



ISSN 0123-2479

ISSN ELÉCTRÓNICO: 2346-3473

REVISTA DEL
INSTITUTO COLOMBIANO
DE DERECHO PROCESAL

ISSN 0123-2479

ISSN ELÉCTRÓNICO: 2346-3473

Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal

No. 45 • Enero - Junio de 2017

Calle 67 No. 4A - 09 Teléfonos: 310 44 09 - 310 10 91 Fax: 310 44 89

Diseño carátula: Diego Tobón

Diseño y diagramación: Héctor Suárez Castro

Impresión y acabados: Panamericana Formas e Impresos S.A.

Quien sólo actúa como impresor

e-mail de atención al usuario: revista@icdp.org.co

Sitio web: <http://www.icdp.org.co/revista/usuarios/index2.php>

Impreso en Colombia 2017

Bogotá, D.C. - Colombia

EQUIPO EDITORIAL

DIRECTOR

Miguel Enrique Rojas: Abogado consultor con especialización en Derecho Procesal Civil y Doctorado en Derecho, profesor de las Universidades Javeriana, Externado de Colombia, Sergio Arboleda y de Los Andes. Miembro de los Institutos Colombiano de Derecho Procesal, Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Comisión Redactora del Código General del Proceso; Director de la Escuela de Actualización Jurídica. Autor de: Eficacia de la prueba obtenida mediante irrupción en la intimidad, Lecciones de Derecho Procesal, Código General del Proceso comentado, entre otras obras.

EDITOR

Horacio Cruz Tejada: Abogado y especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia; máster oficial en Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid; miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal; hizo parte de la secretaría técnica de la Comisión Redactora del anteproyecto de Código General del Proceso (2003 – 2005); ex director del Área de Derecho Procesal y del Consultorio Jurídico de la Universidad de Los Andes; profesor de cátedra de esta institución y de posgrado en diferentes universidades del país. Miembro de la lista de secretarios de tribunales de arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá. Abogado litigante y asesor. Autor de varias publicaciones en derecho procesal, entre las cuales se destacan: Nuevas tendencias del derecho probatorio y El Proceso Civil a partir del Código General del Proceso (coord.), ediciones Uniandes.

ABOGADA INVESTIGADORA

Eudith Milady Baene Angarita: Abogada de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Cúcuta. Monitora del área de Derecho Procesal 2013-2015 e integrante del Semillero de Derecho Procesal y Penal durante toda su carrera en la misma

Equipo editorial

universidad. Ganadora del Concurso de Técnicas de Juicio Oral en Sistema Penal Acusatorio, organizado por la Embajada de Estados Unidos en 2012. Cursando la maestría en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Derecho Procesal en la Universidad Externado de Colombia. Abogada Investigadora y Coordinadora de los Semilleros en el Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

COMITÉ CIENTÍFICO

Enrique Letelier Loyola: Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Director del Semillero “Sociedad de Debate” de la Universidad de Antofagasta. Miembro colaborador del Grupo de Investigación de Excelencia IUDICIUM (USAL), miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y socio de la Fundación Internacional Latinoamericana (FILA). Académico de la Universidad de Antofagasta. Autor de diversas obras jurídicas. Tratadista internacional.

Hernán Fabio López Blanco: Tratadista Internacional. Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Penal de la misma Universidad y con profundización en Derecho de Seguros en Torino (Italia) en el Centro de Perfeccionamiento Profesional y Técnico de la ONU. Es profesor emérito Universidad Externado de Colombia, miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, miembro de los Institutos Iberoamericano y Colombiano de Derecho Procesal. Tratadista de derecho procesal civil y de seguros.

Jairo Parra Quijano: Abogado de la Universidad Libre, ex rector de la misma Universidad. Es Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, miembro de los Institutos Mundial, Iberoamericano, Panamericano, entre otros. Es profesor Universitario, miembro de la Comisión Redactora y de la Comisión Revisora del Código General del Proceso y Tratadista.

Lorenzo Bujosa Vadell: Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesor Titular y Catedrático de Derecho Procesal en la misma Universidad. Vicepresidente para España y Portugal del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Asesor del Vicerrector de Investigación y Transferencia de la Universidad de Salamanca. Coordinador del Programa de Doctorado “Administración, Justicia y Hacienda en el Estado Social. Ha disfrutado de estancias de investigación en las Universidades de Kansas (EE.UU), Florencia (Italia) y Tréveris (Alemania). Autor de obras como La protección jurisdiccional de los intereses de grupo; Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento

español y La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional, así como de otros numerosos trabajos sobre la especialidad jurídico-procesal publicados en libros colectivos y en revistas nacionales y extranjeras. Tratadista internacional.

María Cristina Chen Stanziola: Doctora en Derecho por la Universidad Católica Santa María La Antigua, con la distinción Summa Cum Laude y con los más altos honores. Doctoranda por la Universidad de Salamanca. Maestría en Derecho Mercantil, en la Universidad Santa María La Antigua; Maestría en Derecho Procesal en la Universidad de Panamá; Especialista en Asesoría Jurídica de Empresas, de la Universidad Politécnica de Madrid, España; Especialista en Mediación en la Universidad de Panamá; Especialista en Docencia Superior Universidad Latina de Panamá. Especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, Universidad de Pisa, Italia. Autora de diversas obras jurídicas. Abogada por la Universidad de Latina de Panamá, con los más altos honores. Miembro del Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y ex Miembro de la Junta Directiva del Colegio Nacional de Abogados de Panamá. Actualmente, es catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de Panamá y abogada litigante. Autora de diversas obras jurídicas. Tratadista internacional.

COMITÉ EDITORIAL

Ana Bejarano Ricaurte: Abogada de la Universidad de Los Andes y maestra en derecho de la Universidad de Harvard. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes. Investigadora sobre políticas públicas judiciales, institucionalidad judicial, acceso a la administración de justicia y derecho procesal.

Ángela María Buitrago: Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas en la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho Penal y Doctora en Derecho y en Sociología de la misma Universidad. Subsecretaria de la comisión del Código Penal Tipo para Iberoamérica, es miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal Colombiano, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Colegio de Abogados Penalistas de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca. Es docente de pregrado y postgrado de la Universidad Externado de Colombia en Derecho Penal.

Fredy Hernando Toscano López: Abogado y especialista en Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia, Conciliador extrajudicial en Derecho, Magíster en Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid y Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Profesor titular de la cátedra de Derecho Probatorio de la Universidad Externado de Colombia. Miembro de los institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal.

Gabriel Hernández Villareal: Abogado egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, especialista en Derecho Procesal Civil de la misma Institución, magíster en Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia y maestría en Derecho Procesal por la Universidad Nacional del Rosario, Argentina, candidato a doctor en Derecho de la misma Universidad. Conjuez de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Director de las Especializaciones en Derecho Procesal y en Derecho Probatorio de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario y director de su Área

de Derecho Procesal Civil y Probatorio. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. Conciliador extrajudicial en Derecho. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Docente de pregrado y posgrado. Autor de diversas obras jurídicas.

Gerardo Barbosa Castillo: Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, y doctorando en Derecho por la misma Universidad. Es abogado litigante y profesor de la Universidad Externado de Colombia, miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Jurista Emérito del Colegio de Abogados de Bogotá. Autor de numerosos artículos sobre Derecho Procesal Penal, coautor de la obra “Bien Jurídico y Derechos Fundamentales”, y autor de la obra “Transformaciones del Derecho Procesal Penal: un Análisis Estructural”.

José Fernando Mestre Ordóñez: Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Instituciones Jurídico Procesales de la Universidad Nacional de Colombia. Candidato a Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesor de Teoría General del Proceso y de Derecho Procesal Penal en la misma Universidad. Autor del Libro “La Discrecionalidad para Acusar” y de diversos artículos, conferencias y ponencias. Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal y del Centro de Estudios en Criminología y Victimología “Jorge Enrique Gutiérrez Anzola” de la Universidad Javeriana. Abogado Litigante, Socio de M&P Abogados Ltda.

Juan Carlos Guayacán Ortiz: Abogado de la Universidad Externado de Colombia, doctor y magíster en Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del Derecho y Derecho de la integración, de la Universidad de Roma Tor Vergata. Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal. Se ha desempeñado como docente e investigador en la Universidad Externado de Colombia, abogado consultor y litigante. Actualmente es profesor titular de Derecho Procesal Civil General de la misma Universidad y Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado.

Juan Carlos Naizir Sistac: Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia. LL.M. in International Business Law de Queen Mary and Westfield College University of London en el Reino Unido. Especializado en Derecho Procesal y en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Docente Investigador del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia. Coautor del libro “El Código de Procedimiento Civil a la luz de la Constitución Política. Jurisprudencia constitucional analizada y comentada”, entre otras publicaciones. Profesor de Posgrado en varios programas de la Universidad Externado de Colombia. Conferencista y ponente en diversos congresos y seminarios. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Miembro de la Lista Oficial de Secretarios de Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá. Ejercicio profesional independiente como abogado litigante, consultor y asesor.

Lorenzo Bujosa Vadell (España): Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España), en donde ha sido Vicedecano de la Facultad de Derecho y actualmente profesor titular y catedrático de Derecho Procesal. Ha realizado estancias de investigación en las Universidades de Kansas (EE.UU), Florencia (Italia) y Tréveris (Alemania). Coordinador del Programa de Doctorado “El Derecho Procesal ante el siglo XXI: Nuevas Perspectivas”. Es Director para América Latina de la Fundación General de la Universidad de Salamanca. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Es autor de diversas obras jurídicas.

Luis Guillermo Acero Gallego: Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Procesal Civil de la misma Universidad. Candidato a magíster de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor titular de la Universidad Externado de Colombia. Abogado asociado de Holland & Knight. Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal, y Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado. Autor de varios artículos, libros y ponencias sobre temas procesales y probatorios.

Magda Isabel Quintero Pérez: Abogada. Egresada y Especialista en Derecho Público de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho con Énfasis en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado. Directora Ejecutiva del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Docente de la Universidad Libre de Colombia. Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal.

María Patricia Balanta: Abogada de la Unidad Central del Valle del Cauca de Tuluá, especialista en Comercio Internacional de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, en Derecho de Familia y en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia. Es especialista en Derecho Civil (Contratos y Daños) de la Universidad de Salamanca (España) y magíster en Filosofía del Derecho Contemporáneo de la Universidad Autónoma de Occidente en convenio con la Universidad Carlos III de Madrid. Doctora en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Jaén (España). Es Magistrada Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga.

PARES ACADÉMICOS

Giovanni F. Priori Posada: Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster por la Universidad de Roma Tor Vergata. Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de la Maestría con mención en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Priori & Carrillo, Abogados.

Alejandro Ramelli Arteaga: Abogado Universidad Externado de Colombia. DEA en Derechos Humanos, Universidad de París X Nanterre. Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca. Autor de diversos libros y artículos sobre derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional. Docente en las Universidades Externado de Colombia, Libre, Sergio Arboleda, Nacional, Autónoma, Nacional y Andes.

Jesús Hernando Álvarez Mora: Abogado y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre. Docente de Derecho Constitucional en pregrado y posgrados. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Presidente de la Junta Directiva de la Asociación Colombiana de Facultades Derecho ACOFADE y Jefe del Área de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Actualmente es Rector de la Seccional Bogotá de la Universidad Libre y Conjuez de la Corte Constitucional.

Fidel Puentes Silva: Abogado de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Especialista en Derecho Financiero y Derecho Comercial de la Universidad del Rosario. Candidato a Máster en Propiedad Intelectual e Industrial de la Universidad de Barcelona y EAE Business School. Catedrático de posgrado y maestría en materias de Competencia Desleal, Propiedad Industrial, Derecho del Consumo y Derecho Procesal. Actualmente funge como Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales.

Carlos Ignacio Jaramillo J.: Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesor Titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Ex Magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Ex Decano Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad

Javeriana. Conjuez de la Corte Suprema de Justicia y Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Selva Anabella Klett Fernández: Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesora Catedrática de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Jueza de carrera. Desde el año 1997, Ministra del Tribunal de Apelaciones en lo Civil. Autora de libros, artículos, comentarios, de la materia. Activa partícipe de las actividades del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y del Poder Judicial relativas a la promoción del Código General del Proceso, habiendo intervenido en tal calidad en diversos países de la región.

José Fernando Sandoval Gutiérrez: Abogado y Especialista en Derecho Procesal (Universidad Santo Tomás), Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible (Universidad Externado de Colombia), Especialista en Derecho Comercial y candidato a Magíster en Derecho (Universidad de los Andes). Juez de Competencia Desleal e Infracciones a la Propiedad Industrial. Profesor Maestría en Propiedad Intelectual (Universidad de los Andes). Autor de artículos publicados en revistas especializadas.

Jimmy Rojas Suárez: Abogado de la Universidad Externado de Colombia y actualmente Doctorando de esta misma Universidad, Especialista en derecho procesal y derecho probatorio. Abogado Litigante y Consultor. Docente de pregrado y posgrados en la Universidad Externado de Colombia. Director Nacional de Capítulos del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Juan David Gutiérrez: Actualmente candidato a doctor (PhD) en políticas públicas de la Escuela de Gobierno de la Universidad de Oxford. Abogado de la Universidad Javeriana (Bogotá), magister en derecho y economía de las Universidades de Bolonia y Erasmus Rotterdam y magister en políticas públicas en América Latina de la Universidad de Oxford. Ha trabajado durante más de 10 años en el sector privado y en el sector público en asuntos legales y de políticas públicas. Además, ha sido profesor de cátedra de las Facultades de Derecho de la Universidad Javeriana (“derecho de la competencia”, 2007-2014) y de la Universidad de los Andes (“argumentación en procesos civiles”, 2012-2013).

Ricardo de Carvalho Aprigliano: Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado e Professor Universitário. Especializou-se em Direito Processual Civil na Universidade Estatal de Florença, com Prof. Andrea Proto Pisani. Advogado e professor em cursos de especialização em Direito Processual. Conselheiro da Associação dos Advogados de São Paulo AASP. Secretário Geral Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAR).

CONTENIDO

Editorial <i>Horacio Cruz Tejada</i>	15
Caracterización del proceso del trabajo colombiano frente al derecho comparado <i>Samir Alberto Bonett Ortiz</i>	17
La situación de la cosa juzgada interna frente a la ejecución de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <i>Semillero de Derecho Procesal - Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile</i>	43
A corrente substancialista: Prosperidade e expansão jurisdiccional frente ao estado democrático de direito <i>Vinícius Almada Mozetic – Paulo Junior Trindade dos Santos</i>	77
Justicia restaurativa y principio de oportunidad ¿Mediación en el proceso penal? <i>Teresa Armenta Deu</i>	109
La protección de derechos fundamentales y libertades públicas mediante el recurso de amparo constitucional en España <i>Rafael Bellido Penadés</i>	127
El proceso verbal en el Código General del Proceso <i>Oscar Iván Garzón Guevara</i>	149
Desarrollo práctico de las notificaciones judiciales mediante sistemas electrónicos <i>Sebastián Portilla Parra</i>	189

EDITORIAL

Con el ánimo de contribuir al mejoramiento de los diferentes sistemas jurídicos de Iberoamérica, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal presenta a la comunidad jurídica la edición 45 de su revista, la cual cuenta con artículos de los más variados temas del derecho procesal contemporáneo, abordados con rigurosidad por autores de diversos países y de elevadas calidades académicas.

Como de costumbre, la selección de los artículos publicados ha contado con la más exigente revisión por parte del comité editorial y los respectivos pares académicos, a quienes desde ahora agradecemos por sus valiosas observaciones. Con ello se pueden garantizar altos estándares de calidad de los trabajos aquí incorporados.

La caracterización del proceso del trabajo colombiano frente al derecho comparado, la situación de la cosa juzgada interna frente a la ejecución de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la prosperidad y expansión jurisdiccional frente al Estado Democrático de Derecho, la justicia restaurativa y principio de oportunidad ¿Mediación en el proceso penal?, la protección de derechos fundamentales y libertades públicas mediante el recurso de amparo constitucional en España, el proceso verbal en el Código General del Proceso en Colombia, el desarrollo práctico de las notificaciones judiciales mediante sistemas electrónicos, son temas de inocultable importancia y actualidad que se presentan en esta versión, los cuales son abordados por autores de países como Colombia, España, Brasil y Chile.

El equipo editorial de la revista agradece a todos los autores por el aporte que desde sus investigaciones brindan a la comunidad jurídica, las cuales, desde luego, contribuyen al fortalecimiento de la ciencia procesal en Iberoamérica. Estamos seguros que serán un marco de referencia y material de consulta obligada para estudiantes, abogados, jueces y docentes investigadores de toda la región.

Horacio Cruz Tejada
Editor *Revista ICDP*

CARACTERIZACIÓN DEL PROCESO DEL TRABAJO COLOMBIANO FRENTE AL DERECHO COMPARADO*

Characterization of colombian work process against comparative law

*Samir Alberto Bonett Ortiz***

Resumen

¿Cuál es la caracterización del proceso del trabajo colombiano? La manera más adecuada de responder esta pregunta es comparar nuestro proceso del trabajo con el de algunos países de Iberoamérica para determinar su grado de progreso o retraso, y dependiendo del resultado, advertir la necesidad y conveniencia de una revisión del actual Código. Usando el método comparatista, analizaremos aspectos como la regulación, los principios, la estructura y técnica del procedimiento, e instituciones como la prueba, los recursos, la medida

Recibido: 28 de octubre de 2016 - Aprobado: 04 de abril de 2017

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: BONETT ORTIZ, Samir. Caracterización del proceso del trabajo colombiano frente al derecho comparado. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 45 Enero – Junio. 2017, pp. 17-42.

Producto de investigación del Proyecto de investigación “Caracterización del proceso del trabajo colombiano frente al derecho comparado”, adscrito al Grupo de Investigación en Derecho Procesal, Gidpro, de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

** Abogado. Docente de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Laboral por la misma Universidad. Doctorando en Derecho por la Universidad Libre de Colombia. Vicepresidente del Capítulo Norte de Santander del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal. Asesor y litigante.

cautelar, la prescripción y la ejecución. La principal conclusión es que nuestro proceso del trabajo requiere una completa revisión, pues hace tiempo quedó atrasado frente a los avances más importantes, tanto de la doctrina, como de la normativa, como muestra el derecho comparado.

Palabras claves: proceso del trabajo colombiano, derecho comparado, principios, instituciones, estructura y técnica del procedimiento.

