi, Ernesto c. PEN –ley 25.873, dto. 1563/04, s/amparo ley 16.986”.

⁶⁹ Como sostuvo la CSN en el referido caso “Halabi” corresponde atribuir carácter *erga omnes* a la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley 25.873, arts. 1º y 2º y del decreto 1563/04, pues el fundamento de esa amplitud de los efectos del pronunciamiento es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intenta proteger (considerando 21).

⁷⁰ Cam. de Diputados de la Nación, Orden del día nº 1344, 2-12-2008, con dictamen favorable de la Comisión de Justicia.



(art. 206 bis). Asimismo, regula un procedimiento específico previo y las condiciones requeridas para ordenar una medida precautoria que persiga la suspensión de la ejecución de un acto administrativo (art. 206 ter). Si bien se ve, el proyecto reproduce y perfecciona el derogado art. 195 CPCN, texto ley 25.453, y el ulterior art. 195 bis, texto decreto 1387/01 y ley 25.561, art. 18, normas claramente inconstitucionales como en su momento esclareció la doctrina⁷¹ y declaró la jurisprudencia.

En el fondo, lo que se pone en cuestión es la posibilidad de que el Poder Judicial so pretexto de controlar la constitucionalidad o convencionalidad de las normas infraconstitucionales que edictan los poderes políticos de origen popular, termine inmiscuyéndose en el control y aún en el diseño de las políticas públicas. Y si esa posibilidad fuera admitida, cuáles serían los límites. El conflicto, desde luego, no es nuevo ni exclusivo de nuestro medio⁷².

Claro que el creciente activismo de los jueces en la tutela de los derechos fundamentales preferenciales de algún modo ha incidido para correr las “fronteras”, como correlato inevitable de la pasividad legislativa y la opacidad de la administración en numerosos de esos terrenos. ¿Cómo tolerar el parlamento que la CSN le imponga el cumplimiento de la manda constitucional de la movilidad de las prestaciones previsionales?⁷³ ¿Y que en vía cautelar un juez ordene al Ministro de Salud la designación en plazo perentorio de médicos y enfermeros para garantizar las prestaciones de un hospital público, haciéndolo personalmente responsable, bajo apercibimiento de astreintes y de las acciones penales que pudieran corresponder?⁷⁴

V. La articulación de las medidas de urgencia (tutelas anticipatorias interinales y materiales) con el proceso de amparo.

a. Las técnicas de simplificación y sumariedad de la cognición que sustentan la denominada genéricamente tutela anticipatoria y los procesos urgentes en general, persiguen asegurar la eficacia en concreto de la prestación jurisdiccional; y al mismo objetivo tienden, entre otros, las estructuras monitorias, la decisión temprana de la litis y la ejecución provisional de la

⁷¹ FALCÓN, E.M., *Reformas al Código Procesal Civil y Com. de la Nación*, Rubinzal-Culzoni ed., Bs. As., 2002, pp. 212 y ss.. ARAZI, R. y ROJAS, J.A., *Código Procesal Civil y Com. de la Nación*, Rubinzal-Culzoni ed., Bs. As., 2007, v. I, pp. 766 y ss., donde se menciona la jurisprudencia concordante.

⁷² En Brasil se está debatiendo arduamente el tema: PELLEGRINI GRINOVER, A., “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”, *RePro* (Rev. de Processo), nº 164, 2008, pp. 9 y ss..

⁷³ CSN, “Badaro A.V.” 8-8-2006, LL, 2006-D, p. 801, con nota de L.D. AYUSO; *idem*, “Badaro A.V.”, 26-11-07.

⁷⁴ Juzg. Contenc. Adm. Nº 1, La Plata, 25-09-08, LL Bs. As., febrero 2009, con nota de J.I y L.G. BARRAZA, cit.



sentencia. Son todos mecanismos simplificadores tendientes a superar las dilaciones del proceso común.

El amparo, a su vez, aún admitiendo que constituye un remedio urgente, principal y no subsidiario, está articulado como un proceso de cognición abreviado, de modo que los tiempos que normalmente consume terminan por desvirtuarlo, alejándolo de las soluciones que se requieren en situaciones de extrema urgencia. Precisamente por ello, las cautelares anticipatorias han absorbido, en cierto modo, al amparo, en el sentido que en aquellas situaciones, la suerte de la pretensión cuya tutela se persigue se juega en esa instancia inmediata de la cautelar anticipatoria, que se abastece de una cognición más o menos superficial, epidérmica, de hecho subsumida en la urgencia. El pronunciamiento aunque provisorio, es directamente operativo y ejecutable. Y en ese escenario, el trámite del amparo opera como una especie de proceso de cognición posterior, para la salvaguarda de la garantía del contradictorio.

b. Aunque los resultados concretos de semejante ensamblaje suelen ser fructíferos, ha de convenirse que se está desvirtuando por devaluación el marco del amparo y, por otro lado, asoma la sobreactuación de las medidas de urgencia –interinales y aún satisfativas-, con desmedro a menudo de la garantía de la defensa de la demandada.

c. Se hace menester entonces buscar una más adecuada articulación, que respetando las particularidades conceptuales de cada una permita, sin mella de la celeridad exigida por las situaciones de urgencia, tornar operativa la garantía de la defensa.