Abstract

What is the characterization of the Colombian labor process? The most appropriate way to answer this question is to compare our work process with some other Latin American countries to establish their progress or delay degree, and taking into account the result, to warn about the need and the convenience of reviewing the current Code. Using the comparative method, we will analyze aspects such as the regulation, the principles, the structure and technique of the procedure, and institutions such as the proof, the resources, the precautionary measure, the prescription and the execution. The main conclusion is that our work process requires a complete revision, because since then has been delayed for a long time in the face of the most important advances, both doctrine and normative, as the comparative law shows.

Keywords: Colombian labor process, comparative law, principles, institutions, structure and technique of the procedure.

Introducción

El objetivo de la investigación, que es jurídica, de enfoque cualitativo, es analizar y sintetizar la caracterización del proceso del trabajo colombiano a través de la comparación jurídica de sus principios e instituciones esenciales.

Para iniciar, todo estudio del proceso del trabajo debe partir de la especial naturaleza del derecho del trabajo y la seguridad social, derechos nacidos como reacción al individualismo y fundados en una ideología que les impregna humanidad, dignidad y solidaridad¹. Y afirmamos esto porque si el proceso es

¹ BATTAGLIA, Felice. *Filosofía del trabajo*. Traducción de Francisco Elías de Tejada y Agustín de Asís. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955; DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. t. I. 19ª ed. México: Porrúa, 2005; PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. 2ª ed., reimpresión. Buenos Aires: Depalma, 1990; DE FERRARI, Francisco. *Los principios de la seguridad social*. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1972.

el instrumento idóneo para garantizar el derecho sustancial², en este caso, los derechos sustanciales al trabajo y a la seguridad social³, debe construirse racionalmente⁴ desde la naturaleza de estas ramas del derecho para cumplir sus fines, en una relación de medio a fin.

La crítica realidad de la desigualdad e injusticia de nuestras sociedades, sobre las que reflexionan Bauman⁵ y Sen⁶, desde las perspectivas sociológica y filosófica, respectivamente, permite sacudir la cabeza y no perder de vista el fin del proceso. Bastante desigualdad e injusticia sociales existen, para que sumemos una jurídica, especialmente en el proceso del trabajo, que debería ser el destino donde encuentren fin. Es la justificación que encontró Couture⁷ al nuevo derecho procesal del trabajo, al decir que "... mientras el derecho material, por su parte, fue creando todo un sistema jurídico de excepción, el derecho procesal permaneció estacionario sobre las bases y fundamentos del sistema individualista del derecho común".

² CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. t. I. Traducción española de la 3ª ed. italiana. Prólogo y notas del profesor José Casáis y Santaló. Madrid: Reus, 1922, pp. 81-86; DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar, 1966, pp. 3-6. En Colombia, la Constitución Política de 1991 establece: "La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial..." (art. 228) (cursiva fuera de texto); asimismo, el Código de Procedimiento Civil de 1970 (art. 4º) consagró la prevalencia del derecho sustancial, lo que reitera el Código General del Proceso (arts. 2º y 11).

³ HUECK, Alfred y NIPPERDEY, HC. *Compendio de derecho del trabajo*. Traducción, presentación y notas de Derecho español por Miguel Rodríguez Piñero y Luis Enrique de la Villa. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 45. En Colombia, el trabajo es consagrado en la Constitución Política, como un valor (Préambulo), un principio (art. 1º) y un derecho fundamental (arts. 25 y 53); y la seguridad social como un derecho fundamental (art. 48). Sobre el trabajo, COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-177 del 1º de marzo de 2005, MP Manuel José Cepeda Espinosa; respecto a la seguridad social, COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-16 del 22 de enero de 2007, MP Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴ PARRA QUIJANO, Jairo. "Naturaleza del proceso regulado en el Código General del Proceso". En: *XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2016, pp. 261-268.

⁵ BAUMAN, Zygmunt. ¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos? Bogotá: Planeta, 2014.

⁶ SEN, Amartya. *La idea de la justicia*. 1ª ed., reimpresión. Bogotá: Taurus, 2016.

⁷ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. t. I. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 274.

El plan de publicación del resultado de la investigación se dividirá en dos partes: en la Parte I, presentaremos el método a seguir, identificando los elementos y ordenamientos jurídicos a comparar, y la regulación del proceso del trabajo en Iberoamérica, partiendo del principio que consideramos su pilar: el procedimiento informal, rápido y efectivo. En la Parte II, que esperamos publicar en el siguiente número de esta Revista, expondremos el desarrollo de los principios, la estructura y técnica del procedimiento, la prueba, los recursos, la medida cautelar, la prescripción y la ejecución.

1. Identificación de los elementos a comparar, justificación de la comparación y método

1.1 Identificación de los elementos a comparar

La principal dificultad de este estudio es identificar los elementos del proceso del trabajo, como principios e instituciones, que serán objeto de comparación.

En principio, hemos seleccionado unos aspectos que consideramos conforman los fundamentos de este proceso, como los principios, la estructura y técnica del procedimiento, la prueba, los recursos, la medida cautelar, la prescripción y la ejecución. En todo caso, no deja de ser finalmente una elección y, como tal, con cierto grado de subjetividad, pues otro estudio puede recaer sobre otros elementos.

En apoyo de la elección, la investigación mostrará que estos aspectos, por sus semejanzas y diferencias, se encuentran en los ordenamientos jurídicos comparados.

1.2 Justificación de la comparación y método

La forma tradicional de estudiar el derecho procesal en general⁸, y el derecho procesal del trabajo en particular⁹, es la de hacerlo, comúnmente, al interior del

⁸ En Colombia, las principales obras de doctrina del proceso civil, a pesar de hacer algunas referencias a derecho extranjero, no hacen un estudio de derecho comparado, especialmente porque su fin es enseñar el proceso civil nacional, así: MORALES MOLINA, Hernando. *Curso de derecho procesal civil*. Parte general. 11ª ed. Bogotá: ABC, 1991; AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual de derecho procesal*. t. II. Parte general. 9ª ed. Bogotá: Temis, 2015; LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. t. I. Parte general. 11ª ed. Bogotá: Dupré, 2012. Asimismo, las demás obras de estos autores, en sus distintas ediciones. La obra de Hernando Devis Echandía sí hizo un estudio aproximado de derecho comparado, especialmente en *Nociones*

ordenamiento jurídico de cada Estado, sin recurrir al derecho comparado¹⁰. Sin embargo, como dijo David¹¹, “El derecho comparado es útil para alcanzar un mejor conocimiento de nuestro derecho nacional y para enriquecerlo”. De ahí que el fin de este estudio sea mostrar los elementos más importantes que caracterizan el proceso del trabajo colombiano, aquellos que permiten distinguirlo del proceso del trabajo de otros países y que, a su vez, sirvan para analizar si nuestros principios e instituciones son adecuadas para lograr el fin de dicho proceso, que puede entenderse como el de lograr la efectividad de los derechos sustanciales al trabajo y a la seguridad social, a través de un procedimiento informal, rápido y efectivo.

Se hace muy conveniente el estudio del derecho comparado, ¿con cuáles Estados comparar nuestro proceso del trabajo? La respuesta no puede ser arbitraria. En principio, dentro de las dos grandes familias jurídicas¹², el *common*

generales de derecho procesal civil. Madrid: Aguilar, 1966; y *Tratado de derecho procesal civil*. t. I-VI. Bogotá: Temis, 1961-1969.

⁹ En Colombia, la doctrina procesal del trabajo sigue esta línea, desde sus orígenes hasta el presente, por ejemplo, entre los primeros estudios, SALAZAR, Miguel Gerardo. *Curso de derecho procesal del trabajo*. Popayán: Universidad del Cauca, 1953; MELUK, Alfonso. *Procedimiento del trabajo*. Bogotá: Temis, 1965; entre los presentes estudios, en orden alfabético de los autores, BOTERO ZULUAGA, Gerardo. *Guía teórica y práctica de derecho procesal del trabajo y de la seguridad social*. 6ª ed. Bogotá: Ibáñez, 2015; OBANDO GARRIDO, José María. *Derecho procesal laboral*. 5ª ed. Bogotá: Doctrina y Ley, y otra, 2010; TORREGROZA SÁNCHEZ, Augusto Enrique. *Curso de derecho procesal del trabajo y de la seguridad social*. 2ª ed. Bogotá: Doctrina y Ley, 2002; VALLEJO CABRERA, Fabián. *La oralidad laboral. Derecho procesal del trabajo y de la seguridad social*. 8ª ed. Medellín: Jurídica Sánchez, 2014.

¹⁰ Hay excepciones, como ÁLVAREZ BERNÉE DE ESCALONA, Sandra. “Unificación del derecho procesal en Iberoamérica”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, núm. 85, 1992 [citado en 2017-01-15], pp. 36-62. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/85/rucv_1992_85_35-62.pdf; BARBAGELATA, Héctor-Hugo. “Tendencias de los procesos laborales en Iberoamérica”. En: *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de la República, Uruguay, núm. 21, 2002 [citado en 2017-01-15], pp. 27-43. Disponible en: <http://revista.fder.edu.uy/ojs-2.4.2/index.php/rfd/article/view/229/250> ISSN: 2301-0665; CÓRDOVA, Efrén. “La Ley Orgánica Procesal del Trabajo a la luz de la legislación comparada”. En: *Revista Gaceta Laboral*, vol. 10, núm. 1°, 2004 [citado en 2017-01-15], pp. 5-19. Disponible en: <http://200.74.222.178/index.php/gaceta/article/view/3684/3682> ISSN: 1315-8597.

¹¹ DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero. México: Universidad Nacional Autónoma de México y otros, 2010, p. 4.

¹² DAVID, René. Op. cit., pp. 13-17.

law y el *civil law*, nos limitaremos a la segunda, por ser la familia a la que tradicionalmente pertenece nuestro derecho, en un ejercicio de microcomparación¹³. Aun así, sigue siendo muy amplio el panorama para la comparación, pues el *civil law* incluye el derecho continental europeo, recepcionado en Iberoamérica, pero será en nuestra región en la que se hará la comparación, es decir, frente a algunos de nuestros vecinos como Chile, Ecuador, Perú, Uruguay, Venezuela, por ser algunos los Estados que marcan la pauta del derecho del trabajo y la seguridad social en Iberoamérica, y para mantener un contacto con Europa, lo haremos frente a España.

Frente al método a usar, el comparatista, como instrumento¹⁴, sin perjuicio de otros, como análisis y síntesis, seguiremos las enseñanzas de Cappelletti¹⁵ y Pegoraro¹⁶, haciendo un ejercicio a nivel de microcomparación, partiendo de unos elementos determinantes, que constituyen el objeto de la comparación, como la regulación, los principios, la estructura y técnica del procedimiento, e instituciones como la prueba, los recursos, la medida cautelar, la prescripción y la ejecución.

2. Cuestión previa: el nombre

Usamos el nombre proceso del trabajo para referirnos al proceso del trabajo y de la seguridad social, denominación completa por su contenido, que es sinónimo de proceso laboral, así como derecho del trabajo es sinónimo de derecho laboral¹⁷, aunque también podría hablarse de proceso social¹⁸. Sin embargo, la expresión proceso social, si bien no generalizada para referirse a esta

¹³ PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo. *Derecho constitucional comparado. 1. La ciencia y el método*. Traducción de Sabrina Ragone. Buenos Aires: Astrea, 2016, pp. 183-198.

¹⁴ PEGORARO, Lucio. *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*. Bogotá: Universidad Libre. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, 2011, pp. 11-12.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJE, 1973.

¹⁶ PEGORARO, Lucio. *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*. Op. cit.; PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo. dres. Op. cit., pp. 127-261.

¹⁷ En su primera acepción, "laboral", es un adjetivo que significa "Perteneiente o relativo al trabajo, en su aspecto económico, jurídico y social". REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*, [citado en 2017-01-15]. Disponible en <http://dle.rae.es/?id=MjCLr7W> Prefiere derecho laboral, en lugar de derecho del trabajo, CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario de derecho laboral*. 2ª ed. Buenos Aires:

clase de proceso, puede causar cierta crítica porque pudiera considerarse que tiene un significado más allá del proceso judicial, incluso del derecho relativo a los procesos que se enmarcan en la acción social, como objeto de estudio de la sociología¹⁹. Asimismo, se puede recordar la crítica que se hizo a una de los primeros nombres del derecho del trabajo, que fue el de derecho social²⁰, con la afirmación de que lo “social” no era una característica exclusiva de nuestra rama del derecho, sino de todas las ramas del derecho²¹.

A pesar de esto, debe tenerse en cuenta que las críticas se refieren al derecho del trabajo, pero actualmente una nueva rama del derecho se ha formado teniendo autonomía, aunque también estrecha relación con el derecho del trabajo, que es la seguridad social, que incluso, ha rebasado los límites de aquel. De ahí, que no sea extraño que los nombres derecho procesal social, jurisdicción social²², proceso social²³ y juez social²⁴, en lugar de ser rechazados,

Heliasta, 2001, p. 179; mientras considera estas dos expresiones sinónimas, ALONSO GARCÍA, Manuel. *Curso de derecho del trabajo*. 7ª ed. Madrid: Ariel, 1981, pp. 92-93.

¹⁸ Ejemplo de antecedentes de doctrina, MENÉNDEZ-PIDAL, Juan. *Derecho procesal social*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1947; STAFFORINI, Eduardo R. *Derecho procesal social*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1955. Este autor había escrito una obra anterior con otro nombre, *Derecho procesal del trabajo*. Buenos Aires: La Ley, 1946. Actualmente, en la normativa, ESPAÑA. JEFATURA DEL ESTADO. Ley 36 del 10 de octubre de 2011. Reguladora de la jurisdicción social.

¹⁹ Ejemplo, DURKHEIM, Émile. *La división del trabajo social*. Introducción y notas de Luis Benítez. Buenos Aires: Lea, 2013.

²⁰ En general, sobre los nombres del derecho del trabajo, KROTOSCHIN, Ernesto. *Tratado práctico de derecho del trabajo*. vol. I. Buenos Aires: Depalma, 1955, pp. 13-20; PÉREZ BOTIJA, Eugenio. *Curso de derecho del trabajo*. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1957, pp. 3-10; ALONSO GARCÍA, Manuel. *Introducción al estudio del derecho del trabajo*. Barcelona: Bosch, 1958, pp. 22-51; DEVEALI, Mario L. *El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias*. t. I. Buenos Aires: Astrea, 1983, pp. 19-21; DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. Op. cit., pp. 3-4; GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo. *Derecho laboral colombiano*. vol. 1. Relaciones individuales. 9ª ed. Bogotá: Doctrina y Ley, 1998, pp. 8-13.

²¹ También es importante la crítica de Krotoschin sobre el derecho social. KROTOSCHIN, Ernesto. *Tendencias actuales en el derecho del trabajo*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1959, pp. 19-49.

²² En España, la Ley 36 del 10 de octubre de 2011, regula la *jurisdicción social*.

²³ La misma Ley 36 de 2011 de España regula el *proceso social* (arts. 20, 74, 79, 151).

²⁴ En España, la Sala respectiva del Tribunal Supremo se llama *Sala de lo Social* (Ley 36 de 2011, art. 9º); también en Venezuela, la Sala de Casación respectiva del Tribunal Supremo de Justicia, se denomina *Sala de Casación Social* [Constitución de 1999, art. 262; Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del 11 de mayo de 2010, art. 30;

sean considerados por su contenido, más no por una cuestión formal, que sería la abreviatura de su nombre, como criticó Krotoschin²⁵ el uso de «... la denominación *derecho social* como abreviatura de la expresión, un tanto extensa, de “derecho del trabajo y de la seguridad social”» (cursiva del texto); además por la comprensión de nuevas regulaciones, que cada vez cobran mayor importancia y desarrollo como, por ejemplo, el derecho a la salud, así como el derecho agrario²⁶. En Colombia, el punto se ha expuesto en los últimos años en el Congreso Colombiano de Derecho Procesal, en ponencias escritas y orales²⁷, por Marcel Silva Romero, Ernesto Forero Vargas y Juan Guillermo Herrera Gaviria.

Entendido el proceso social, como el proceso judicial, para descartar el proceso y la acción social que estudia la sociología, y ya no limitado al derecho del trabajo, sino comprensivo de la seguridad social, se allanaría el camino para aceptar el nombre de proceso social. En este estudio usaremos el nombre proceso del trabajo por ser la denominación actual, pues se trata de mostrar su presente.

Ley Orgánica Procesal del Trabajo de 2002, art. 14, lit. c)]. En países como Colombia, se mantiene el nombre de Sala de Casación Laboral, tal vez más por tradición, especialmente porque la seguridad social fue regulada por la Ley 100 de 1993, y poco tiempo después, se dictó la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, que reguló la organización judicial, no previendo el amplio desarrollo de la nueva rama.

²⁵ Citado por DEVEALI, Mario L. *El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias*. Op. cit., p. 20.

²⁶ En Venezuela, en casación, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, conoce de los asuntos agrarios (Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, art. 30, núm. 1°), mientras que, en Colombia los asuntos de derecho agrario son de competencia de los jueces civiles (Código General del Proceso, arts. 17, núm. 1°; 18, núm. 1°; 20, núm. 1°); incluso la casación en estos asuntos la decide la Sala de Casación Civil y Agraria, como es el nombre de la Sala (Ley 270 de 1996, art. 16, mod., por la Ley 1285 de 2009, art. 7°).

²⁷ Por ejemplo, SILVA ROMERO, Marcel. “¿Unidad o dispersión de la competencia judicial en el conocimiento de los conflictos en derecho del trabajo y de la seguridad social?” En: *XXXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2011, pp. 605-629. En similar sentido, HERRERA GAVIRIA, Juan Guillermo. “Unidad o dispersión de la competencia judicial en el conocimiento de los conflictos en derecho del trabajo y de la seguridad social”. En: *XXXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2011, pp. 585-604; el mismo autor, “La aproximación nomoárquica del Código General del Proceso al proceso social”. En: *XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2014, pp. 617-626.

3. La regulación del proceso del trabajo en Iberoamérica

Contrario a la, más o menos, unificación que ha empezado a darse en los últimos años en la regulación del proceso civil en Iberoamérica, a partir del Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica de 1988 elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal²⁸, en el proceso del trabajo no ocurre lo mismo; por el contrario, sobresalen diferencias sustanciales, desde la ideología²⁹ que inspira la normativa (sistemas de ideología neoliberal, o al menos no de ideología social, en mayoría, como Colombia, España, Perú, Uruguay; y sistemas de ideología social, como Ecuador³⁰, Venezuela³¹); la autonomía de la

²⁸ Sobre la justificación del proyecto de Código Procesal Civil para América Latina, dijo Véscovi: “El Derecho procesal latinoamericano y el Código Modelo no tienen pretensión de regir en forma efectiva en ningún país... será solo un proyecto que se deberá adaptar a las particularidades de cada uno de los que lo adopten”. Y agregábamos que, “sin embargo, al realizar un encuadre histórico-geográfico del tema encontrábamos grandes similitudes (pertenecer a una misma familia de Derecho comparado, provenir nuestros códigos procesales de fuente común...) y factores aglutinantes (idéntico origen histórico, la misma lengua, problemas socio-económicos similares, propósitos comunes e ideales muy próximos...) que a la vez que explican el atraso de nuestra legislación procesal, hacen posible buscar soluciones comunes —adaptables a cada lugar— que son las inspiradoras de nuestro trabajo”. VÉSCOVI, Enrique. “El proyecto de Código Procesal Civil uniforme para América Latina”. En: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 4, 1986 [citado en 2017-01-15], pp. 9-36. Disponible en: <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/326/pdf> ISSN: 0123-2479. La cita es de la p. 11. Sobre la actualidad, PEREIRA CAMPOS, Santiago. “Presente y futuro del proceso por audiencias en Iberoamérica”. En: *XXIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Panamá: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2014, pp. 87-165.

²⁹ Es necesario recordar la aclaración de Krotoschin al respecto: “El derecho del trabajo tampoco se identifica con el socialismo ni con ninguna otra fe mesiánica. Es independiente de un sistema económico determinado, aunque el carácter de éste influya en el de aquél y sus fines”. KROTOSCHIN, Ernesto. *Tratado práctico de derecho del trabajo*. Op. cit., p. 10.

³⁰ ECUADOR. ASAMBLEA CONSTITUYENTE. Constitución de la República del Ecuador del 25 de julio de 2008, art. 283, inc. 1°: “El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir”.

³¹ VENEZUELA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 20 de diciembre de 1999, art. 299: “El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los

reglamentación, que se produce de dos formas: la primera, frente a la regulación del proceso civil: en unos casos el proceso del trabajo se incorpora dentro de la ley o código del proceso civil, o mejor, el proceso en general (Ecuador), mientras que en otros tiene una ley o código especial (Colombia, España, Perú, Uruguay, Venezuela); y la segunda, frente a la regulación del derecho del trabajo sustancial: en unos casos el proceso del trabajo hace parte de la ley o código del trabajo (Chile), mientras que en otros tiene una ley o código independiente (Colombia, España, Perú, Uruguay, Venezuela); además de la ideología y autonomía referidas, también otros criterios marcan diferencia, como la fecha de expedición de la normativa: en unos casos es muy antigua, dentro de lo nuevo que resulta el derecho procesal del trabajo, como en Colombia, en que el Código es de 1948, frente a casos recientes como Venezuela (2002), Uruguay (2009), Perú (2010), España (2011) y Ecuador (2015); otros aspectos procesales más específicos presentan semejanzas y diferencias en estos ordenamientos jurídicos en materia de principios, estructura y técnica del procedimiento, prueba, recursos, medida cautelar, prescripción, ejecución, etc., como se verá en el desarrollo de la investigación.

En Colombia, el Código Procesal del Trabajo³² fue expedido en 1948 siendo en esa época el código más avanzado en nuestro país, muy superior al Código Judicial de 1931³³, al incorporar los nuevos avances del derecho comparado, como la oralidad. En efecto, este Código, que fue ideado por el Ministro de Trabajo, Higiene y Previsión Social, Adán Arriaga Andrade, tuvo esta Exposición de Motivos del proyecto presentado al Congreso de la República el 20 de julio de 1945³⁴, en particular sobre la oralidad: “El procedimiento civil es, en el fondo, el mismo que emerge desde el siglo tercero de nuestra era, y que heredamos de las Siete Partidas y el Fuero Juzgo, al través del Código peninsular de 1855.

principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad”.

³² COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Legislativo 2158 (24, junio, 1948), adoptado como legislación permanente por el Decreto Legislativo 4133 (16, diciembre, 1948). Sobre los procedimientos en los juicios del trabajo. Diario Oficial. Bogotá, 1948. Núm. 26.754, 26, junio.

³³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 105 (17, octubre, 1931). Sobre organización judicial y procedimiento civil. Diario Oficial. Bogotá, 1931. Núm. 21.823, 24 de octubre.

³⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Anales de la Cámara, Bogotá, 25 de julio de 1945, p. 38. Citado por BONETT ORTIZ, Samir Alberto. “La oralidad en el proceso laboral”. *En: Oralidad y escritura. El proceso por audiencias en Colombia*. Bogotá: Ibáñez, 2016, pp. 85-122. La cita es de las pp. 97-98.

Sus posibles enmiendas están agotadas, y en este sentido la ley 105 de 1931 es un admirable monumento jurídico. Pero la vida del trabajo no cabe dentro de sus normas anacrónicas y formalistas. Por eso proponemos algo nuevo; nuevo entre nosotros, se entiende, pues ya la etapa del procedimiento escrito ha sido superada en casi todos los países de Europa, excepto España, y acaba de serlo muy cerca de nosotros, en el Brasil.

Los principios que informan el presente proyecto pueden resumirse así:

- 1° Predominio de la palabra como medio de expresión, temperado, sin embargo, por el empleo de la escritura como medio de preparación y documentación.
- 2° La llamada inmediación, que consiste en hacer más cercana y accesible la justicia para todo el mundo, despojándola de tecnicismos complicados y de procedimientos onerosos cristalizados en la práctica como fines en sí mismos. Este principio exige del juzgador que establezca un contacto directo entre él, las partes, los testigos, los peritos y el objeto del litigio.
- 3° Identidad física de los funcionarios que integran el Órgano Jurisdiccional durante el tratamiento de la causa. El Juez que aprehende el conocimiento de un asunto debe fallarlo porque ninguna otra persona está en condiciones de hacerlo con mayor acierto y precisión.
- 4° La concentración del tratamiento de la causa en un período único. El pleito debe debatirse en una o en muy pocas audiencias, sin solución de continuidad.
- 5° Inimpugnabilidad aislada de las providencias que dicte el Juez. Por regla general, sólo junto con la sentencia puede recurrirse contra sus actuaciones.
- 6° No puede haber oralidad ni concentración procesal si no se respeta el principio de la autodefensa. Es el Estado, y no el individuo, quien administra justicia y quien debe tener el interés de hacerla del mejor modo y lo más rápidamente posible.

Es admirable que Adán Arriaga Andrade tuviera, en 1945, conocimiento de las ideas más avanzadas del derecho procesal civil, que eran las de Chiovenda³⁵.

En Iberoamérica, el proceso del trabajo se regula así en algunos de los países que serán tomados como referencia para la comparación jurídica: en Chile³⁶,

³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. t. II. Traducción española de la 3ª ed. italiana. Prólogo y notas del profesor José Casáis y Santaló. Madrid: Reus, 1925, pp. 127-142; *Instituciones de derecho procesal civil*. vol. III. Traducción del italiano y notas de derecho español por E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, pp. 167-219.

³⁶ CHILE. CONGRESO NACIONAL. Ley 20.087 del 15 de diciembre de 2005. Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo. Sobre el

está reglamentado en el Código del Trabajo de 2002, pero cuyo libro V sobre el procedimiento del trabajo fue sustituido por la Ley 20.087 de 2005, que ha sido modificada; por el contrario, en Ecuador³⁷, el proceso está contenido en el Código que regula en general los procesos, el Código Orgánico General de Procesos de 2015; mientras que en Perú³⁸, en una reciente Ley Procesal del Trabajo de 2010, basada en modernos principios e instituciones; en Uruguay³⁹, el proceso se reglamenta en la Ley 18.572 de 2009 sobre abreviación de los procesos laborales, modificada por la Ley 18.847 de 2011; en Venezuela⁴⁰, en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo es de 2002; y finalmente, en España⁴¹, en una ley especial, la Ley 36 de 2011, regula la jurisdicción social.

nuevo papel del proceso del trabajo, especialmente la protección de los derechos fundamentales, UGARTE CATALDO, José Luis. “La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro”. En: *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XX, núm. 2, diciembre de 2007 [citado en 2017-01-15], pp. 49-67. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502007000200003&script=sci_arttext ISSN: 0718-0950.

³⁷ ECUADOR. ASAMBLEA NACIONAL. Código Orgánico General de Procesos. Ley del 22 de mayo de 2015.

³⁸ PERÚ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley Procesal del Trabajo. Ley 29.497 del 13 de enero de 2010. Respecto al proceso peruano, MONROY GÁLVEZ, Juan. “Comentarios a la Ley Procesal de Trabajo”. En: *Themis. Revista de Derecho*, núm. 58, 2010 [citado en 2017-01-15], pp. 165-184. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9126> ISSN: 2410-9592. Sobre el proceso peruano anterior, PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos de derecho procesal del trabajo*. 2ª ed. Lima: Aele, 1997.

³⁹ URUGUAY. SENADO Y CÁMARA DE REPRESENTANTES. Ley 18.572 del 13 de septiembre de 2009. Abreviación de los procesos laborales, modificada por la Ley 18.847 del 25 de noviembre de 2011. Sobre la nueva regulación del proceso uruguayo, GAUTHIER, Gustavo. “Los principios del proceso laboral y los principios que rigen los nuevos procesos laborales en Uruguay”. En: *Meritum*, Belo Horizonte, vol. 8, núm. 1, jan./jun. 2013. [citado en 2017-01-15], pp. 143-177. Disponible en: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1783/1154> ISSN: 2238-6939.

⁴⁰ VENEZUELA. ASAMBLEA NACIONAL. Ley Orgánica Procesal del Trabajo del 13 de agosto de 2002. Respecto al proceso venezolano, HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Nuevo proceso laboral venezolano*. 3ª ed. Caracas: Cejuz, 2006; MORA DÍAZ, Omar Alfredo. *Derecho procesal del trabajo*. Caracas. 2013.

⁴¹ ESPAÑA. JEFATURA DEL ESTADO. Ley 36 del 10 de octubre de 2011. Reguladora de la jurisdicción social. Sobre el proceso español, BLASCO PELLICER, Ángel. dir. *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*. t. I y II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013; MONTERO AROCA, Juan y LLUCH CORELL, Francisco Javier. *Ley reguladora de la jurisdicción social*. 7ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. Para conocer el proceso antes de la Ley 36 de 2011, ALONSO OLEA, Manuel y ALONSO GARCÍA, Rosa M. *Derecho procesal del trabajo*. 16ª ed. Madrid: Civitas, 2010.

Respecto a la forma de la regulación, en los países indicados que reglamentan el proceso del trabajo en una normativa diferente de la ley o código del proceso civil (Colombia, España, Perú, Uruguay, Venezuela), dicha reglamentación es limitada a los aspectos propios de la naturaleza del proceso laboral, casi excepcionalmente en España, para permitir en todo lo no reglado, la aplicación de la ley o código tipo, que es del proceso civil, encontrando normativas de poca cantidad de artículos [Uruguay (32), Perú (68 artículos más unas disposiciones complementarias, transitorias y modificatorias)], de cantidad considerable [Venezuela (207 artículos)] y de gran cantidad de artículos [España (305 artículos más disposiciones transitorias)].

Como se observa, existe una tendencia a la actual revisión de la reglamentación del proceso del trabajo, independientemente de las diferencias en dicha regulación. Colombia, por el contrario, a pesar de las últimas dos reformas importantes del Código de 1948, a través de las Leyes 712 de 2001⁴² y 1149 de 2007⁴³, continúa atrasada, como se observará en la comparación, sumado a la omisión en la expedición del Estatuto del Trabajo⁴⁴, en reemplazo del Código Sustantivo del Trabajo de 1950.

4. Principios

Los principios entendidos como las bases o pilares fundamentales sobre los que se crea racionalmente el proceso como instrumento y, especialmente sobre los que sostiene el derecho procesal del trabajo, sin entrar en discusión sobre la diferencia entre sistemas, principios o reglas⁴⁵, los estudiaremos en torno a un ideal: el proceso del trabajo como procedimiento informal, rápido y efectivo.

⁴² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 712 (5, diciembre, 2001). Por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo. Diario Oficial. Bogotá DC, 2001. Núm. 44.640, 8 de diciembre.

⁴³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1149 (13, julio, 2007). Por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social para hacer efectiva la oralidad en sus procesos. Diario Oficial. Bogotá DC, 2007. Núm. 46.688, 13 de julio.

⁴⁴ CALDERÓN ORTEGA, Michelle Andrea Nathalie. "Estado de cosas inconstitucional por omisión en la expedición del Estatuto del Trabajo en Colombia". En: *Revista Academia & Derecho*, núm. 8 (5), 2014 [citado en 2017-01-15], pp. 71-97. Disponible en: <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/80/74> ISSN: 2215-8944.

⁴⁵ El debate entre principios y reglas puede estudiarse al menos desde dos perspectivas: la Filosofía del Derecho, entre otros autores, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; o desde el Derecho Procesal, entre otros, ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al estudio del derecho procesal*. Primera parte, Buenos

4.1 El ideal: el procedimiento informal, rápido y efectivo

El proceso del trabajo nació como reacción al proceso civil formal, lento y no siempre efectivo. Por eso, desde sus inicios, la doctrina ha sostenido que este proceso debe ser informal, rápido y efectivo, términos que, en principio, no parecen muy “científicos”. No obstante, tienen un contenido muy amplio y profundo que, incluso ha influenciado el proceso civil.

¿Qué significado tiene la informalidad, rapidez y efectividad del proceso del trabajo? A continuación, veremos su alcance y luego, en el desarrollo de los principios e instituciones objeto de comparación en la Parte II, haremos el recorrido por Colombia y el derecho comparado para determinar si la regulación de nuestro proceso y los demás estudiados se ajustan a estas necesidades.

4.1.1 Informalidad del proceso del trabajo

El proceso del trabajo debe ser informal en el sentido, no de rechazo de las formas procesales, que son importantes porque cumplen un fin y también existen, pero en el orden estrictamente necesario, sino que permite darle importancia al fondo del asunto y no perder la atención en las formas de decidirlo. Así, la demanda debe contener unos requisitos mínimos, pero sin llegar al extremo de no ser considerada porque falte un requisito formal, que el juez puede interpretar o suplir.

En el momento histórico en que nació el proceso del trabajo autónomo, en la década del 40', y solo citamos el caso de Colombia, el proceso civil estaba regido por el Código Judicial de 1931, de herencia española de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. El Código Judicial⁴⁶, entre muchos ejemplos, exigía para el trámite de los recursos de apelación y casación, que el recurrente aportara con la impugnación, “por lo menos dos hojas de papel sellado para el repartimiento”, so pena

Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 255-275; LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. t. I. Parte general. 11ª ed. Bogotá: Dupré, 2012, pp. 87-138.

⁴⁶ “Artículo 353. Cuando suba un expediente a un Juzgado o Tribunal por apelación, las partes interesadas tienen el deber de suministrar por lo menos dos hojas de papel sellado para el repartimiento, y si no lo cumplen dentro de los quince días siguientes al recibo del proceso, si la providencia apelada es auto interlocutorio, o dentro de los treinta días si es sentencia, el asunto se reparte en papel común y se declara de oficio ejecutoriada la resolución objeto del recurso.

Lo dispuesto en el inciso que precede se hace extensivo a la Corte Suprema respecto de los recursos de apelación y casación, menos en cuanto a los términos que en él se fijan, pues éstos son de treinta días si se trata de auto interlocutorio y de sesenta si de sentencia”.

de quedar la providencia ejecutoriada. Por el contrario, el Código Procesal del Trabajo de 1948⁴⁷ estableció expresamente el principio de gratuidad, permitiendo el papel común en el proceso laboral.

Actualmente en Colombia, el proceso del trabajo ha perdido el carácter informal, y en algunos casos, podría afirmarse que excede, incluso, el formalismo del proceso civil, en el que se tiende a simplificar. En efecto, la demanda exige unos requisitos, pero algunos jueces los han rebasado, como pedir que se presente la liquidación de las pretensiones. La Ley 712 de 2001 adicionó una medida, que puede tener dos visiones, y fue exigir al juez el control de la contestación de la demanda, así como para la demanda, lo que no se exigía siquiera en el proceso civil. Las dos visiones son: una positiva, porque ayuda a que el juez controle la legalidad del proceso y evite una nulidad procesal; y otra negativa, porque formaliza el proceso del trabajo llevándolo a los límites del proceso civil, lo que afecta, entre otros aspectos, la rapidez del mismo.

Un caso, entre muchos, que se puede indicar como de excesivo formalismo en el proceso del trabajo colombiano es el indicado de los requisitos formales de la demanda, que conlleva explicar las “razones de derecho”, es decir, la explicación del porqué se citan los fundamentos de derecho (art. 25, núm. 8°).

Revisado el derecho comparado de nuestros países seleccionados, hay casos donde no se exige, como en Perú (art. 16, remite al Código Procesal Civil, art. 424, núm. 7°), Uruguay (art. 8°, remite al Código General del Proceso, art. 117, núm. 4°), Venezuela (art. 123); y casos en que se requiere, como en Chile (art. 446, núm. 4°), donde se requieren las “consideraciones de derecho”, y Ecuador (art. 142, núm. 6°), donde los fundamentos de derecho deben ser “expuestos con claridad y precisión”.

También con la demanda se presentan en la práctica judicial, al menos dos inconvenientes, más por exigencia de los jueces, que de la norma.

Respecto a los hechos, debe contener “Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, clasificados y enumerados” (art. 25, núm. 7°). Esto, que busca que la demanda cumpla el mínimo de orden, ha sido exagerado por algunos jueces al extremo de inadmitir o devolver la demanda con varios pretextos: el hecho no es claro y permite varias respuestas, el “hecho” contiene varios hechos y debe dividirse en tantos numerales, etc. El problema es que muchas veces la demanda inadmitida no se subsana oportunamente y es

⁴⁷ “Artículo 39. Principio de gratuidad. La actuación en los juicios del trabajo se adelantará en papel común, no dará lugar a impuesto de timbre nacional ni a derechos de secretaría, y los expedientes, despachos, exhortos y demás actuaciones cursarán libres de porte por los correos nacionales”.

rechazada, lo que lleva al archivo del proceso, con grave perjuicio del trabajador. Tal vez la mínima interpretación de la demanda por el juez evitaría esta situación. La inadmisión debe hacerse solo en casos excepcionales justificados.

Sobre las pretensiones, debe indicar “Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado” (art. 25, núm. 6°). Igual que en los hechos, se pretende “precisión y claridad” en lo que se pide, pero también se ha rebasado la norma con cierta sinrazón.