En el amplio menú de las técnicas de simplificación y sumariedad de la cognición ya aludidas se destacan los procesos de estructura monitoria y los procesos urgentes en sus diversas variables. De la combinación articulada de algunos o varios de ellos han de surgir fórmulas para abastecer “un recurso sencillo y rápido”, “efectivo”, expedito, ágil y sencillo, para la tutela de los derechos fundamentales.

d. La esencia del amparo, como se ha sostenido⁷⁵, es la de ser una modalidad específica de actuación de la jurisdicción protectora, que más que declarar hace fehaciente una realidad, utilizando vías procesales rápidas y expeditas. Por eso, si se busca en sus fuentes se advertirá que no se pretendió constituirlo como un proceso dirimente declarativo de los derechos en disputa, sino como una instancia protectora para la efectivización de los derechos y garantías⁷⁶, a través de un proceso urgente y ante la evidencia de los hechos.

⁷⁵ RIVAS, A.A., *El amparo*, ob. cit., pp. 41-44.

⁷⁶ ROJAS, J.A., “Un nuevo “molde” para el amparo”, *RD* (Revista de Derecho Procesal), Nº 5, 2000, pp. 72-73.



En ese entendimiento, una de las posibilidades sería articularlo como una estructura semejante al proceso monitorio⁷⁷, de modo que acreditados los presupuestos de certeza por la evidencia de los hechos y la liquidez de los derechos conculcados, se habilite sin más el despacho inmediato del mandato protectorio y su ejecución; sin perjuicio de la ulterior procedencia del contradictorio restringido, toda vez que medie oposición del demandado. Según el tipo de defensa que se oponga, corresponderá al juez determinar el trámite de conocimiento ulterior. Se alteraría, de ese modo, la secuencia conocimiento-ejecución del régimen vigente por una inversa que implique protección-conocimiento, de modo tal de concebir un verdadero proceso contradictorio que no quede desvirtuado por la concesión del anticipo jurisdiccional⁷⁸.

e. Si el amparo, con más razón a partir de su encubrimiento constitucional, tiene una autonomía técnico-funcional plena y principal⁷⁹, resulta claro que las medidas cautelares urgentes no pueden sustituirlo ni agotarlo. Por principio, la salvaguarda plena del derecho fundamental solo se logra mediante el amparo, por lo que su ejercicio no puede reemplazarse por una medida cautelar⁸⁰.

Ello no puede ser óbice, sin embargo, al ensamble entre ambos, imprescindible para asegurar el mejor rendimiento de la tutela protectoria. Y, en ese sentido, otra opción sería la regulación de las medidas anticipatorias y satisfactivas dentro del propio régimen del amparo, sin perjuicio naturalmente de la inserción además en el ordenamiento procesal madre.

En ese terreno, sería útil incorporar tanto las anticipatorias como las satisfactivas, diseñando el ámbito específico de cada una. Con la aclaración que las últimas –“autosatisfactivas”–, en tanto requieren la demostración de la evidencia⁸¹ de los hechos, vendrían a superponerse con

⁷⁷ ROJAS, J.A., ob. cit., pp. 74 y ss.; *id.*, *Sistemas cautelares atípicos*, ob. cit., pp. 519-525, donde se desarrolla *de lege ferenda*, la ley por hacer, proponiendo los diversos estadios de una estructura especial.

⁷⁸ ROJAS, J.A., ob. cit., pp. 80-81. Planteada la oposición, el proceso a sustanciarse debe restringirse al máximo posible, evitando todo tipo de discusión sobre la causa que ha generado los hechos en que se sustenta el mandato protectorio, despachándose dentro de plazos breves y perentorios. El pronunciamiento revestirá únicamente cosa juzgada formal, de modo que podrá ser revisado a requerimiento de cualquiera de las partes en juicio de cognición plena (pp. 84-85).

⁷⁹ De allí que, según reiterada doctrina de la CSN, la acción de amparo no actúa como una simple medida de no innovar, no es una acción que se agota en la traba de una medida precautoria (Fallos 244:68, 245:11, 252:301, entre otros).