4.1.2 Rapidez del proceso del trabajo

El proceso del trabajo debe ser rápido porque los derechos que se discuten son, en mayoría, mínimos e irrenunciables, derechos vitales como la alimentación, vivienda, educación, etc.; por eso el derecho del trabajo necesita, como dijeron Gaete y Pereira⁴⁸, «“Un *procedimiento rápido* para evitar «que el hambre llegue antes que la justicia»” (cursiva del texto)».

La rapidez o celeridad del proceso del trabajo en Colombia debe valorarse dependiendo de la instancia, porque en términos generales, su duración, especialmente del procedimiento ordinario de doble instancia, que es el proceso tipo, el usado en mayoría, si se tramita la casación, puede tardar entre 6 y 8 años, lo que es una duración excesiva. No obstante, para ser más claros, se hará el análisis por instancia:

La primera instancia puede durar aproximadamente entre 6 y 8 meses, en algunos casos menos tiempo, dependiendo de la necesidad de la práctica de pruebas, como interrogatorio, testimonio, dictamen pericial o inspección judicial.

La segunda instancia dura más que la primera, entre 2 y 3 años, porque el Tribunal recibe procesos de todos los juzgados del Distrito, pero especialmente por una dificultad que se presenta con la oralidad, más cultural y práctica, que dogmática. La oralidad en el proceso del trabajo inició a hacerse efectiva a partir de la Ley 1149 de 2007, es decir, hace poco tiempo, y naturalmente el trabajo del Tribunal que se venía haciendo bajo otro paradigma y otro ritmo no cambió inmediatamente por la reforma; es de esos aspectos del proceso en que más que de la norma, el problema es de hombres, como dijo Sentís Melendo⁴⁹. Es normal

⁴⁸ GAETE BERRÍOS, Alfredo y PEREIRA ANABALÓN, Hugo. *Derecho procesal del trabajo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1950, p. 24. Citado por BONETT ORTIZ, Samir Alberto. “La oralidad en el proceso laboral”. Op. cit., p. 110.

⁴⁹ *El proceso civil. Estudio de la reforma procesal argentina (Ley 14.237 – Decreto-ley 23.398)*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJE, 1957, p. 59. Citado por BONETT ORTIZ, Samir Alberto. “La oralidad en el proceso laboral”. Op. cit., pp.

que en algunos Tribunales las audiencias de primera instancia sean transcritas para que los magistrados puedan leer y así estudiar la decisión del recurso de apelación, lo que es contrario a la naturaleza de la oralidad en segunda instancia.

Finalmente, la casación ante la Corte Suprema de Justicia es la etapa procesal que más tiempo tarda, aproximadamente entre 3 y 4 años. La razón es la congestión de la Sala de Casación Laboral, que motivó la creación de cuatro Salas de Descongestión Laboral, cada una formada por 3 magistrados, durante 8 años⁵⁰.

4.1.3 Efectividad del proceso del trabajo

El proceso debe ser efectivo porque es el instrumento de creación racional del hombre para garantizar el derecho sustancial, con mayor razón si los derechos discutidos son sociales, mínimos e irrenunciables.

La efectividad del proceso se traduce en el principio de tutela judicial efectiva⁵¹ de gran importancia en el proceso civil. Este principio se ha entendido, en parte, como evolución del derecho de acción procesal, y tiene fundamento normativo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵² (arts. 8° y 25), y en algunas constituciones, como la española de 1978⁵³ (art. 24, núm. 1°). En Colombia, la Constitución Política de 1991 consagró el derecho de acceso

114-115. La frase dice: “problema de hombres y no de leyes. – Es siempre de desear que las leyes sean perfectas. Pero es todavía más necesario que sean buenos los encargados de aplicarlas. Si alguno de los elementos es defectuoso, preferible será que el defecto esté en la ley y no en el juez. Con leyes deficientes y buenos jueces es más posible que se logre una buena justicia que no con leyes perfectas y malos jueces” (mayúscula del texto).

⁵⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1781 (20, mayo, 2016). Por la cual se modifican los artículos 15 y 16 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial. Bogotá, 2016. Núm. 49.879, 20 de mayo.

⁵¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1984; BELSITO, Cecilia y CAPORALE, Andrés. *Tutela judicial efectiva*. Rosario: Nova Tesis, 2005; MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra, 2007.

⁵² ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, aprobada por Colombia por la Ley 16 de 1972, que entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

⁵³ ESPAÑA. Constitución del 27 de diciembre de 1978. “Artículo 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

a la administración de justicia (art. 229)⁵⁴, que se ha entendido claramente relacionado con el de tutela judicial efectiva⁵⁵.

Este principio tiene un alcance muy amplio: no se limita al solo acceso a la justicia, sino que ese acceso debe ser con respeto del debido proceso, dentro de un plazo razonable, con prevalencia del derecho sustancial, y efectividad en este derecho, lo que implica, no solo la declaración del derecho en la decisión, sino también su cumplimiento efectivo e inmediato.

Veremos, en el desarrollo de los principios e instituciones que conforman los elementos a comparar en la Parte II, como en muchos casos el principio es solo una enunciación, pues la institución en particular lo desconoce. Basta mencionar el caso de la prescripción: en Colombia, las obligaciones y correlativamente los derechos, prescriben durante la vigencia de la relación laboral (CPTSS, art. 151; CST, arts. 488 y 489), mientras que el derecho comparado mostrará que, en todos los países objeto de comparación (Chile, Ecuador, España, Perú, Uruguay y Venezuela), el sistema es distinto, porque el término de prescripción inicia a partir de la terminación de la relación laboral⁵⁶.

En la Parte II continuaremos el análisis sobre los principios e instituciones como la prueba, los recursos, la medida cautelar, la prescripción y la ejecución.

Conclusiones

1. Partiendo del derecho comparado, la regulación del proceso del trabajo en Iberoamérica presenta una heterogeneidad desde diversos puntos de vista: ideología de Estado, autonomía o no frente a la ley o código del proceso civil, y frente a la ley o código que regula el contrato de trabajo; así como la época de la expedición de la norma, y especialmente frente a los principios y la estructura y técnica del procedimiento, e instituciones como la prueba, los recursos, la medida cautelar, la prescripción y la ejecución.

⁵⁴ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de 1991 (4, julio, 1991). Gaceta Constitucional. Bogotá DC., 1991. Núm. 116, 20 de julio. “Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-159 del 6 de abril de 2016, MP Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁶ BONETT ORTIZ, Samir Alberto. “La prescripción en derecho laboral y seguridad social”. En: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 36, 2010 [citado en 2017-01-15], p. 129-144. PublindeX: categoría C. Disponible en: file:///C:/Users/bonet/Downloads/68-334-1-PB.pdf ISSN: 0123-2479.

El derecho comparado muestra, al menos, tres experiencias de regulación del proceso del trabajo: primera, un cuerpo normativo, ley o código, autónomo del que regula el proceso civil, que puede reglamentar totalmente la materia, para excluir la aplicación del código del proceso civil, o solo los principios e instituciones fundamentales del derecho procesal del trabajo; segunda, una regulación al interior de la ley o código del trabajo; y tercera, una normativa incorporada a la ley o código del proceso civil.

Asimismo, el derecho comparado nos enseña dos experiencias opuestas en la regulación frente a la del proceso civil: primera, el caso de Uruguay, que reglamentó el proceso del trabajo en el Código General del Proceso de 1989, pero que a partir de 2009 volvió a un cuerpo normativo autónomo; y segunda, el caso de Ecuador, que pasó de un proceso regido por el Código del Trabajo al Código Orgánico General de Procesos de 2015.

2. Si bien nuestro Código de 1948 representó un avance significativo en esa época, no solo en el derecho del trabajo, sino también frente al derecho procesal civil, la sociedad ha cambiado y el derecho ha evolucionado hasta el punto que el Código se ha quedado atrasado frente a los modernos avances doctrinales y normativos del derecho procesal del trabajo y de la seguridad social, como muestra el derecho comparado.
3. A pesar de que, en otros países con una normativa más avanzada y nueva, como Ecuador, España, Perú, Venezuela y Uruguay, existe un mejor panorama del proceso del trabajo, el derecho comparado muestra la necesidad de unificar bajo ciertos principios e instituciones comunes las principales características de este proceso especial, para que realmente sea informal, rápido y efectivo, y cumpla su fin de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos al trabajo y a la seguridad social.

Referencias Bibliográficas

Doctrina

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALONSO GARCÍA, Manuel. *Curso de derecho del trabajo*. 7ª ed. Madrid: Ariel, 1981.

------. *Introducción al estudio del derecho del trabajo*. Barcelona: Bosch, 1958.

ALONSO OLEA, Manuel y ALONSO GARCÍA, Rosa M. *Derecho procesal del trabajo*. 16ª ed. Madrid: Civitas, 2010.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al estudio del derecho procesal*. Primera parte, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

ÁLVAREZBERNÉEDEESCALONA, Sandra. “Unificación del derecho procesal en Iberoamérica”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, núm. 85, 1992, pp. 36-62. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/85/rucv_1992_85_35-62.pdf

AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual de derecho procesal*. t. II. Parte general. 9ª ed. Bogotá: Temis, 2015.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. “Tendencias de los procesos laborales en Iberoamérica”. En: *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de la República, Uruguay, núm. 21, 2002 [citado en 2017-01-15], pp. 27-43. Disponible en: <http://revista.fder.edu.uy/ojs-2.4.2/index.php/rfd/article/view/229/250> ISSN: 2301-0665.

BAUMAN, Zygmunt. *¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos?* Bogotá: Planeta, 2014.

BATTAGLIA, Felice. *Filosofía del trabajo*. Traducción de Francisco Elías de Tejada y Agustín de Asís. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

BELSITO, Cecilia y CAPORALE, Andrés. *Tutela judicial efectiva*. Rosario: Nova Tesis, 2005.

BLASCO PELLICER, Ángel. dir. *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*. t. I y II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

BONETT ORTIZ, Samir Alberto. “La oralidad en el proceso laboral”. En: *Oralidad y escritura. El proceso por audiencias en Colombia*. Bogotá: Ibáñez, 2016, pp. 85-122.

----- . “La prescripción en derecho laboral y seguridad social”. En: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 36, 2010 [citado en 2017-01-15], pp. 129-144. Disponible en: <file:///C:/Users/bonet/Downloads/68-334-1-PB.pdf> ISSN: 0123-2479.

BOTERO ZULUAGA, Gerardo. *Guía teórica y práctica de derecho procesal del trabajo y de la seguridad social*. 6ª ed. Bogotá: Ibáñez, 2015.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario de derecho laboral*. 2ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 2001.

CALDERÓN ORTEGA, Michelle Andrea Nathalie. “Estado de cosas inconstitucional por omisión en la expedición del Estatuto del Trabajo en Colombia”. En: *Revista Academia & Derecho*, núm. 8 (5), 2014 [citado en 2017-01-15],

pp. 71-97. Disponible en: <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/80/74> ISSN: 2215-8944.

CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1973.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. t. I. Traducción española de la 3ª ed. italiana. Prólogo y notas del profesor José Casáis y Santaló. Madrid: Reus, 1922.

----- . *Principios de derecho procesal civil*. t. II. Traducción española de la 3ª ed. italiana. Prólogo y notas del profesor José Casáis y Santaló. Madrid: Reus, 1925.

----- . *Instituciones de derecho procesal civil*. vol. III. Traducción del italiano y notas de derecho español por E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.

CÓRDOVA, Efrén. “La Ley Orgánica Procesal del Trabajo a la luz de la legislación comparada”. En: *Revista Gaceta Laboral*, vol. 10, núm. 1º, 2004 [citado en 2017-01-15], pp. 5-19. Disponible en: <http://200.74.222.178/index.php/gaceta/article/view/3684/3682> ISSN: 1315-8597.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. t. I. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1979.

DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero. México: Universidad Nacional Autónoma de México y otros, 2010.

DE FERRARI, Francisco. *Los principios de la seguridad social*. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1972.

DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. t. I. 19ª ed. México: Porrúa, 2005.

DEVEALI, Mario L. *El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias*. t. I. Buenos Aires: Astrea, 1983.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar, 1966.

----- . *Tratado de derecho procesal civil*. t. I-VI. Bogotá: Temis, 1961-1969.

DURKHEIM, Émile. *La división del trabajo social*. Introducción y notas de Luis Benítez. Buenos Aires: Lea, 2013.

GAETE BERRÍOS, Alfredo y PEREIRA ANABALÓN, Hugo. *Derecho procesal del trabajo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1950.

GAUTHIER, Gustavo. “Los principios del proceso laboral y los principios que rigen los nuevos procesos laborales en Uruguay”. En: *Meritum*, Belo Horizonte, vol. 8, núm. 1, jan./jun. 2013. [citado en 2017-01-15], pp. 143-177. Disponible en: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1783/1154> ISSN: 2238-6939.

GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo. *Derecho laboral colombiano*. vol. 1. Relaciones individuales. 9ª ed. Bogotá: Doctrina y Ley, 1998.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1984.

HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Nuevo proceso laboral venezolano*. 3ª ed. Caracas: Cejuz, 2006.

HERRERA GAVIRIA, Juan Guillermo. “La aproximación nomoárquica del Código General del Proceso al proceso social”. En: *XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2014, pp. 617-626.

----- . “Unidad o dispersión de la competencia judicial en el conocimiento de los conflictos en derecho del trabajo y de la seguridad social”. En: *XXXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2011, pp. 585-604.

HUECK, Alfred y NIPPERDEY, HC. *Compendio de derecho del trabajo*. Traducción, presentación y notas de Derecho español por Miguel Rodríguez Piñero y Luis Enrique de la Villa. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica de 1988.

KROTOSCHIN, Ernesto. *Tendencias actuales en el derecho del trabajo*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1959.

----- . *Tratado práctico de derecho del trabajo*. vol. I. Buenos Aires: Depalma, 1955.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. t. I. Parte general. 11ª ed. Bogotá: Dupré, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra, 2007.

MELUK, Alfonso. *Procedimiento del trabajo*. Bogotá: Temis, 1965.

MENÉNDEZ-PIDAL, Juan. *Derecho procesal social*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1947.

MONROY GÁLVEZ, Juan. “Comentarios a la Ley Procesal de Trabajo”. En: *Themis. Revista de Derecho*, núm. 58, 2010 [citado en 2017-01-15], pp.

165-184. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9126> ISSN: 2410-9592.

MONTERO AROCA, Juan y LLUCH CORELL, Francisco Javier. *Ley reguladora de la jurisdicción social*. 7ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

MORA DÍAZ, Omar Alfredo. *Derecho procesal del trabajo*. Caracas. 2013.

MORALES MOLINA, Hernando. *Curso de derecho procesal civil*. Parte general. 11ª ed. Bogotá: ABC, 1991.

OBANDO GARRIDO, José María. *Derecho procesal laboral*. 5ª ed. Bogotá: Doctrina y Ley, y otra, 2010.

PARRA QUIJANO, Jairo. "Naturaleza del proceso regulado en el Código General del Proceso". En: *XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2016, pp. 261-268.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos de derecho procesal del trabajo*. 2ª ed. Lima: Aele, 1997.

PEGORARO, Lucio. *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*. Bogotá: Universidad Libre. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, 2011.

PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo. dres. *Derecho constitucional comparado. 1. La ciencia y el método*. Traducción de Sabrina Ragone. Buenos Aires: Astrea, 2016.

PEREIRA CAMPOS, Santiago. "Presente y futuro del proceso por audiencias en Iberoamérica". En: *XXIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Panamá: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2014, pp. 87-165.

PÉREZ BOTIJA, Eugenio. *Curso de derecho del trabajo*. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1957.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. 2ª ed., reimpresión. Buenos Aires: Depalma, 1990.

SALAZAR, Miguel Gerardo. *Curso de derecho procesal del trabajo*. Popayán: Universidad del Cauca, 1953.

SEN, Amartya. *La idea de la justicia*. 1ª ed., reimpresión. Bogotá: Taurus, 2016.

SILVA ROMERO, Marcel. "¿Unidad o dispersión de la competencia judicial en el conocimiento de los conflictos en derecho del trabajo y de la seguridad social?". En: *XXXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2011, pp. 605-629.

STAFFORINI, Eduardo R. *Derecho procesal del trabajo*. Buenos Aires: La Ley, 1946.

----- *Derecho procesal social*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1955.

TORREGROZA SÁNCHEZ, Augusto Enrique. *Curso de derecho procesal del trabajo y de la seguridad social*. 2ª ed. Bogotá: Doctrina y Ley, 2002.

UGARTE CATALDO, José Luis. “La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro”. En: *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XX, núm. 2, diciembre de 2007 [citado en 2017-01-15], pp. 49-67. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502007000200003&script=sci_arttext ISSN: 0718-0950.

VALLEJO CABRERA, Fabián. *La oralidad laboral. Derecho procesal del trabajo y de la seguridad social*. 8ª ed. Medellín: Jurídica Sánchez, 2014.

VÉSCOVI, Enrique. “El proyecto de Código Procesal Civil uniforme para América Latina”. En: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 4, 1986 [citado en 2017-01-15], pp. 9-36. Disponible en: <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/326/pdf> ISSN: 0123-2479.

Normativa y jurisprudencia:

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de 1991 (4, julio, 1991). Gaceta Constitucional. Bogotá DC, 1991. Núm. 116, 20 de julio.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 105 (17, octubre, 1931). Sobre organización judicial y procedimiento civil. Diario Oficial. Bogotá, 1931. Núm. 21.823, 24 de octubre.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 270 (7, marzo, 1996). Estatutaria de la administración de justicia. Diario Oficial. Bogotá DC., 1996. Núm. 42.745, 15 de marzo.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 712 (5, diciembre, 2001). Por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo. Diario Oficial. Bogotá DC, 2001. Núm. 44.640, 8 de diciembre.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1149 (13, julio, 2007). Por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social para hacer efectiva la oralidad en sus procesos. Diario Oficial. Bogotá DC, 2007. Núm. 46.688, 13 de julio.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 2012. Núm. 48.489, 12 de julio.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1781 (20, mayo, 2016). Por la cual se modifican los artículos 15 y 16 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial. Bogotá, 2016. Núm. 49.879, 20 de mayo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-177 del 1° de marzo de 2005, MP Manuel José Cepeda Espinosa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-16 del 22 de enero de 2007, MP Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-159 del 6 de abril de 2016, MP Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Legislativo 2158 (24, junio, 1948), adoptado como legislación permanente por el Decreto Legislativo 4133 (16, diciembre, 1948). Sobre los procedimientos en los juicios del trabajo. Diario Oficial. Bogotá, 1948. Núm. 26.754, 26, junio.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1400 (6, agosto, 1970). Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial. Bogotá, 1970. Núm. 33.150, 21 de septiembre.

CHILE. CONGRESO NACIONAL. Ley 20.087 del 15 de diciembre de 2005. Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo.

ECUADOR. ASAMBLEA CONSTITUYENTE. Constitución de la República del Ecuador del 25 de julio de 2008.

----- ASAMBLEA NACIONAL. Código Orgánico General de Procesos. Ley del 22 de mayo de 2015.

ESPAÑA. JEFATURA DEL ESTADO. Ley 36 del 10 de octubre de 2011. Reguladora de la jurisdicción social.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, aprobada por Colombia por la Ley 16 de 1972, que entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

PERÚ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley Procesal del Trabajo. Ley 29.497 del 13 de enero de 2010.

URUGUAY. SENADO Y CÁMARA DE REPRESENTANTES. Ley 15.982 del 6 de octubre de 1988. Se aprueba el Código General del Proceso.

URUGUAY. SENADO Y CÁMARA DE REPRESENTANTES. Ley 18.572 del 13 de septiembre de 2009. Abreviación de los procesos laborales, modificada por la Ley 18.847 del 25 de noviembre de 2011.

VENEZUELA. ASAMBLEA NACIONAL. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del 11 de mayo de 2010.

----- ASAMBLEA NACIONAL. Ley Orgánica Procesal del Trabajo del 13 de agosto de 2002.

----- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 20 de diciembre de 1999.

LA SITUACIÓN DE LA COSA JUZGADA
INTERNA FRENTE A LA EJECUCIÓN DE LOS
FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS*

The situation of res judicata internal against
enforcement of judgements of the inter-american
court of human rights

*Semillero de Derecho Procesal
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile***

*Álvaro Alonso Aguilar Santelices, Gabriela Jesús Ali Arriaza,
Nicolás Vicente Álvarez Letelier, Cristóbal Gonzalo Bastías Campos,
Vicente Ignacio Carrillo Venezian, Miguel Anibal Tor Chávez Gac,
Juan Enrique Magasich Capone, Carolina Nicole Romero Araya,
María Jesús Serey Sardá, Carla Ximena Torti Romero
Director: Prof. Dr. Jorge Larroucau Torres*

Recibido: 2 de septiembre de 2016 – Aprobado: 27 de marzo de 2017

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: AGUILAR, Álvaro; ALI ARRIAZA, Gabriela; ÁLVAREZ, Nicolás; et al. La situación de la cosa juzgada interna frente a la ejecución de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 45 Enero – Junio. 2017, pp. 43-76

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVII Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho – Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXVII Congreso Colombiano de Derecho procesal del 31 de agosto al 2 de septiembre de 2016, quedando en el cuadro de honor como mejor escrita.

** Los autores son estudiantes que hicieron parte del Grupo de Semilleros de Investigación de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Dirigido por el Prof. Dr. Jorge Larroucau Torres.

Resumen

El control de convencionalidad ha sido uno de los elementos esenciales que ha utilizado en el siglo XX la Corte Interamericana de Derechos Humanos para alcanzar el logro de sus objetivos, y particularmente, el de obtener un adecuado respeto a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos en el plano nacional e internacional. Sin embargo, la puesta en práctica de la misma, ha sido un tema que no tiene una solución uniforme. Bajo nuestro punto de vista, el establecimiento adecuado en los ordenamientos nacionales de un recurso que contemple de manera directa la posibilidad de modificar las sentencias firmes y ejecutoriadas como consecuencia de un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sumado a un procedimiento ejecutivo uniforme por parte de la Comunidad Internacional Latinoamericana, solucionaría este problema que a lo largo del tiempo se ha caracterizado por su casuismo y ambigüedad. Solo de este modo, el control de convencionalidad lograría su pleno objetivo y afianzaría la confianza en el pleno respeto y reconocimiento de los Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: Control de convencionalidad, derechos humanos, ejecución de sentencias, cosa juzgada, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Abstract

The conventionality control has been one of the essential elements which had been used during the 20th century by the Inter-American Court of Human Rights to achieve their objectives and particularly achieve the complete respect of the American Convention of Human Rights provisions nationally and internationally. Nevertheless, its implementation has been a topic without a unique solution. Under our point of view, the proper establishment in the domestic law of judicial proceedings, which provide a possibility to modify an executed judgement as a consequence of a pronouncement by the Inter-American Court of Human Rights, added by an equal executive procedure for the Latin American Community, would fix the problem that historically has been characterized by its ambiguity and casuistry. Only in this way, the conventionality control can achieve its objectives and secure confidence in the respect and recognition of the Human Rights.

KEYWORDS: Conventionality control, human rights, execution of judgments, res judicata effect, Inter-american Court of Human Rights.

Introducción

Ante los atroces crímenes ocurridos en el siglo XX, la regulación jurídica se alza como la herramienta más eficiente e igualitaria al momento de establecer un conjunto de obligaciones y deberes tanto para la relación Estado-Estado, como, sobre todo, en la relación del Estado con sus nacionales, reconociendo ante todo la dignidad humana y derechos inviolables, inalienables e imprescriptibles pertenecientes a todos los hombres y mujeres sin distinción alguna.

Esta intención se materializa finalmente en el año 1948 con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, “la Declaración” o “DUDH”) por la Asamblea General de las Naciones Unidas como un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción¹.

Veinte años después, el anhelo en Latinoamérica de lograr la consagración de dichos derechos fue logrado en el año 1969 por intermedio de dictación de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica² (en adelante, “la Convención” o “CADH”).

Con la aprobación y ratificación de la gran mayoría de países latinoamericanos a la CADH, se transformó un deber de la Comunidad Internacional Americana, el establecimiento de órganos que velaran y supervigilaran

¹ Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, adoptaba y proclama por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948. Disponible para su visualización online en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

² El documento es consagrado por la gran mayoría de Estados Latinoamericanos: Colombia (1973); Ecuador (1977); Perú (1978); Argentina (1984); Uruguay (1985); Chile (1990); Brasil (1992). Al igual que la Declaración Universal de Derecho Humanos, su fin queda claramente establecido en el artículo 1 de la misma, que dispone: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

el cumplimiento de sus disposiciones, la interpretación de sus normas, y articularan el desarrollo del que se ha denominado sistema normativo de protección de derechos humanos en América³. Dichos órganos son: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte).

Una de las funciones⁴ de esta última es la de resolver casos contenciosos sobre una presunta violación a las disposiciones de la Convención de un Estado parte, derivadas de acciones u omisiones en que este ha incurrido, y particularmente, las que provengan de la vulneración de garantías fundamentales en un proceso judicial.

A propósito de lo anterior, es que en la última década ha surgido a nivel jurisprudencial y doctrinal una preocupación por los parámetros de interacción y cooperatividad que ha de existir entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho interno de cada uno de los Estados. La principal manifestación de esto, es la noción de convencionalidad como paradigma de búsqueda de un estándar mínimo, objetivo y exigible al Poder Judicial de cada Estado en la aplicación al caso concreto de normas internas -procedimentales y de fondo- que no estén en contradicción con lo dispuesto en la Convención.

Sin embargo, la convencionalidad se enfrenta a un problema que ha sido pasado por alto y que no ha sido objeto de un análisis particular y comparado por los autores especializados: la cosa juzgada como institución procesal de la que gozan las sentencias firmes y ejecutoriadas de los tribunales internos.

³ Hoy no solo la Convención Americana de Derechos Humanos forma parte del conjunto de documentos internacionales que protegen los derechos humanos en Latinoamérica, sino que, debido a razones de profundización y especialidad, se han dictado, entre otros: la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988); el Protocolo a la Convención, relativo a la abolición de la pena de muerte (1990); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” (1994); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999); la declaración de principios sobre libertad de expresión (2000); Los principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas (2008); entre otros.

⁴ La otra gran función de la Corte es el otorgamiento de opiniones consultivas a solicitud de los Estados Miembros. Un análisis más detallado a nivel doctrinal de cada una de las funciones que desarrolla la Corte se encuentra en FAUNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004.

Cada decisión que toman los tribunales internos tiene la expectativa de ser definitiva, esto es, de agotar cada una de las instancias de discusión que los ordenamientos jurídicos prevén, a fin de obtener un grado de satisfacción y justicia tanto para los involucrados directos (partes en el proceso), como para la sociedad en su conjunto.

El principal problema, se materializa en aquellas legislaciones internas que no contemplan dentro del procedimiento de modificación de sentencias firmes y ejecutoriadas una referencia al eventual fallo emanado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de anular el procedimiento llevado a cabo ante el tribunal interno y de esta manera poder ejecutar la sentencia de la Corte. Por ende, surge la legítima pregunta: ¿Existe una especie de preeminencia de la legislación interna? O, por el contrario, ¿Cada Estado asume de plano la obligación para con la Comunidad Internacional de hacer efectiva la decisión de la CIDH? ¿Importa la naturaleza de la eventual sanción aplicable por la Corte? Estas preguntas, constituyen para nosotros el objetivo analítico que pretendemos analizar, y, por consiguiente, demuestran nuestra preocupación –y la de muchos otros, suponemos– ante la necesidad de unificar un procedimiento igualitario y común de ejecución de sentencias para todos los Estados que son parte de la CADH.

Para lograr nuestro objetivo, hemos estructurado este informe de la siguiente manera:

En el Punto 1, se formulará el planteamiento del problema a partir de una somera explicación de las nociones generales de las cuales trata nuestro trabajo, tales como la convencionalidad en su origen, la institución de la cosa juzgada, sus manifestaciones y el mecanismo existente en Chile para dejar sin efecto aquellas sentencias firmes y ejecutoriadas, esto es, el recurso de revisión cuya competencia recae en la CIDH.

En el Punto 2 se analizan tres sentencias pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la naturaleza de la condena impuesta en cada una de ellas y el procedimiento de ejecución llevado a cabo en cada organización interna que ordenan dejar sin efecto una sentencia dictada por el Poder Judicial por vulneración de Derechos Humanos reconocidos en la CADH.

Finalmente, en el Punto 3 concluiremos con una revisión general realizada a partir de lo analizado en el Punto 2 para finalizar, con lo que, a nuestro juicio, pueden ser propuestas de elaboración de un criterio unificador a nivel latinoamericano para la ejecución de las sentencias pronunciadas por la CIDH, a fin de demostrar que pese a las dificultades que podría conllevar el mismo, los beneficios de su consagración son superiores al actual sistema.

1. Planteamiento del Problema

1.1 El Control de Convencionalidad en su origen

En el desarrollo del objetivo que a la Corte le corresponde, esto es, velar por el cumplimiento de las disposiciones de la CADH, uno de los mecanismos que han tomado fuerza es la del control de convencionalidad.

Dicho control ha sido precisado en la jurisprudencia de la Corte desde su nacimiento expreso en el año 2006 en donde la Corte señaló que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. En otras palabras, el Poder judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete *última de la Convención Americana*⁵.

Es importante hacer notar dos cuestiones fundamentales del extracto del fallo que se analiza. Por un lado, es importante hacer hincapié en el reconocimiento que la Corte realiza a la independencia tanto interna como externa que tiene cada uno de los jueces al momento de aplicar la normativa de su país de origen. Pero, por otro lado, y mucho más relevante, es la obligación que se les impone de velar que la aplicación de dichas normas en el caso concreto este en concordancia con lo dispuesto en el Convención, teniendo en cuenta no solo las disposiciones de esta última sino también la interpretación que de las mismas ha hecho la Corte.

El desarrollo del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte será examen de análisis en los siguientes apartados. Bastará por el momento, señalar –en términos simples– qué a través de este mecanismo, la Corte procura elevar la posición de la CADH por sobre la normativa interna de cada país que

⁵ Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de Septiembre de 2006. Dicha doctrina fue ratificada dos meses después en el Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párrafo 173.

se opone a sus disposiciones. El objetivo es, por tanto, determinar si la norma nacional enjuiciada a través de la Convención Americana de Derechos Humanos es o no “convencional” a ella. Si lo es, el juez la aplica. En caso contrario, no, por resultar “inconvencional”⁶.

Pero, ¿qué sucede si el juez interno considera que la norma utilizada para poner término al proceso es conforme a su Constitución y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la Corte- analizando su decisión -llega a la conclusión de su inconvencionalidad? ¿Qué ocurre con dicha sentencia y los efectos que produjo en el tiempo intermedio? En dicho caso, inexorablemente debemos remitirnos a la institución de la cosa juzgada.

1.2 La Cosa Juzgada en el derecho interno

El reconocimiento de la certeza y seguridad jurídica como fines del Derecho tiene en la actualidad una aceptación indiscutible. Cada uno de nosotros, al momento de llevar un conflicto a sede jurisdiccional, tiene como meta el lograr una decisión de fondo que ponga término definitivo al mismo, es decir, lograr una sentencia –a nuestro favor, idealmente– con autoridad de cosa juzgada⁷.

Decimos que estamos ante una sentencia con autoridad de cosa juzgada cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla⁸, es decir, una decisión fortalecida por sus carácter coercible, inimpugnabile, inmutable e indiscutible. En otras palabras, la vinculatoriedad con que reviste este efecto a una decisión, puede ser analizada en dos funciones, una negativa, que implica la imposibilidad de volver a discutir aquello que ya fue decidido; y una positiva, o sea, la habilitación para que el fallo sea ejecutado forzosamente.

El efecto de cosa juzgada, en su variante negativa, se produce respecto de otros procesos iniciados con posterioridad a la adquisición del mismo, siendo requisito

⁶ SAGÜES, Nestor Pedro. Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. En: Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca. 2010, p. 127. El texto se encuentra disponible para su visualización en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>.

⁷ Así, SAINZ MORENO señalaba que la seguridad jurídica es la cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que previsiblemente lo será en el futuro. Es, pues, la cualidad del ordenamiento que permite a cada cual orientar su vida en el mundo jurídico en base al conocimiento de la calificación jurídica que cada supuesto de hecho, real o imaginado, va a recibir, previsiblemente, del mismo”

⁸ COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Cuarta Edición. Euros Editores. Buenos Aires, Argentina. 2010, p. 326.

indispensable, que entre ambas acciones exista una relación de identidad. Para que se configure esta relación de identidad, no existirán los mismos requisitos en todos los casos (en cuanto a la materia de los mismos). Así, a modo ejemplar, en materia civil esta relación se configura de conformidad al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, el que señala:

“La excepción de cosa juzgada puede alegarse por el litigante que haya obtenido en el juicio y por todos aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo, siempre que entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta haya:

1. Identidad legal de personas;
2. Identidad de cosa pedida; y
3. Identidad de causa de pedir.

Se entiende por causa de pedir el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio.”

Por su parte, en los juicios penales basta con la identidad del hecho punible e identidad de participación del imputado para que esta relación se configure. “Para la cosa juzgada, en el ámbito jurisdiccional penal, es irrelevante la identidad de las partes y de la *causa petendi*; y es que el imperativo “*non bis in idem*” debe ser siempre efectivo y real aunque cambie alguna de las partes, en especial, la parte acusadora (...). En este sentido, cuando el hecho punible es el mismo en el primer y en el segundo proceso, entonces hay cosa juzgada penal, en consecuencia, el segundo proceso debe excluirse o debe terminar con resolución absolutoria sobre el fondo.”⁹

Una importante distinción que debemos realizar sobre el particular, es la que distingue entre sentencias que causan ejecutoria (producen cosa juzgada formal), que son aquellas en que lo decidido es inimpugnabile en el mismo proceso en que se dictó, pero puede ser impugnado en un proceso diverso, y; por otro lado, las sentencias firmes o ejecutoriadas (aquellas que producen cosa juzgada material), que corresponden a aquellas que son inmutables tanto respecto al proceso en que fueron dictadas como a cualquier otro.

Respecto de las segundas, en lo relativo al derecho interno, existe una importante excepción: el recurso, o acción, de revisión.

El recurso de revisión. Único mecanismo en Chile para modificar la firmeza y ejecutoriedad de la sentencia pronunciada por un Tribunal chileno.

⁹ BARRIOS GONZÁLEZ, Boris. *La cosa juzgada nacional y el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en los Estados parte*. Ponencia presentada en el IV Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Santiago. Noviembre- 2006.

En Chile, el recurso¹⁰ de revisión se alza como una acción declarativa de nulidad, de competencia exclusiva y excluyente de una Sala de la Corte Suprema que se ejerce para invalidar sentencias firmes o ejecutoriadas que han sido obtenidas fraudulentamente o injustamente en los casos expresamente señalados por la ley¹¹. Su regulación, en materia civil, se encuentra desde el artículo 810 a 816 del Código de Procedimiento Civil, y en materia penal, desde artículo 473 al 480 del Código Procesal Penal.

Su finalidad es la invalidación de la cosa juzgada, y como resultado de ello, la posterior invalidación de la resolución impugnada. Su consagración, reafirma a su vez la importancia que tiene la cosa juzgada en el ámbito procesal: la irrevocabilidad e indiscutibilidad de lo resuelto por la sentencia firme; máxima expresión de la necesidad de certeza y seguridad de las relaciones jurídicas.

Lo anterior es reafirmado por el artículo 97 del Código Orgánico de Tribunales que establece: “Las sentencias que dicte la Corte Suprema al fallar los recursos de casación de fondo y forma, de nulidad en materia penal, de queja, de protección y de amparo, así como la revisión de sentencias firmes no son susceptibles de recurso alguno, salvo el de aclaración, rectificación y enmienda que establece el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil”.

Sin embargo, dentro de las causales establecidas, ya sea en el artículo 810¹² del Código de Procedimiento Civil, como en el 473¹³ del Código de Procesal Penal,

¹⁰ Por razones de respeto al espacio asignado, no tenemos la posibilidad de analizar a fondo la institución y la larga discusión doctrinal en cuanto a la naturaleza jurídica del mismo. Bastará por el momento señalar que son tres las principales corrientes que giran en torno a ella. Una de ellas, señala que se trata de un recurso extraordinario; otra lo considera un recurso excepcional, y finalmente una tercera posición -a lo cual adherimos -que lo considera una acción impugnativa autónoma. Una profundización de los argumentos a favor y en contra de cada una de las teorías se encuentra en PEREIRA ANABALÓN, Hugo, *La Cosa Juzgada en el Proceso Civil*. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Santiago. 1997.