⁸⁰ MORELLO, A.M., y VALLEFÍN, C.A., *El amparo, Régimen procesal*, LEP, La Plata, 2004, 5ª. ed., pp. 385-386.

⁸¹ FALCON, E.M., *Código Procesal...*, ob. cit., v. III, pp. 185-188. Para una visión comparativa de los diversos ordenamiento provinciales que regulan las medidas “autosatisfactivas”: ROJAS J.A., *Sistemas cautelares atípicos*, ob. cit., pp. 256 y ss..



el propio amparo⁸². Es que por su propia naturaleza no son accesorias de otros procesos sino que se agotan en sí mismas, a condición que, salvo supuestos excepcionales, su pedido será sustanciado con la contraria.

Sea cual fuere el camino que en definitiva se adopte –articulación como una particular estructura monitoria o bien con la inserción preceptiva de las medidas anticipatorias y satisfactivas-, se habrá avanzado para despejar las innumerables dudas que complican el entendimiento en la doctrina y en la jurisprudencia, de cuestiones asaz complejas que comprometen la operatividad de la “garantía de las garantías”.

⁸² De ahí que la medida adoptada a título de “autosatisfactiva”, si en el amparo ha mediado ulterior oposición de la demandada, queda librada a la decisión final que, si desestima el amparo, produce la decadencia de aquella (SCBA, Ac. 92.711, 26-9-07, cit.).



La Prueba Difícil

(The difficult evidence)

Jorge W. Peyrano

Professor of Civil Procedure at the *Universidad Nacional de Rosario, Argentina*

Abstract: The paper provides an analysis on the evidence hard to obtain and to produce, and the juridical questions involving this subject.

Keywords: Evidence. Difficulty.

I-Introducción. Límites de la cuestión

La materia de prueba difícil –materia “difficilioris probationes”, se decía antiguamente- constituye uno de los capítulos más apasionantes y cambiantes del derecho probatorio.

Por de pronto, encierra la dificultad de su delimitación. Cuándo, en verdad, puede hablarse de que procede aplicar la doctrina de la “prueba difícil”? En realidad, resulta arduo precisar de una manera absoluta y rígida sus límites. A lo sumo, creemos posible colocar algunos mojones, con la advertencia de que se trata de una frontera móvil y nunca totalmente definida.

Veremos seguidamente algunos de los referidos mojones, sin afán exhaustivo.¹

En primer término, destacamos los “hechos antiguos”, respecto de los cuales hemos dicho “tratándose de hechos antiguos –que son aquellos que se han registrado con una antigüedad de por lo menos quince años-no pueden los mismos ser objeto de una prueba rigurosa y precisa; proponiéndose, entonces, admitir testimonios indirectos y formular una crítica documentológica poco rigurosa”.² Aquí corresponde que pongamos de resalto un excelente trabajo de Silvia

¹ MUÑOZ SABATE se ha preocupado por formular un catálogo, no exhaustivo, de situaciones y de hechos que, según su entender, integran la materia “difficilioris probationem”. Vide su obra “Técnica probatoria”, Barcelona 1983, Editorial Praxis, página 164.

² PEYRANO, Jorge W “Consideraciones sobre la materia de prueba difícil” en “Jurisprudencia Santafesina” nº 45, página 120.



Esperanza sobre la prueba testifical en materia de hechos antiguos.³ Se trata de un bienvenido aporte interdisciplinario (médico, psicológico y procesal) donde enfatiza en la conveniencia de someter a los testigos mayores de sesenta años (que muy frecuentemente son los que deben deponer cuando se alegan “hechos antiguos”) a un test neuropsicológico (efectuado por un perito médico neurólogo) “que nos va a determinar qué áreas cerebrales se encuentran afectadas, el orden de alteraciones, y así poder considerar si es o no útil el testigo”. Es que “con el avance de la edad se reduce la capacidad de detectar olores, haciéndose más intenso luego de los 60 años. Con respecto a la visión, son múltiples los cambios asociados con el envejecimiento. Con el envejecimiento hay declinación funcional de la cognición. Así como se manifiesta una merma evidente en las aptitudes físicas de los individuos a medida que envejecen, también se produce una disminución en su rendimiento intelectual”. Además, Silvia Esperanza le asigna especial significación a los trastornos sufridos, a raíz del envejecimiento, en distintas “memorias” utilizadas por el cerebro humano. En definitiva, pareciera sustentar en el supuesto de la testifical generada por un mayor de sesenta años que existe, la necesidad de someterla a una suerte de valoración científica. Al respecto, informa Cappelletti “Cerrando esta investigación comparativa sobre el tema de la libre valoración de las pruebas, queremos hacer referencia todavía a un nuevo e interesante movimiento de pensamiento y de transformación que, según varios signos, hoy en día se va dibujando en distintos países. Alude a la evolución del método de la “libre valoración”, al método que podríamos definir de la “valoración científica” de las pruebas: científica en cuanto está basada sobre la utilización de instrumentos y de datos científico-físicos, químicos, biológicos, etc. de la investigación, mediante los cuales se considera, o se espera, poder más tarde o más temprano medir científicamente la exactitud de la percepción de los testigos, la precisión de sus recuerdos, su veracidad y sinceridad; poder superar, en suma, mediante criterios de medida objetivos, los peligros y posibles arbitrariedades de la valoración subjetiva por parte del juez”.⁴