¹¹ PÉREZ-RAGONE, Álvaro y NÚÑEZ OJEDA, Raúl. *Manual de Derecho Procesal Civil: Los Medios de Impugnación*, Editorial Thomson Reuters. Santiago, 2015.

¹² Art. 810 Código de Procedimiento Civil. (1981). La Corte Suprema de Justicia podrá rever una sentencia firme en los casos siguientes:

1°. Si se ha fundado en documentos declarados falsos por sentencia ejecutoria, dictada con posterioridad a la sentencia que se trata de rever;

2°. Si pronunciada en virtud de pruebas de testigos, han sido éstos condenados por falso testimonio dado especialmente en las declaraciones que sirvieron de único fundamento a la sentencia;

3°. Si la sentencia firme se ha ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia haya sido declarada por sentencia de término; y

no existe referencia a una eventual revisión de sentencia que vulneratoria de derechos humanos en un proceso judicial y que haya sido declarado de ese modo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ende, es menester examinar si a nivel internacional existe esta oportunidad.

1.3 La Corte Interamericana de Derechos Humanos como una segunda alternativa para levantar el velo de la cosa juzgada

Se señaló anteriormente que las sentencias firmes o ejecutoriadas, es decir, aquellas que producen efecto de cosa juzgada material son inmodificables respecto de cualquier proceso (salvo el recurso de revisión, como principal excepción). Sin embargo, en aquellos procesos en que exista vulneración de Derechos Humanos, específicamente aquellos protegidos por la CIDH, podemos observar que el efecto de cosa juzgada se desvirtúa, casi al punto de desaparecer, ya que este no solo no es impedimento para el conocimiento de la Corte, sino que curiosamente, es un requisito del mismo. Así puede desprenderse del artículo 46 numeral 1º letra a) de la CIDH:

“1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 o 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá que:

4º. Si se ha pronunciado contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada y que no se alegó en el juicio en que la sentencia firme recayó.

El recurso de revisión no procede respecto de las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema, conociendo en los recursos de casación o de revisión.

- ¹³ Artículo 473.- Procedencia de la revisión. La Corte Suprema podrá rever extraordinariamente las sentencias firmes en que se hubiere condenado a alguien por un crimen o simple delito, para anularlas, en los siguientes casos: a) Cuando, en virtud de sentencias contradictorias, estuvieren sufriendo condena dos o más personas por un mismo delito que no hubiere podido ser cometido más que por una sola; b) Cuando alguno estuviere sufriendo condena como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se comprobare después de la condena; c) Cuando alguno estuviere sufriendo condena en virtud de sentencia fundada en un documento o en el testimonio de una o más personas, siempre que dicho documento o dicho testimonio hubiere sido declarado falso por sentencia firme en causa criminal; d) Cuando, con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurriere o se descubriere algún hecho o apareciere algún documento desconocido durante el proceso, que fuere de tal naturaleza que bastare para establecer la inocencia del condenado, y e) Cuando la sentencia condenatoria hubiere sido pronunciada a consecuencia de prevaricación o cohecho del juez que la hubiere dictado o de uno o más de los jueces que hubieren concurrido a su dictación, cuya existencia hubiere sido declarada por sentencia judicial firme.

Se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos;”

La Corte ha justificado el carácter prejudicial de la cosa juzgada interna respecto de su propia jurisdicción de la siguiente forma: “la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido ocasión de remediarlos con sus propios medios.”¹⁴

Por su parte, la Comisión ha destacado que “la regla del agotamiento previo de las vías internas tiene como efecto que la competencia de la Comisión es esencialmente subsidiaria.”¹⁵

Habiendo dilucidado la posibilidad cierta de que la Corte levante el velo de la cosa juzgada interna en asuntos relativos a los Derechos Humanos reconocidos en la CIDH, surge la siguiente interrogante respecto al procedimiento que ha de llevarse a cabo para la obtención de este objetivo. La respuesta a dicha pregunta nos obliga, por un lado, a realizar un examen más completo y minucioso de la noción de convencionalidad que ha elaborado la jurisprudencia internacional desde el año 2006 y, por otro, a dilucidar la forma en que han sido ejecutadas dichas sentencias en la práctica. Por lo pronto, podemos adelantar que, como señala BARRIOS GONZÁLEZ: “de la convención se deduce un vacío en cuanto a facultades coercitivas para el cumplimiento y la ejecución de las sentencias.”¹⁶ Lo que ha significado problemas prácticos, algunos de los cuales se analizarán a continuación.

2. Análisis de jurisprudencia

2.1 Almonacid-Arellano vs. Chile

El presente caso se enmarca dentro de una situación de irregularidad constitucional e institucional que se presentó en el Estado Chileno. Dicho período se enmarcó entre el 11 de septiembre de 1973 hasta el 11 de marzo de 1990.

En dicho lapso de tiempo el Estado de Chile incurrió en una serie de infracciones a los Derechos Humanos consagrados por las normas del Derecho

¹⁴ Así se manifestó la Corte en el caso *Viviana Gallardo y otros vs. Costa Rica* (1981).

¹⁵ Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1988-1989, p. 122. Resolución 15/89, caso *Salvador Jorge Blanco vs. Rep. Dominicana* (1989).

¹⁶ BARRIOS GONZÁLEZ, Boris (cit.9).

Internacional. Tales infracciones consisten principalmente en detenciones, allanamientos masivos, torturas, asesinatos y desapariciones a las personas consideradas opositoras al gobierno militar.

El proceso comienza por sucesos acontecidos en el 16 de septiembre de 1973 en que fue detenido el señor Almonacid Arellano en su domicilio por la fuerza policial, quienes le dispararon en presencia de su familia, a la salida de su casa. Finalmente falleció en el hospital Regional de Rancagua el día 17 de septiembre de 1973¹⁷.

El 3 de octubre de 1973 el Primer Juzgado del Crimen de Rancagua inició un procedimiento penal bajo la causa No. 40.184 por el crimen hacia el señor Arellano, la que fue sobreseída por el mismo Juzgado el 7 de noviembre de 1973. Posteriormente la Corte de Apelaciones de Rancagua revocó tal sobreseimiento el 7 de diciembre de 1973. La causa se vio sobreseída temporalmente por el Juzgado del Crimen y confirmada por la Corte de Apelaciones de Rancagua el 4 de septiembre de 1974¹⁸.

Se solicitó al Primer Juzgado del Crimen de Rancagua que se inhibiera de seguir la causa por la jurisdicción militar el 27 de septiembre de 1996, fundamentándose que las personas procesadas estaban sujetas al fuero militar y que por lo tanto no es competencia de la jurisdicción ordinaria conocer de dicha causa. Ante los conflictos de competencia entre el Juzgado del Crimen y el Segundo Juzgado militar la Corte Suprema resolvió a favor de la competencia

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Punto 82.8 y 82.9

¹⁸ Providencia del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 3 de octubre de 1973, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1628).
40. Resolución del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 7 de noviembre de 1973, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1631).
41. Resolución de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 7 de diciembre de 1973, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1634).
42. Resoluciones del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 8 de abril (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1631), 17 de mayo (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1658), y de 7 de agosto de 1974 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1666).
43. Resoluciones de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 30 de abril y 18 de junio de 1974 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folios 1655 y 1661).
44. Resolución de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 4 de septiembre de 1974 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1669).

del Juzgado Militar, a lo cual falló la conclusión del proceso aplicando el Decreto Ley de amnistía¹⁹.

La introducción de la causa a la Corte Interamericana fue realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 11 de julio del 2005, que presentó la demanda en contra del Estado chileno.

La demanda tiene como fundamento solicitar a la Corte que se pronuncie si el Estado Chileno infringe los artículos 1.1 (deber de respetar los derechos); 2 (deber de adoptar las disposiciones del derecho interno a la Convención); 8 (garantías judiciales) y; 25 (deber de protección judicial) de la Convención.

Además, los hechos presentados en la demanda se refieren a la presunta falta de investigación y de sanción a los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid, como también la imposición de adecuadas reparaciones a favor de sus familiares.

La decisión de la Corte al presente caso resuelve que el Estado Chileno ha infringido los artículos de la convención antes mencionados, en este sentido se ha indicado un principio fundamental del Derecho Internacional contenido en el artículo 63.1 consistente en que la lesión de una obligación del orden internacional genera la responsabilidad de resarcir los daños²⁰.

Por lo tanto, ante la responsabilidad internacional en que recae un Estado este deberá reparar y además hacer cesar las consecuencias de la violación. La reparación del Estado deberá ser, según los criterios de la Corte, la plena restitución, es decir, lograr el estado anterior a la perpetración de los ilícitos. Cuando lo anterior no es posible, la Corte manifiesta que deberán presentarse una serie de medidas, para así acercarse a la *restitutio in integrum*, tales como garantizar el respeto por los derechos de la Convención, la reparación de las consecuencias de las infracciones, además del pago de las indemnizaciones como compensación de los daños producidos.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Punto 132.

²⁰ En propias palabras de la convención: *“cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”*.

2.1.1 Medidas adoptadas por la CIDH

i. La obligación de adecuar el derecho interno a la Convención Americana:

El fundamento de este imperativo expresado por la Corte Interamericana consiste en que se ha comprobado que el Decreto Ley No. 2.191 es incompatible con la Convención y que por lo tanto, a partir de lo anterior se desprende que: a) la Ley de amnistía no sea un impedimento para la prosecución del juicio del señor Almonacid y también para identificar a los posibles responsables; b) que la misma ley no sea óbice para el desarrollo de las demás causas similares, como asimismo la sanción de los responsables de los hechos ilícitos cometidos en Chile.

ii. La obligación de seguir la causa en competencia de la justicia ordinaria:

Los derechos contenidos en la Convención, en particular, los artículos 8 y 25 en relación con el artículo 1.1 han sido infringidos por el Estado Chileno en momento de otorgar competencia a la jurisdicción militar para conocer la causa y también al aplicar la ley de amnistía para cerrar el proceso.

Debido a lo anterior, la Corte estima que la sanción a este respecto es dejar sin efecto la sentencia, junto con remitir la causa a la justicia ordinaria, para que en sede penal se investigue y se sancione a los responsables del ilícito penal.

Además del deber de reabrir el expediente antes señalado, la Corte obliga a Chile a garantizar que todas las instituciones públicas obren para facilitar el proceso ante la justicia ordinaria. Y como tal deberá enviar los documentos e información que el tribunal estime necesarios, como también llevar a las personas requeridas y realizar las diligencias demandadas. Asimismo, deberá el Estado asegurar que la señora Elvira del Rosario Gómez Olivares y los señores Alfredo, Alexis y José Luis Almonacid *Gómez* tengan acceso completo de la causa y otorgarle capacidad para que estos actúen en el proceso.

iii. Obligación de compensar las costas y gastos

La obligación de resarcir las costas y gastos sucede cuando ha habido un desembolso pecuniario de las víctimas con el fin de obtener justicia por parte de los tribunales competentes. Por lo que el Estado, siendo condenado, debe subsanar las pérdidas dinerarias que han sido soportadas por las víctimas.

El proceso de determinación del reembolso debe estimarse prudencialmente y se tendrán en cuenta la equidad y los gastos generados por las partes. Según

lo anterior, la Corte estimó que la reparación consiste en una suma de diez mil dólares de los Estados Unidos de América o en equivalente en moneda chilena, que deberán ser entregadas a la señora Elvira del Rosario Gómez Olivares dentro de un plazo de un año.

iv. La publicación en el diario oficial de Chile de la sentencia condenatoria:

La Corte estima que la publicación de la sentencia condenatoria opera como medida de satisfacción para las víctimas, que deberán ser incluidas en la publicación el capítulo de los hechos probados y la parte resolutive de la misma.

2.1.2 Conflicto con la cosa juzgada nacional

Para entender de mejor forma este problema mencionado hay que exponer de manera más detallada la relación entre la sentencia condenatoria de la Corte y la cosa juzgada que opera en la causa del señor Almonacid.

Con respecto a la sentencia de la Corte Interamericana, ésta establece un imperativo de reabrir el caso Almonacid, que ya se encontraba firme o ejecutoriada. De esta manera, la sentencia internacional se encuentra en tensión con la cosa juzgada nacional.

Ahora cabe decir cuáles son las garantías que se afectan en este caso en particular y que motivaron la resolución de la Corte. Se sostiene que el presente conflicto atenta contra las garantías judiciales, especialmente con el derecho a un juez natural y el conocimiento de un tribunal independiente e imparcial²¹.

La primera garantía judicial es el derecho a un juez natural, que es aquel derecho a ser oído por un tribunal competente. En el caso Almonacid, se afecta este principio debido a que se sustrae de la jurisdicción ordinaria por la jurisdicción militar la causa Rol N° 40.184, y como tal la justicia militar no es competente para conocer de dichas causas²².

²¹ IVANSHITZ, Bárbara, *Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile*, Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 11, N° 1, 2013, pp. 9-10

²² Según las palabras de la Corte: *“En un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”*, agregando que: *“cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto*

La Corte indica, además, que el Estado de Chile no se corresponde a las exigencias internacionales con respecto a la jurisdicción militar, ya que goza de amplia competencia. Lo anterior por dos razones: a) la definición de los delitos militares es igualmente amplia; y b) por la calificación del sujeto activo respecto de tales delitos y que civiles sean juzgados en sede castrense.

La segunda garantía que se afecta es el derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial. Se estima que la justicia militar contiene *per se* una serie de elementos que abogan por la dependencia y la parcialidad. En general, los integrantes del Tribunal militar son militares en servicio activo, *están subordinados jerárquicamente* a los superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuentan con garantías suficientes de inamovilidad y no poseen una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales²³.

2.1.3 El procedimiento de ejecución

El procedimiento de ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana en Chile depende de cada condena que la Corte pronuncie. Así, en el caso de investigar y sancionar a los responsables por la ejecución extrajudicial del señor Almonacid el Estado Chileno ha dejado sin efecto las sentencias y resoluciones que se hayan sobreesido por la aplicación del Decreto Ley N° 2.191, ha remitido la causa a la justicia ordinaria para la reapertura del proceso ante la Corte de Apelaciones de Rancagua quien designó a un Ministro en Visita Extraordinaria.

Luego, se realizó un juicio de conflicto de competencias ante la Corte Suprema entre el Ministro en Visita Extraordinaria y la jurisdicción militar, a lo cual la Corte Suprema falló a favor del Ministro en Visita Extraordinaria y consecuentemente por la justicia ordinaria, obedeciendo a lo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el 24 de diciembre de 2008 el Ministro ordenó desarchivar y dejar sin efecto las resoluciones que sobreesían la causa del señor Almonacid, tanto la sentencia del Segundo Juzgado Militar como la resolución que confirma tal sobreesimiento. Asimismo ordenó reponer el Auto de procesamiento de uno de los presuntos autores del delito de homicidio.

que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia" CIDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, de 22 de noviembre de 2005 (par. 143); CIDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, de 26 de septiembre de 2006 (par. 131).

²³ IVANSHITZ, Bárbara, (cit. 21), p. 10.

El 18 de agosto de 2011 se dictó sentencia definitiva de primera instancia en la que se condenó a Raúl Neveu Cortesi como autor del delito de homicidio simple, a la pena de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales, concediéndosele el beneficio de libertad vigilada previsto en la Ley N° 18.216.

A pesar de la sentencia condenatoria, una de las defensas que empleó el querrellado fue la de excepción de cosa juzgada, ante la cual tribunal estableció que: *“En especial las obligaciones que impone la Convención Interamericana de los Derechos Humanos a los Estados contratantes. Como es el caso de nuestro país. Así los estados partes del tratado tienen la obligación de hacer efectiva la protección de los derechos humanos, pero esa protección no termina con la culminación de un proceso judicial interno, ni se extingue con la cosa juzgada nacional –como lo fue la dictación del sobreseimiento definitivo de autos– sino que permite la revisión de dicho proceso por la jurisdicción interamericana, aún más la cosa juzgada nacional es un requisito de procesabilidad de la jurisdicción de la Corte Interamericana. En efecto en materia de derechos humanos, los Estados partes han excepcionado su soberanía nacional para permitir, en base al derecho internacional, que el Tribunal internacional, revise las actuaciones de los poderes públicos nacionales en la tutela de los derechos humanos”*²⁴.

El 14 de enero de 2013 la Corte de Apelaciones de Rancagua resolvió la apelación deducida confirmando la sentencia de primera instancia, haciendo especialmente presente la no procedencia de las excepciones de prescripción, amnistía y cosa juzgada.

La Corte de Apelaciones establece que la aplicación de las excepciones de prescripción, amnistía y de cosa juzgada son imposibles junto con la aplicación del fallo de la Corte Interamericana y que, como tal debe preferirse el cumplimiento del fallo de la Corte.

Por otro lado, asegurar que el Decreto Ley N° 2.191 no siga representando un obstáculo para investigar, identificar y, en su caso, sancionar a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos es otra de las condenas impuestas por la Corte al Estado Chileno y las medidas empleadas por este son de dos índoles. El primero consiste en la tentativa que ha tenido Chile en aras de remodelar la situación normativa respecto de la ley de amnistía a través de proyectos de ley. La segunda radica en el avance que han tenido los tribunales de justicia en la jurisprudencia en orden a aplicar e interpretar el Decreto Ley 2.191.

El primer proyecto de ley que interpreta la Ley de amnistía fue iniciado en 1987 y tenía por objeto la dictación de una ley interpretativa del Decreto Ley N°

²⁴ IVANSHITZ, Bárbara, (cit. 21), p. 31.

2.191 que anulara los efectos de la amnistía en delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos, en el sentido de aclarar que los delitos constitutivos de crímenes lesa humanidad son inamnistiables e imprescriptibles, de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos, en especial con los Convenios de Ginebra del año 1949.

El segundo proyecto de ley que interpreta el Decreto Ley de amnistía e introduce otras normas sobre la materia, a lo cual proponía interpretar la ley en el sentido de establecer que respecto de las conductas señaladas en su artículo 1º, y con expresa excepción de las que aparecen en sus artículos 3º y 4º, se ha producido la extinción de la acción penal y no sólo de la pena, lo que impide iniciar nuevas investigaciones a su respecto y obliga a sobreseer definitivamente y sin más trámite a las que se hallaren pendientes sobre tales hechos. Sin embargo, se faculta al juez para continuar con las investigaciones con el objeto de determinar el paradero de estas personas o de sus cuerpos en caso de haber fallecido, y poder decretar la muerte presunta de ellas e incluso conceder la posesión definitiva de sus bienes en condiciones especiales.

El tercer proyecto de ley consiste en la dictación de normas que establecen la procedencia de la amnistía, restringe la aplicación del sobreseimiento temporal y regula un procedimiento judicial para determinar el paradero físico de las personas detenidas desaparecidas o de sus restos. Su fin es restringir la utilización del sobreseimiento temporal por falta de antecedentes para continuar la investigación a aquellas situaciones en que exista la expectativa razonable de que ello aparezca en el futuro, fijándose además un plazo de un año al cabo del cual el sobreseimiento temporal se transforma en definitivo si los antecedentes esperados no se presentan. Consideraba también establecer un procedimiento para que los jueces, no obstante haberse decretado el sobreseimiento, pudieran continuar con la investigación exclusivamente para determinar el paradero de las víctimas.

El cuarto proyecto radica en la interpretación del Decreto Ley respecto de lo que el sistema internacional califica como delitos de lesa humanidad. Este proyecto obligaba la reapertura de los casos cerrados por sobreseimiento y que por el sólo ministerio de la ley quedarán estos en estado de sumario para proseguir la investigación de los cuerpos desaparecidos.

El quinto proyecto consiste en declarar la nulidad de derecho público del Decreto Ley N° 2.191, señalando todos sus efectos posteriores a tal declaración. Este proyecto de ley buscaba que se declarare la nulidad de la ley de amnistía por carecer de los presupuestos materiales y formales necesarios para su legitimidad debiendo, en consecuencia, ser anulado y privado de efectos jurídicos, en conformidad a lo establecido por la CIDH.

Finalmente, el sexto proyecto desarrollado por el Congreso Nacional estriba en interpretar el art. 93 del *Código Penal*, excluyendo de la extinción de la responsabilidad penal, por amnistía, indulto o prescripción, a los crímenes y de simples delitos que constituyen genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra, contemplados en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

2.2 Caso Loayza Tamayo vs. Perú²⁵

El presente caso llevado ante la Corte por parte de la víctima María Elena Loayza Tamayo en contra del Estado de Perú, para hacer cumplir la responsabilidad internacional de este Estado por tratos crueles, inhumanos y degradantes en perjuicio de la víctima, así como por falta de garantías y protección judicial en la detención y en el proceso jurisdiccional; constituye un antecedente histórico en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, debido a que es el primer antecedente en el que la Corte decretó la libertad de una víctima, ordenando por un lado anular el proceso llevado por los tribunales nacionales, y, por otro lado, una restitución plena de los derechos violados por el Estado.

El caso en comento se basa en los siguientes hechos: el 6 de febrero de 1993 María Elena Loayza Tamayo, profesora universitaria, fue detenida por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE) en base a su presunta colaboración con el grupo armado Sendero Luminoso. La víctima fue llevada al centro de la DINCOTE donde estuvo incomunicada e imposibilitada de presentar un recurso judicial para cuestionar su detención. Posteriormente fue exhibida como terrorista a través de medios de comunicación.

Luego de ello fue procesada y posteriormente absuelta por el delito de traición a la patria mediante el procedimiento de jurisdicción militar, para posteriormente ser procesada en la jurisdicción ordinaria, en base a los mismos hechos, por el delito de terrorismo y condenada a 20 años de pena privativa de la libertad.

El caso llegó hasta la Corte en enero de 1995, la cual dictó sentencia el 27 de noviembre de 1998, decretando la responsabilidad internacional del Estado peruano por la vulneración a la víctima de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular, derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 7, derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5 y violación a las garantías judiciales establecidas en artículo 8.1, 8.2 y 8.4.

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997.

2.2.1 Resolución de la CIDH

En la sentencia la Corte ordena que la víctima sea puesta en libertad dentro de un plazo razonable y condena al Estado de Perú a diversas reparaciones a favor de la víctima:

1. Tomar todas las medidas necesarias para reincorporar a la víctima al servicio docente en instituciones públicas, en el entendimiento de que el monto de sus salarios y otras prestaciones deberá ser equivalente a la suma de sus remuneraciones por esas actividades en los sectores público y privado al momento de su detención, con valor actualizado a la fecha de esta sentencia.
2. Asegurar a la señora María Elena Loayza Tamayo el pleno goce de su derecho a la jubilación, incluyendo para ello el tiempo transcurrido desde el momento de su detención.
3. Que el Estado del Perú debe adoptar todas las medidas de derecho interno para asegurar que ninguna resolución adversa que hubiere sido emitida en el proceso a que fue sometida ante el fuero civil la señora María Elena Loayza Tamayo produzca efecto legal alguno.
4. Que el Estado del Perú debe pagar una suma global de US\$ 167.190,30 (ciento sesenta y siete mil ciento noventa dólares de los Estados Unidos de América con treinta centavos), o su equivalente en moneda peruana.
5. Que el Estado del Perú debe tomar las medidas de derecho interno necesarias para que los Decretos-Leyes 25.475 (Delito de Terrorismo) y 25.659 (Delito de Traición a la Patria) se conformen con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
6. Que el Estado del Perú debe investigar los hechos del presente caso, identificar y sancionar a sus responsables y adoptar las disposiciones necesarias de derecho interno para asegurar el cumplimiento de esta obligación.
7. Que el Estado del Perú debe pagar, por concepto de honorarios y gastos, la suma de US\$ 20.000,00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda peruana, a la señora Carolina Maida Loayza Tamayo.

2.2.2 Ejecución

Para poder ejecutar la sentencia se aplicó el artículo 151 Ley Orgánica del Poder Judicial, el que contaba con un procedimiento para el cumplimiento de las resoluciones de los órganos internacionales, el cual recaía en el Poder Judicial. El procedimiento consistía, en términos simples, en que la Corte Suprema ordenase el cumplimiento del fallo de la Corte al juez que conoció del proceso a través del cual se agotaron los recursos internos, que, en este caso, correspondía, a la

Sala Penal de la Corte Suprema. Mediante este procedimiento fue que un mes después del fallo de la Corte se decretó la libertad de la víctima, comenzando exitosamente con el cumplimiento de la Sentencia.

En cuanto al procedimiento para el cumplimiento de la sentencia de reparación dictada por la Corte, en la cual condena al Estado de Perú a las indemnizaciones compensatorias antes mencionadas, y que según el artículo 68.2 de la Convención “ *La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado*”, ésta no se pudo llevar a cabo ni por el procedimiento correspondiente ni dentro de un plazo razonable debido a la particular y sin precedente resolución del 14 de junio de 1999 dictada por la Segunda Sala de la Corte Suprema que declara como “inejecutable” la sentencia de reparaciones dictada por la Corte, con el argumento de no haberse agotado los recursos de la jurisdicción interna respecto a este caso, pese a ya haber sido resuelto y desechado el punto en la sentencia sobre excepciones preliminares de 31 de Enero de 1996, mandando a devolver por medios diplomáticos la sentencia a la misma Corte.

Lo anterior es una clara y abierta desobediencia por parte del Estado peruano de sus obligaciones internacionales, violando tanto los derechos consagrados en esta Convención como los principios generales del Derecho Público Internacional consagrados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, particularmente los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*, al infringir los artículos 67 y 68 de la Convención la cual declara que Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes y que el fallo de la corte será definitivo e inapelable.

En 2001, luego de la insistencia de la Corte para el cumplimiento de la sentencia por medio de la resolución de supervisión cumplimiento del 17 de noviembre de 1999 y de diversos informes tanto por parte de la víctima como de la Comisión donde reprochan duramente el actuar de las autoridades peruanas, es que el Ministro de Justicia peruano insta a las jurisdicciones competentes para que comience verdaderamente el procedimiento para la ejecución de la sentencia de reparación.

No obstante el tardío comienzo de ejecución de la sentencia, se puede observar en diversas Resoluciones de Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia de reparaciones y costas, dictadas por el Tribunal, del 27 de noviembre de 2002, 27 de noviembre de 2003, 3 de marzo de 2005, 22 de septiembre de 2006, 13 de diciembre de 2007, 6 de febrero de 2008 y la última de 1 de julio de 2011, que aún no se ha dado cumplimiento cabal a la resolución de la Corte,

por lo que la víctima aún no ha sido restituida en sus derechos violados por el Estado de Perú, en puntos de fundamental relevancia.

En la última resolución de cumplimiento de 2011²⁶ se deja constancia de los puntos sobre los cuales aún queda abierto el procedimiento de cumplimiento, debido se falta de cumplimiento del Estado peruano durante los trece años que transcurrieron desde la sentencia de reparaciones del 27 de noviembre de 1998. Los principales puntos pendientes donde ha existido un incumplimiento total son, en primer lugar sobre la obligación de reincorporar a la víctima al servicio docente en instituciones públicas, el cumplimiento solo ha sido parcial, ya que, se ha reincorporado a dos de las tres instituciones educativas en las que laboraba al momento de su detención y falta el pago total de los honorarios y beneficios dejados de percibir por aquella en las tres instituciones educativas en las que trabajaba y, en segundo lugar, sobre la obligación de asegurar el pleno goce del derecho a la jubilación de la víctima no se ha llevado a cabo su cumplimiento.

2.3 El caso Kimel vs. Argentina²⁷

El presente caso consideramos que representa un ejemplo claro del tratamiento que una jurisdicción puede realizar en el cumplimiento de las resoluciones emanadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero, antes de entrar a analizar la decisión de la Corte y la adecuación del derecho argentino de ésta, es preciso analizar los hechos del caso.

Eduardo Kimel realizó una investigación periodística publicada en el libro “La masacre de San Patricio” en 1989, el cual trataba acerca del asesinato de cinco religiosos pertenecientes a la Orden Palotina ocurrido en Argentina, el día cuatro de julio de 1976 durante el último gobierno de facto de ese país. En un párrafo del libro, Kimel deslizó una crítica hacia el funcionamiento del Poder Judicial y en particular de la actuación de un Juez en particular, el juez Rivarola, que investigó el asesinato de los curas. A raíz de esta crítica, el juez Rivarola se querelló en 1991 por calumnias e injurias de acuerdo a la tipicidad de los artículos 109 y 110 del Código Penal Argentino.

Dicha querrela pasó por todas las instancias, hasta llegar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación que condenó en 1999 al periodista, por ser autor de dichos delitos y además a indemnizar al Juez con la suma equivalente en la

²⁶ Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 1 de julio de 2011 Caso Loayza Tamayo vs. Perú

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Kimel vs. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008 (fondo, reparaciones y costas)

época a \$20.000 dólares. Kimel acudió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que dictó sentencia en mayo de 2008 (18 años después de iniciada la querrela), ordenando al Estado Argentino a que modifique la tipicidad de los artículos 109 y 110 del Código Penal, por ser vaga la redacción, atentando contra el principio de legalidad que la misma Constitución de Argentina reconoce en su artículo 19. Junto a esto, la Corte ordenó dejar sin efecto la condena a Kimel, entrando en pugna entonces la cosa juzgada nacional contra la ejecución de un fallo de dicha Corte, lo que da origen a la presente discusión.

Fue así, entonces, que el día 10 de Noviembre del año 2011 la Cámara de Casación Penal, a raíz de un recurso interpuesto por Gabriela Kimel, hija del fallecido periodista patrocinada por letrados del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), dicta sentencia dejando sin efecto la condena aplicada en 1999 contra su padre, aunque no estrictamente por la orden de la Corte Interamericana, sino que en razón de la modificación a la tipicidad de los artículos del Código Penal mencionados anteriormente, que impide relevo de pena a las expresiones vinculadas con hechos de interés público, así como también dejó sin efecto la pena de prisión supliéndola por multa.

2.3.1 Resolución CIDH: El Control de Convencionalidad realizado por la Corte

Es preciso de esta manera analizar el caso desde el punto de vista del Control de Convencionalidad que realizó la Corte en este caso. En efecto, los derechos demandados de la Convención Americana de Derechos Humanos fueron, a saber: El artículo 8, acerca de las garantías judiciales; el artículo 13 acerca de la libertad de pensamiento y expresión; el artículo 9 que consagra el principio de legalidad; 1.1. de obligación de respetar los derechos y; artículo 2 sobre el deber de adoptar disposiciones de derecho interno de la Convención Americana.

En cuanto a las garantías judiciales, la Corte estimó que la duración de este proceso penal en contra del señor Kimel excedió límites de lo razonable, además de considerar, conforme a su propia jurisprudencia, que el Estado tampoco justificó tal duración prolongada.

En relación a la libertad de pensamiento y expresión, el principio de legalidad, la obligación de respetar derechos y adoptar disposiciones de derecho interno, la Corte consideró que la crítica del señor Kimel estaba relacionada con temas de notorio interés público, se refería a un juez en relación al desempeño de su cargo y se concretó en opiniones que no entrañaban la imputación de los delitos que le fueron invocados. De hecho, la misma Corte estimó, lo cual compartimos, que el señor Kimel se limitó a reconstruir una investigación judicial de una masacre y, a partir de ello, emitió un juicio de valor sobre el desempeño del Poder Judicial

de su país durante una dictadura militar, sin utilizar en ningún momento un lenguaje desmedido y su opinión se construyó sobre hechos verificados por la misma persona del periodista, por lo que la Corte no pudo vislumbrar cómo esto podía configurar un delito, en el sentido que las opiniones del señor Kimel no son ni verdaderas ni falsas, sino que son, como se dice, opiniones, que bajo ningún respecto deberían ser objeto de sanción, más aún cuando, a juicio de la Corte, se trata de un juicio de valor sobre un funcionario público.

De esta manera, la Corte concluyó en su análisis de fondo que la afectación de la libertad de expresión del señor Kimel fue desproporcionada, por excesiva en relación a la alegada afectación del derecho a la honra, violándose el derecho a la libertad de expresión que consagra la Convención Americana.

Finalmente, la Corte resuelve aceptando el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, y manifiesta que existió violación a la libertad de expresión consagrada en la Convención Americana sobre Derechos humanos, en relación, además, a las obligaciones generadas por los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado. Así mismo, la Corte resuelve que, como se mencionó antes, se violó el derecho a ser oído en un plazo razonable, derecho consagrado también en la Convención, así como el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención.

En cuanto a las reparaciones, la Corte concluye que la sentencia *per se* es una forma de reparar, pero, sin perjuicio de ello, ordenó a que el Estado Argentino debía realizar pagos de indemnizaciones por concepto de daño material, inmaterial, reintegro de costas y gastos. Además, ordenó que el Estado debe realizar publicaciones referentes a la sentencia, un acto público de reconocimiento de su responsabilidad y, sobre todo, adecuar su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos humanos, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado se corrigieran para satisfacer requerimientos de seguridad jurídica y que no afecten de esta manera el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Pero dentro de las reparaciones a las que ordenó la Corte, cobra especial relevancia para el presente trabajo, la obligación del Estado de *dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Kimel y todas las consecuencias que de ella se deriven*, además de eliminar el nombre del señor Kimel de los registros públicos en los que aparezca con antecedentes penales relacionados al caso. Esto resulta particularmente interesante en atención al tema central del presente trabajo, puesto que viene a ser un verdadero desafío para el Estado condenado de no sólo adecuar – como una de las medidas de reparación – su derecho interno a la Convención, sino que se debe dejar sin efecto una sentencia condenatoria firme que, dentro de su jurisdicción interna, constituye cosa juzgada y, por lo tanto, por los efectos propios de esta institución procesal, el asunto ya no es debatible en

cuanto exista correlación de los sujetos, el objeto del proceso y el fundamento o causa de pedir. En otras palabras, la Corte impone la obligación de alterar la cosa juzgada interna para hacer valer responsabilidades internacionales derivadas del Control de Convencionalidad realizada por ésta.

2.3.2 La implantación de las reparaciones: La anulación de la condena en contra de Kimel

Para el análisis de este tópico ha sido necesario remitirse a la Causa n° 13.272 de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, que resuelve precisamente un recurso de revisión presentado por la hija del condenado, Eduardo Kimel, como mecanismo para hacer valer la anteriormente explicada sentencia de la Corte Interamericana.

La sentencia indicó que existieron dos razones para revisar la sentencia dictada en contra de Eduardo Kimel. En primer lugar, *la obligación internacional del Estado argentino de cumplir lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Kimel vs. Argentina”*. El razonamiento es que, aun cuando la sentencia de dicha Corte no sea una sentencia penal, resulta evidente que es una sentencia dictada en un caso internacional en que se revisa lo actuado por el Estado argentino en una causa penal. Es este el momento preciso en que la Cámara Nacional de Casación Penal reconoce que la Corte dispuso que se debe dejar sin efecto la condena penal, invocando para ello el artículo 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que impone una obligación de cumplir el deber impuesto por esta decisión de la Corte.

La segunda razón que se dio para revisar la condena penal radica en que la modificación legal de la ley 26.551 de los tipos penales en los que se basó la sentencia condenatoria referida, tiene como consecuencia habilitar la revisión de dicha condena, en virtud de la regulación del sistema recursivo argentino. En otras palabras, encontramos aquí una referencia a un efectivo método de poder cumplir con las sentencias de la Corte Interamericana, el cual es el recurso de revisión, que no todos los países regulan de la misma manera. El derecho argentino pareciera entonces tener una vía para el efectivo cumplimiento de deberes internacionales emanados del Control de Convencionalidad.

En efecto, una de las obligaciones del Estado argentino era modificar su legislación, lo cual efectivamente se hizo, regulando que las expresiones referidas al interés público no pueden “en ningún caso”²⁸ configurar delito, configurando una ley penal más benigna.

²⁸ Sin querer entrar en una discusión acabada de este tema, que se aparta del objeto de estudio, se puede advertir que la reforma que se hizo a los tipos penales utilizados para

Resulta relevante también, que el Tribunal de Casación, a fin de resolver cuestiones planteadas, recuerda que el más Alto Tribunal ha señalado que las excepciones a la inalterabilidad de la cosa juzgada han sido previstas en honor a principios de alto valor cuya observancia, a pesar de la lesión del carácter definitivo de las decisiones jurisdiccionales, salvaguarda la autoridad de éstas en la medida que propugna su justicia material y su sentido moral. No obstante ello, el recurso de revisión se califica como un remedio excepcional que sólo procede en hipótesis que taxativamente establece la ley. Esta argumentación que da el tribunal, manifiesta que, más allá de la cosa juzgada interna, existen principios y situaciones que exigen que ésta pueda pasar a un segundo plano, como el presente caso lo exige, precisamente.

Finalmente, se dio lugar al recurso de revisión interpuesto, se dejó sin efecto la sentencia que condenó a Eduardo Kimel a la pena de un año de prisión en suspenso, y se dejó sin efecto la condena que ordenaba a pagar 20.000 pesos argentinos, en concepto de indemnización por el daño moral causado al juez Rivarola.