Luego, subrayamos la categoría de los hechos íntimos sexuales (v.gr. negativa del débito conyugal.- Analógicamente, los hechos y circunstancias efectuados, en general, en una atmósfera de particular privacidad, han sido también considerados materia de prueba difícil. Así, por ejemplo, la hipótesis de la prueba de la determinación del contenido de una caja de seguridad bancaria violada.

³ ESPERANZA, Silvia, “El testimonio de terceros en la prueba de hechos antiguos”, Ponencia presentada al XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, a celebrarse en Paraná.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro, “El proceso civil en el Derecho Comparado”, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bs As.1973 Ejea, página 128.



Igualmente y de modo especial en el ámbito de la jurisprudencia española, se ha reconocido que el lucro cesante puede ser identificado como un supuesto de prueba difícil. Sobre el particular, enseña Muñoz Sabaté, lo siguiente: “El *lucrum cessans*, como daño resarcible, equivale a la ganancia dejada de obtener. Se trata de algo estrictamente virtual más que futuro. Es necesario predecir lo que una parte hubiese ganado crematísticamente caso de no haber incumplido la otra parte el contrato, o caso de no haberse producido el evento determinante de la responsabilidad extracontractual. Aquí, a las naturales dificultades heurísticas se añade, además, en mayor proporción que en otros supuestos, la general tendencia de la gente en exagerar sus beneficios frustrados. En verdad, no se puede exigir la prueba matemática del daño sufrido sobre el particular, pero también hay que estar prevenido contra los sueños de ganancias que suelen experimentar las víctimas y que las hacen exagerar al apreciar la cuantía de los beneficios frustrados”.⁵

Asimismo, se consideran aplicables los lineamientos de la doctrina aquí desarrollada en el caso de la “prueba imposible”; es decir aquella que, por imperio de diversas razones, no podrá ser producida por quien soporta la carga en cuestión.

Del mismo modo, puede encontrar cobijo en los pliegues de la “prueba difícil” la que se denomina “prueba extinguida” que es aquella cuyo soporte material ha desaparecido.

Finalmente y sin que con ello, como dijéramos, se deba considerar clausurada la nómina de supuestos de “pruebas difíciles”, tenemos el caso de las pruebas leviores.⁶ Tradicionalmente se dividen las pruebas según fuere el grado de certeza moral que irrogan, en pruebas eficaces y pruebas leviores;⁷ constituyendo estas últimas una suerte de excepción-pacíficamente admitida en el plano jurisprudencial⁸- al principio probatorio según el cual sólo puede reputarse acreditado un hecho cuando la prueba colectada genera una absoluta certeza moral en el espíritu del juez. Sobre el particular, Mattiolo señala que: “En resumen, podemos decir que la lógica de las pruebas y los principios de la razón natural están de acuerdo en poner como bases del derecho racional probatorio, las tres reglas siguientes: a) El hecho no está verdadera y suficientemente probado sino cuando el juez haya adquirido, merced a las pruebas suministradas por las partes en juicio, la

⁵ MUÑOZ SABATE, ob.cit. página 182.

⁶ BAÑOS, Herberto, “El juez y los hechos” en “Revista del Colegio de Abogados de La Plata año V , nº10, La Plata 1963 página 48.

⁷ LESSONA, Carlos, “Teoría general de la prueba en Derecho Civil”, trad. De Enriue Aguilera de Paz (Madrid,1897), ed. Hijos de Reus, t.I,p.326.

⁸ *Ibidem*,p.326.



certidumbre moral de la verdad el mismo...Pero esas reglas cuyo conjunto constituye el llamado sistema de la prueba moral, el legislador las deroga de varios modos al regular los juicios civiles, por consideraciones de utilidad y también, si se quiere, de necesidad social, propter utilitatem. Así, el primero de los principios indicados se deroga por medio de las pruebas y presunciones legales, cuyo valor está previamente determinado por la ley, como asimismo cuando por principio de jurisprudencia se admiten como pruebas suficientes en materia *difficilioris probationis*, simple argumentos de probabilidad (*perspicua indicia*) que, a pesar de todo, no producen en el ánimo del juez una certidumbre moral”.⁹

Debe aclararse que “sólo dadas ciertas circunstancias resulta lícito que el pretorio recurra a la teoría de las pruebas leviores, y en muchos casos deberá exigirsele al interesado la prueba (*efficacior* y no *levior*) de la existencia de las mentadas circunstancias justificantes. Así, verbigracia, se deberá acreditar la existencia de la amistad íntima que imposibilitó moralmente la instrumentación de un contrato”.¹⁰ Vale decir que los defensores de la doctrina de las pruebas leviores¹¹ estiman aplicables sus postulados cuando se hubiera demostrado el hecho que viene a legitimar su invocación o que fuere de público y notorio la circunstancia convalidatoria de un cierto aflojamiento en el rigor probatorio. Llegados aquí, sólo resta agregar que el funcionamiento de la teoría de las pruebas leviores presupone, entendemos, que un determinado hecho normalmente “fácil” de probar, se torna en materia de “prueba difícil” en función de circunstancias que no guardan relación con el soporte material de la prueba directa respectiva. Es que, caso contrario, estaríamos frente a una hipótesis, v.gr de “prueba extinguida” y no de prueba levior.

II- Angostamiento del campo de acción de la “prueba difícil”

Se advierte un gran dinamismo o movilidad en la composición de la materia “*difficilioris probationes*”, expresado esto en el sentido de que, incesantemente, lo que ayer integraba dicho sector hoy –merced a los avances de la ciencia y de la técnica- ya no se computa en el mismo. En

⁹ MATTIROLO, Luis, “Tratado de Derecho Judicial Civil”, trad. de la quinta edición italiana efectuada por Constancio Bernaldo de Quirós y Manuel López Rey y Arrojo (Madrid,1933), Editorial Reus, t.II.p.237.

¹⁰ PEYRANO, Jorge W. “Aproximación a la teoría de las pruebas leviores”, en “Estrategia procesal civil”, Santa Fe 1982, Editorial Rubinzal Culzoni, página 103.

¹¹ COUTURE, Eduardo, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, 3ª edición, Buenos Aires 1974, Editorial Depalma, página 247.



efecto: sabido es que todavía a comienzos del siglo que corre se consideraba que la insanía formaba parte de la materia “difficilioris probationes”, mientras que en la actualidad la seriedad y profundidad que han alcanzado los estudios sobre la psiquis humana tornan casi increíble que ello ocurriera en el pasado próximo. Y qué decir, por ejemplo, de la prueba hematológica de compatibilidad sanguínea para establecer lazos de filiación que hoy sirve de “prueba positiva”¹², cuando ayer nomás la prueba en el juicio de filiación consistía, básicamente, en determinaciones “indirectas” (v.gr. pública fama, posesión de estado, etc.) de raíz meramente presuncional.

III- Fundamentación

Para tranquilidad de tribunales y jueces encontramos que la aplicación de la teoría de la “prueba difícil” tiene apoyo – hasta si se quiere legal- en las reglas de la sana crítica¹³; fórmula de origen humilde¹⁴ pero de aplicación constante.

Es que tal fórmula permite –y como se verá, hasta obliga –apreciar el material probatorio de manera más o menos rigurosa, según fueren las circunstancias del caso. Apunta Calamandrei que: “En todos estos casos, según observa a Saraceno, la admisión de pruebas leviores no constituye para el juez un simple consejo sino una verdadera y propia disposición con efecto vinculativo para el juez, que está obligado a acoger la demandada aunque las pruebas suministradas no hayan llegado a darle la certidumbre”.¹⁵ Obviamente, no vemos razones para no trasladar dichas reflexiones también al ámbito de las demás hipótesis de “prueba difícil”.

En mérito de lo anterior es que no deben sentirse en falta los magistrados cuando recurren a la teoría de las pruebas leviores. Al obrar de ese modo no están prevaricando. Por el contrario, están ejerciendo una facultad que les concede el legislador; y dicho otorgamiento obedece – precisamente- a la intención de permitirles la apreciación más o menos rigurosa de la materia

¹² GROSSMAN, Cecilia, “Acción de impugnación de la paternidad del marido”, Bs.As.1982, Abaco, pág.163: “Nos interesa esencialmente poner de manifiesto el celo experimentado en la comprensión de los exámenes hematológicos las conclusiones no son ahora sólo decisivas como pruebas de exclusión del vínculo filial sino que constituyen un factor de gravitación para su determinación positiva, a punto tal que, incluso, se ha llegado a la cuantificación del grado de probabilidad de la paternidad cuestionada.

¹³ COUTURE, Eduardo, “Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial” en J.A. 79, Doctrina-85.

¹⁴ PEYRANO, Jorge W “El proceso civil.Principios y fundamentos”, Bs.As.1978, Astrea, p.113: “El origen de la locución reglas de la sana crítica, fue jurídicamente humilde. Su partida de nacimiento son los arts.147 y 148 del Reglamento del Consejo Real de España, ordenamiento administrativo que data de comienzos de siglo XIX, que reglamentaban la valoración de la prueba testimonial”.

¹⁵ CALAMANDREI, Piero, “Verdad y verosimilitud en el proceso civil”, en “Estudios sobre el proceso civil”, trad. Santiago Sentís Melendo (Buenos Aires, 1962), Ejea, t.III, p.345.



probatoria, según fueren las circunstancias del caso.

Insistimos en que las reglas de la sana crítica (cruza de principios lógicos y empíricos) enseñan que los elementos de convicción no siempre deben ser valorados de la misma manera.

IV- Consecuencias

Muñoz Sabaté interpreta que la concurrencia de una hipótesis de “prueba difícil” determina que el magistrado interviniente *debe* adoptar una actitud proclive al “favor probationem”, que, se traduce en una serie concreta de conductas que puede llegar a asumir en vista a favorecer la acreditación de algún hecho o circunstancia: “El favor probationem no es una fórmula que podamos precisar con la misma arquitectura que el legislador traza sus normas, y además, posee una motivación mayormente psicológica que jurídica: de ahí que todo intento de abstracción y normativación se halle de antemano, condenado al fracaso. Si hiciéramos del FP una ley probatoria, ello representaría una regresión a la época de las tasas y ficciones, ahora que tan empeñados estamos en la doctrina del libre convencimiento. El FP es pues, sencillamente, una necesidad que siente el juzgador, a veces intuitivamente, de salirse de su estática y fría posición de espectador para coadyuvar en pro de la parte que más dificultades objetivas encuentre en la producción y estimación de su prueba. A veces es un enfrentamiento a los postulados que rigen la prueba, como en el caso de alteración directa o indirecta del onus probandi, otras será la práctica responsable del principio de intermediación cuando el juez considere que la prueba de testigos es decisiva para la litis, en ocasiones será un criterio más elástico de admisibilidad. También puede consistir el FP en un análisis más a fondo de la presunción, sin dejarse arrastrar por tópicos hipovaluatorios, ora buscando, ora provocando, ora estudiando indicios; verificando a través de sagaces informaciones y acordando para mejor proveer aquellas diligencias que sirvan para ultimar tales verificaciones, en una palabra, son muchos y eficaces los recursos que un juzgador preocupado en la búsqueda de la verdad puede poner en servicio cuando corre serio peligro de sucumbir ante una materia DP”.¹⁶

Por nuestra parte, pensamos que, en alguna medida, el susodicho planteo peca de “sociológico” y de demasiado puntual. Creemos que resulta más conveniente consignar, exclusivamente, las consecuencias jurídico-procesales de la calificación de una materia como de

¹⁶ MUÑOZ SABATE, ob.cit. página 167.



“prueba difícil”. A nuestro entender, entonces, algunas de las referidas consecuencias serían las siguientes: aligeración del rigor probatorio, particularmente en cuanto a la exigencia de prueba documental de un hecho o circunstancia relacionado con la causa; favorecimiento de la utilización de pruebas indirectas especialmente de la presuncional, en reemplazo de las directas; dispensa de la falta de cumplimiento de cargas probatorias.-

V- Muestreo jurisprudencial

1-Hechos antiguos

A-Caso “COSTA DORA SONIA y/o en autos “BERNIA OLGA S. C.BERTOTTO RAUL R. S. Demanda Ordinaria. Daños y Perjuicios s. Tercería de Dominio”.¹⁷

Unos terceristas exhibían una sentencia de escrituración, que data de 1982, en la que fundamenta su pretensión. Dicha resolución ilustra acerca de una serie de cesiones de derechos y acciones encadenadas que se remontaban a una operación efectuada hace más de treinta años. Expresamente la sentencia en comentario hace mérito de la doctrina de la prueba difícil para justificar la legitimidad del título invocado por los terceristas, no obstante que los elementos de convicción allegados normalmente no serían suficientes a tal efecto.

B- Caso “FREHNHAUS ELSA Y OTRAS c. SUCESION DE VEGAS ENRIQUE CASTELLI M.A. Y OTROS s. Reclamos a sucesorio y/o heredero”¹⁸

Aquí se procuraba establecer quién había pagado la construcción de un departamento interno emplazado en un inmueble de mayor área y también edificado, en miras a determinar un régimen de compensaciones hereditarias. Ambos inmuebles se encontraban habitados por personas relacionadas por estrechos lazos de parentesco. La construcción de referencia se realizó más de veinticinco años atrás, por lo que se reputó que no era razonable exigir prueba documental acerca de la adquisición de materiales para la obra y tampoco respecto de la contratación del personal necesario para concretarla; todo con expresa mención de la doctrina de la “prueba difícil”.

¹⁷ Vide Protocolo de Acuerdos de la Sala Cuarta de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, resolución nº 27/97.

¹⁸ Conf. Protocolo de Acuerdos de la Sala Cuarta de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario.



2- Hechos desarrollados en condiciones de máxima privacidad

Caso “TRILNIK GRACIELA RITA Y OTRO c. BANCO MERCANTIL ARGENTINO SA s. Ordinario”.¹⁹

En la especie, se declaró lo siguiente: “En referencia a la prueba de los valores que se guardan dentro de la caja, esta Sala ha dicho en reiteradas ocasiones que de exigir al demandante una prueba rigurosa e inequívoca sobre la veracidad del contenido de la caja de seguridad, se le impondría una carga cuyo cumplimiento sería virtualmente impracticable, dado que los depósitos en dichos compartimientos se realizan en condiciones de absoluta privacidad. En razón de ello, la prueba de presunciones adquiere un valor fundamental que junto con la prueba directa que pueda reunirse, debe ser valorada con base en los criterios de credibilidad y razonabilidad del reclamo, procurando formar convicción mediante una disminución del margen de duda, antes que exigir una acabada y completa comprobación que resultaría inalcanzable 25/8/97, en “Rodo, Jorge Eduardo c/Banco de Galicia y Buenos Aires; 6/8/2002, en “Grinberg de Ekboir Julia y otros c/Banco Mercantil Argentino S.A.”)

3- Prueba imposible

A-Caso “GUROVICI EDUARDO D. C. FUMALE RICARDO H. s. Resolución contractual”.²⁰

En los autos aquí glosados, se había negado en primera instancia la concesión de un lucro cesante (por la privación de uso de un inmueble) solicitado por el vendedor de un bien inmueble que fuera objeto de un boleto de compraventa, a la postre declarado resuelto por falta de pago del precio por parte del comprador. Dicho rechazo “se fundamentó en que “fue comprobado el valor del supuesto daño (valor de la locación) pero no el daño mismo (haber perdido de alquilarlo, la factibilidad de hacerlo, locaciones anteriores, ofertas de eventuales locatarios, etc)”. La citada resolución de primera instancia fue modificada en segunda, merced a la siguiente argumentación: “a) prevalece el criterio judicial conforme el cual la resolución contractual torna viable el resarcimiento del lucro cesante que pudiera haberse registrado (vide fallo de la Cámara Nacional Civil en Pleno, espigado en La Ley1990 B página 474 y siguientes), b) encontrándose el inmueble

¹⁹ Vide resolución de la Cámara Nacional Comercial Sala C de Capital Federal, del 04 de febrero de 2003.

²⁰ Vide Protocolo de Acuerdos de la Sala Cuarta de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, resolución nº 24/03.



en posesión del comprador (y demandado), no se advierte cómo se puede considerar operativa una carga probatoria que resulta ser de cumplimiento imposible (la que indica el a quo en su pronunciamiento), dado que es inimaginable que pueda ofrecerse en locación un inmueble ocupado por un tercero. En consecuencia, encuentran aquí aplicación los lineamientos de la llamada “prueba difícil” (“Consideraciones sobre la prueba difícil”, por Jorge W. Peyrano, en Jurisprudencia Santafesina, tomo 45, página 119 y siguientes), que no sólo aligeran el esfuerzo probatorio sino que también llegan a relevar del cumplimiento de una carga probatoria de levantamiento imposible”.

B- Caso “ALESSI EZIO DANTE c. ORGANIZACIÓN VERAZ S.A. s. Habeas Data”²¹

También aquí se registra un supuesto de dispensa de la falta de cumplimiento de una carga probatoria. Se trataba de una causa de habeas data promovido a raíz de la inclusión de datos erróneos (provistos por una entidad financiera) en un banco de datos. El banco emisor de la información estaba alertado acerca de que posteriormente sería objeto de una demanda resarcitoria de daños y perjuicios. En ese marco, el promotor del habeas data solicitó y obtuvo el despacho de prueba informativa enderezada a que el banco emisor corroborara si efectivamente había provisto el dato erróneo en cuestión. Pese a la formalización de repetidas gestiones, todo fue inútil y jamás el banco emisor produjo la informativa que se le requiriera. El tribunal interviniente estimó que se estaba ante una obstrucción probatoria relevante, por más que proviniera de un tercero. Se manifestó en dicha oportunidad lo siguiente: “Que en función de todo lo anterior, entiendo que la actitud reticente y morosa del B.F encierra una obstrucción probatoria de la cual no puede ser víctima la actora. Que si bien en la generalidad de los casos la obstrucción probatoria relevante debe partir de una parte para generar en su contra las consecuencias del caso, los jueces, como tantas veces se ha dicho, no pueden ser “fugitivos de la realidad”. Por ello es que aquí puede y debe tenerse en cuenta que, como ya lo he expresado el BF posee intereses involucrados en el desarrollo y desenlace de los presentes. Si ello es así, y lo es, se está ante un verdadero caso de “prueba difícil” (“La prueba”, Editorial Platense, La Plata 1996, página 99 y siguientes) que justifica un análisis no estricto de la prueba colectada, dado que la suerte de la presente litis está gobernada por la producción de una prueba por parte de quien es formalmente

²¹ Conf. Protocolo de Acuerdos de la Sala Cuarta de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, resolución nº 114/01.



un tercero pero se encuentra vinculado por una relación de afinidad (en sentido amplio) con la recurrente (y demandada). Frente a tal cuadro de situación, interpreto que también la obstrucción probatoria provocada por tal “tercero” es susceptible de generar convicción judicial. Se podría objetar que con ello se está haciendo víctima a una parte del proceder de un tercero pero creo que tal observación no es atendible en el caso. Es que la aquí demandada, trafica con “datos riesgosos”, lucrando con ello. Y, lo más importante, está legitimada para incorporar a sus registros información sin respaldo o confirmación; proveniente precisamente, del “tercero en cuestión”,. Dicha orfandad de respaldo sumada a la apuntada reticencia de la entidad bancaria originante del dato cuestionado, configuran una coyuntura que no favorece a la demandada. Sin duda que la referida coyuntura puede repetirse en otras ocasiones lo que involucra una suerte de riesgo para la demandada ante reclamos como el “sub iudice”. Pero, obviamente, resulta claro que ha aceptado –por lo menos tácitamente- tal riesgo, seguramente en homenaje de los beneficios que le reporta el sistema informativo que ha instrumentado”. Así las cosas, la Alzada interviniente consideró acreditados los términos de la demanda (que la información era falsa y que fue provista por determinado banco emisor) aunque no mediaba prueba directa respecto de ellos.

4- Prueba extinguida

Caso “BANCA NAZIONALE DEL LAVORO SA c.ZOANE ALICIA ESTELA Y OT. s. Cobro de Pesos”²²

Estaba en juego en esta causa, la prueba de operaciones efectuadas con tarjetas de crédito bastante tiempo atrás. Resulta ser una cláusula contractual de estilo impuesta por las entidades emisoras de tarjetas de crédito –que en el caso también se había acordado- que éstas se encuentran obligadas a conservar los cupones por un lapso de dos años y que luego pueden destruirlos, lo que había ocurrido en la especie. En función de lo expresado, se estimó que debían aplicarse los lineamientos de la “prueba difícil”, “...que conllevan un aligeramiento del rigor probatorio y una posición del juez favorable a tener por acreditada la circunstancia que es de prueba difícil merced, por lo común, a la incidencia de pruebas indirectas”.

²² Vide Protocolo de Acuerdos de la Sala Cuarta de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, resolución nº 03/03



VI- Conclusiones

- 1- La materia de la prueba difícil” es un campo fluido y cambiante. Hoy, sin embargo, se pueden identificar, claramente, varios supuestos susceptibles de ser catalogados como de “prueba difícil”.
- 2- Los avances científicos y técnicos han eliminado varias de las hipótesis tradicionales de “pruebas difíciles”.
- 3- La prueba testifical de los “hechos antiguos” presenta una problemática singular a partir de la edad avanzada que, normalmente, tienen los testigos que deponen en dicha materia.
- 4- Todos los supuestos de “prueba difícil” quedan legitimados mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica.
- 5- Son posibles consecuencias de la existencia de una hipótesis de “pruebas difícil”, las siguientes: un aflojamiento del rigor probatorio, un inusual emplazamiento de las prueba indirectas y eventuales dispensas de la falta de cumplimiento de cargas probatorias.