Resulta entonces, que la inexistencia de mecanismos legales internos para implementar las decisiones de órganos de derechos humanos mantenía vigente la condena penal a Eduardo Kimel hasta que la reforma legal y el recurso de revisión anteriormente descrito, interpuesto para lograr el cumplimiento total de la sentencia de la Corte Interamericana cambia el paradigma, marcando un precedente emblemático no solo sobre el derecho a la libertad de expresión como derecho humano reconocido en la Convención Americana, sino que marca un precedente y un ejemplo al resto de la región sobre el cumplimiento de órdenes provenientes de la Corte Interamericana.

En síntesis, podemos encontrar con este caso un claro ejemplo de un Estado parte de la Convención Americana que no sólo contempla mecanismos para dejar sin efecto la cosa juzgada interna, sino que además repara con celo el mal causado por condenas que la Corte declara que han violado derechos humanos, siendo, en este caso, el derecho de libertad de expresión en su eje central. En efecto, si bien se cumplieron las reparaciones emanadas de la Corte, la que resulta más interesante para el presente análisis es la disposición del Estado argentino

juzgar a Kimel no satisfacen los criterios que la Corte tuvo en el caso, porque la redacción de los hechos que suponen la comisión de un delito, continúa expuesto en los mismos términos formulados antes de la reforma. En tanto que subsiste la ambigüedad de lo que se entiende por “deshonrar o desacreditar”, manteniendo las imprecisiones a las que apuntaba la CIDH en la sentencia, por tanto, podría afirmarse que los tipos penales mencionados, aún después de la reforma, seguirían siendo contrarios a la Convención por su ambigüedad, amplitud y, en términos de la Corte, vaguedad.

de pasar a llevar la cosa juzgada interna en pos de cumplir con sus obligaciones internacionales. De esto sólo puede concluirse que para este Estado el respeto a los derechos humanos es algo primordial, siendo la Convención Americana de Derechos Humanos un instrumento esencial que necesariamente debe ser respetado. Si, por otro lado, hipotéticamente el Estado argentino no hubiera anulado la condena contra Eduardo Kimel, en definitiva, estaría respetando la cosa juzgada interna, pero, por otro lado, estaría violando gravemente obligaciones internacionales que el mismo Estado ha ratificado.

Del análisis de este caso en particular resulta bastante interesante el uso del recurso de revisión como método de respetar y ejecutar las decisiones de un órgano internacional. En efecto, pudo ejecutarse una decisión de la Corte Interamericana únicamente por la existencia de esta posibilidad procesal, que claramente se encuentra correctamente regulada en la legislación argentina, permitiendo de esta manera no sólo ejecutar el fallo en comento, sino que permitiendo que, a futuro, si existe una violación a los derechos humanos por parte de este Estado, y esto es percatado por la Corte en un Control de Convencionalidad, existirán medios como la revisión para dejar sin efecto condenas que vulneren derechos humanos, siendo esta institución y este caso en particular una especie de garantía o mecanismo correctivo de tutela de derechos fundamentales, sin perjuicio de los mecanismos preventivos que esta legislación pueda contener, para evitar la vulneración a derechos fundamentales. Además, no está de más decir que resulta altamente valorable el hecho de que un máximo tribunal interno, como se da en este caso, cumpla con las obligaciones del Estado al anular la sentencia mediante una revisión.

3. CONCLUSIONES A PARTIR DEL ANÁLISIS DE FALLOS

Zanjar de manera definitiva un conflicto de relevancia jurídica es el objetivo que se persigue al entablar una acción en sede judicial. Por ello, a aquellas sentencias que reúnen ciertas características, se les dota de una especial autoridad, la cosa juzgada. Sin embargo, se reconoce que bajo ciertas circunstancias este efecto de las sentencias puede ser pasado por alto.

En nuestro derecho interno, la *única* herramienta para conseguir este objetivo (cuando se trata de sentencias con autoridad de cosa juzgada material) es el llamado recurso (o acción) de Revisión, y las causales por las cuales puede interponerse esta acción están justificadas por razones de equidad.

Desprendiéndonos de la acción de revisión, pareciera que las sentencias nacionales firmes o ejecutoriadas producen cosa juzgada material. Sin embargo, esta aseveración debe ser precisada en el sentido que, si estas vulneran alguno de los derechos humanos reconocidos en la Convención, estas resoluciones

producirán solo cosa juzgada formal, ya que son susceptibles de ser impugnadas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el Código de Procedimiento Civil regula expresamente la revisión, y en su artículo 815²⁹ se detalla la forma en que se deberán ejecutar aquellas sentencias que la acojan. Lo anteriormente descrito no ocurre en materia internacional. La sentencia de la Corte (que es calificada por la Convención como definitiva e inapelable) no posee regulación en cuanto a su ejecución. Este vacío normativo entrega a la discrecionalidad de los Estados la decisión respecto a la implementación de lo dispuesto por la Corte, los cuales, sólo en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, podrán solicitar su interpretación al Tribunal Regional³⁰.

En sus sentencias, la Corte ha resuelto diversos conflictos, diversidad que se ve representada en la naturaleza de los fallos, muchos de las cuales no poseen carácter autoejecutable, razón por la cual, serán necesarias ciertas actuaciones estatales para dar eficacia a los mismos. Es aquí donde se produce el problema, ya que, ante la ambigüedad de la Convención, las posibilidades de ejecución son tantas como la imaginación de los operadores pudieren aplicar, siempre que se respete el marco que le impone el derecho interno. Asimismo, queda entregada a los jueces internos la posibilidad de crear mecanismos para eludir los planteamientos de la Corte, sin perjuicio de la eventual transgresión de deberes adquiridos en la Convención.

Lo anterior se ve ratificado si se analiza la forma en que los Estados han dado aplicación a los fallos de la Corte. Hemos seleccionado a modo ejemplar tres fallos condenatorios de la Corte respecto de distintos Estados, y en los tres casos las soluciones dadas por los tribunales internos han sido diversas, situación que está lejos de ser ideal.

²⁹ CHILE, Código de Procedimiento Civil. Artículo 815 (986). Si el tribunal estima procedente la revisión por haberse comprobado, con arreglo a la ley, los hechos en que se funda, lo declarará así, y anulará en todo o en parte la sentencia impugnada. En la misma sentencia que acepte el recurso de revisión declarará el tribunal si debe o no seguirse nuevo juicio. En el primer caso determinará, además, el estado en que queda el proceso, el cual se remitirá para su conocimiento al tribunal de que proceda. Servirán de base al nuevo juicio las declaraciones que se hayan hecho en el recurso de revisión, las cuales no podrán ser ya discutidas.

³⁰ CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Artículo 67: "El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la -notificación del fallo."

El caso Loayza Tamayo en que parte de la sentencia de la Corte fue declarada inejecutable por la Corte Suprema del Perú, aparece como la mejor prueba de lo postulado, ya que, de modo casi burlesco, el máximo tribunal peruano, se podía decir que, realiza un control de convencionalidad de un fallo de la Corte, dejándolo sin ejecución por, en su opinión, no haberse agotado los recursos internos.

En síntesis, la actual regulación permite que aquellos jueces internos que no estén de acuerdo con el fondo de la sentencia de la Corte, esbocen argumentos procesales, tales como la existencia de cosa juzgada, la incompetencia de la Corte o la falta de agotamiento de las instancias internas para no dar cumplimiento a esta sentencia, violando la convención en la parte que establece la obligación de los estados partes de dar cumplimiento a las resoluciones de la corte y de la inapelabilidad de esta sentencia, debilitando de gran manera el sistema de protección americana de los derechos humanos.

La vía de la revisión, pareciera ser una institución de derecho interno que podría ser vital en la unificación de la ejecución de los fallos de la Corte Americana. Sin embargo, esta acción no se encuentra consagrada en la totalidad de los Estados que ratificaron la CIDH, y mucho menos, comparte las mismas características entre los Estados que la consagran. Chile, por su parte, establece causales taxativas para la procedencia de este recurso, dentro de las cuales no se encuentra la revocación de una sentencia por parte de la Corte regional, motivo por el cual se hace improcedente su utilización para la ejecución de los fallos de la Corte.

Dicho lo anterior, pareciera que la solución a este problema no debe ser otorgada por el derecho interno de cada uno de los países, el remedio ideal sería que se aprobase un texto internacional que regule la materia, otorgando uniformidad a la ejecución de los fallos de la Corte y consecuentemente, dotando de mayor eficacia la protección de los derechos humanos que se consagran en la Convención.

3.1 Una posible solución en materia de ejecución de sentencias de la CIDH

Una respuesta más o menos única respecto de la forma de ejecutar las sentencias de la Corte Interamericana de manera que no colisione con la cosa juzgada nacional sólo se puede obtener analizando las soluciones que en cada caso concreto el Estado ha dado.

Es primordial entender los diferentes contextos nacionales dentro de los cuales deben ejecutarse las sentencias de la Corte, ya que, a pesar de coexistir

dentro de un contexto americano de protección de los derechos humanos, cada Estado posee una regulación diversa acerca la manera de hacer efectiva las diferentes condenas que imponga la Corte, lo cual se relaciona directamente con su avance legislativo e institucional. No obstante lo anterior, creemos que luego de 47 años de suscrita la Convención Americana sobre Derechos Humanos ya es tiempo de adoptar un mecanismo general que dé eficacia y certeza total a los derechos consagrados en ella.

En este sentido, terminados nuestro trabajo con la siguiente propuesta:

- i. La implementación de un nuevo numeral al recurso de revisión civil y penal que contemple la decisión de la CIDH.

Bajo nuestro punto de vista, un numeral que abra la posibilidad de dejar sin efecto una sentencia pasada con autoridad de cosa juzgada por la dictación de una sentencia por parte de un tribunal internacional que decrete condenas al Estado en favor de un particular incompatibles con la sentencia nacional.

El paradigma y ejemplo inspirador en esta materia, se encuentra en el Código de Procedimiento Penal Colombiano, que contempla en el artículo 192 como una de las causales de procedencia del recurso de revisión penal: *N° 4. Cuando después del fallo absolutorio en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates*³¹.

En cambio, países latinoamericanos como Perú (artículo 439 del NCPP); Uruguay (artículo 283 CPP); Argentina (artículo 479 CPP) y Chile (artículo 810 CPC y 453 CPP) carecen de una mención expresa a la misma.

³¹ En el mismo sentido, pero en el plano europeo, España contempla en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española que: 3. *Se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión. En este supuesto, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal.* Disponible para su visualización en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>

En Chile esta situación es aún más grave cuando el artículo 97 del Código Orgánico de Tribunales establece: *“Las sentencias que dicte la Corte Suprema al fallar (...) la revisión de sentencias firmes no es susceptible de recurso alguno, salvo el de aclaración, rectificación y enmienda que establece el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil”*. Por tanto, en ese sentido no solo existe un vacío en materia de reconocimiento de la sentencia emanada por la CIDH, sino que, además, existe una norma que imposibilita una posterior revisión cuando ya ha sido dictada la misma. Nos parece que esto corresponde a un error histórico que ha sido pasado por alto en materia de un debido reconocimiento y respeto a los derechos humanos por parte de Estados parte de la CADH.

Por ende, resulta menester, que la Comunidad Internacional y los Estados partes logren un consenso a fin de establecer en la legislación interna de cada uno de ellos, una regulación tal como la planteada en el Código de Procedimiento Penal colombiano y español. Una regulación como la actual da paso a la incertidumbre y muchas veces, inoperancia de la ejecución del fallo de la CIDH, como sucedió con el Estado peruano en el *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*.

La cosa juzgada nacional, en ningún caso, puede ser un obstáculo para la aplicación de un control de convencionalidad que ordena adecuar la normativa interna de los Estados partes a fin de que la misma este conforme a las disposiciones de la CADH. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, así lo estableció en su artículo 27, al disponer que: *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”*³²

ii. La implementación de un procedimiento de ejecución aplicable de modo general y uniforme a los Estados miembros.

Para determinar qué procedimiento es óptimo en este caso, hay que analizar las diferentes condenas que la Corte impone en su sentencia contra un Estado, las cuales reuniremos en tres grupos: modificaciones legislativas, iniciación de nuevos procedimientos para condenar a los responsables, y por último, indemnizaciones compensatorias.

En primer lugar, en caso de que la condena de la Corte consista en una modificación legislativa tendiente a dar mayor protección a derechos fundamentales, ésta deberá ser recepcionada por autoridades de gobierno remitiéndola al poder legislativo en categoría de urgente, para darle cumplimiento.

³² Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. El documento se encuentra en versión pdf en el link: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf

En segundo lugar, si la Corte ordena la apertura de un nuevo procedimiento para establecer la responsabilidad de los involucrados en la violación de Derechos Humanos, ésta deberá ser conocida por la Corte Suprema la cual entregará el conocimiento de este procedimiento al tribunal competente. De esta manera la supervisión de cumplimiento de la sentencia recaerá tanto en la Corte Suprema, como además en la Corte Internacional, asegurando así una completa protección de los derechos fundamentales de la víctima y la persecución efectiva de los responsables dentro de este nuevo procedimiento.

Por último, la parte de la sentencia de condene al Estado al pago de indemnizaciones compensatorias en favor de la víctima debe ser ejecutado también por el Poder Judicial, particularmente por la misma sala de la Corte Suprema que recepcione la sentencia, que mediante un procedimiento no contencioso le dé cumplimiento rápido y oportuno a las indemnizaciones. Al iniciarse este procedimiento –luego de acogido el recurso de revisión recién comentado– no debiese ser procedente la interposición de excepciones preliminares por parte de autoridades nacionales, como prescripción o cosa juzgada, cuya discusión dilate la ejecución de la sentencia de la Corte y la adecuada reparación de la víctima.

Bibliografía

Doctrina Nacional y Extranjera

BARRIOS GONZÁLEZ, Boris. *La cosa juzgada nacional y el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en los Estados parte*. Ponencia presentada en el IV Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Santiago, noviembre, 2006.

COUTURE, Eduardo; *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Cuarta Edición. Euros Editores. Buenos Aires, Argentina. Año 2010.

FAUNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004.

IVANSHITZ, Bárbara, *Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile*, Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 11, N° 1, 2013

PEREIRA ANABALÓN, Hugo, *La Cosa Juzgada en el Proceso Civil*. Editorial Jurídica ConoSurLtda, Santiago, 1997.

PÉREZ-RAGONE, Álvaro, NUÑEZ OJEDA, Raúl, *Manual de Derecho Procesal Civil: Los Medios de Impugnación*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2015.

RODRÍGUEZ RESCIA, Victor, *La Ejecución de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, San José, Costa Rica, 1997.

SAGÜES, Nestor Pedro, *Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad* en Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, 2010.

Fuentes Normativas

Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, adoptaba y proclama por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948. Disponible para su visualización online en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Convención Americana de Derechos Humanos. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

Código de Procedimiento Civil chileno. Visualización en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740>.

Código Procesal Penal Chileno. Análisis a partir del link: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>

Nuevo Código Procesal Penal del Perú. Disponible en http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_cod_procesal.pdf

Código Procesal Penal de la Nación Argentina. Su versión pdf puede consultarse en el enlace http://www.oas.org/juridico/PDFs/arg_ley23984.pdf

Código del Proceso Penal de Uruguay. Disponible en https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ury/sp_ury-int-text-cpp.html

Ley de Enjuiciamiento Criminal Española. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>

Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal de Colombia. Consultado en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>

Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf

La situación de la cosa juzgada interna frente a la ejecución de los fallos de la CIDH

----- Caso *Viviana Gallardo y otros vs. Costa Rica* (1981). Disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/82.83sp/CostaRica13.83.htm>

----- Caso *Salvador Jorge Blanco vs. Rep. Dominicana* (1989). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/88.89span/10208.htm>

----- Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo Reparaciones y Costas). Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf

----- Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

----- Caso *La Cantuta vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Visualización en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf

----- Caso *Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Disponible en <http://www.perio.unlp.edu.ar/catedras/contenido/caso-kimel-vs-argentina-corte-interamericana-de-derechos-humanos-sentencia-de-2-de-mayo-de>.

----- Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. de 1 de julio de 2011. Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*.

Resolución de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 4 de septiembre de 1974 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1669).

Resolución de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 7 de diciembre de 1973, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1634).

Resolución del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 7 de noviembre de 1973, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1631).

Resoluciones de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 30 de abril y 18 de junio de 1974 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folios 1655 y 1661).

Resoluciones del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua de 8 de abril (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1631), 17 de mayo (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1658), y de 7 de agosto de 1974 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 1666).

**A CORRENTE SUBSTANCIALISTA:
PROSPERIDADE E EXPANSÃO JURISDICIONAL
FRENTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO***

The substantialist current: prosperity and
jurisdictional expansion front
Democratic Rule of Law

*Vinicius Almada Mozetic***

*Paulo Junior Trindade dos Santos****

Resumo

A corrente substancialista demonstra-se próspera e em ampla expansão Jurisdicional frente ao Estado Democrático de Direito, no

Recebido: 27 de julio de 2016 – Aprobado: 12 de mayo de 2017

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: TRINDADE DOS SANTOS, Paulo Junior y ALMADA MOZETIC, Vinicius. A corrente substancialista: prosperidade e expansão jurisdicional frente ao Estado democrático de direito. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 45, Junio - Diciembre. 2017. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, pp. 77-107.

** Doutorando (2014-01 em andamento) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; Mestre (2009-2011) pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – Direitos Sociais e Políticas Públicas; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC; Coordenador do curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Advogado.

*** Doutorando (2014-01 em andamento) com Bolsa pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES); e Mestre (2011-2013) com Bolsa pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), ambos em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Compõe o Grupo de Estudos: O processo civil contemporâneo: do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito.

qual o juiz-tribunal, por meio da interpretação construtiva/criadora de direito, passa a decidir de forma mais adequada utilizando-se da Hermenêutica Jurídica de cunho Filosófico fazendo com que suas decisões, sim decisões políticas venham a interferir profundamente: tanto no Poder Legiferante quanto no Poder Executivo, que tem por consequência efeitos irradiados diretamente na Sociedade.

Palavras-chave: Substancialismo; Expansão Jurisdicional; Estado Democrático de Direito.

Abstract

The current substantialist shows up thriving and broad expansion Jurisdictional from the Democratic Rule of Law, in which the judge-court, through constructive interpretation / creator of law, shall decide the most appropriate way is using the Legal Hermeneutics of Philosophical making their decisions, rather political decisions may interfere deeply: both as legislative power in the executive branch, which has the effect irradiated directly in the Company.

keywords: Substantialism; Jurisdictional expansion; Democratic State.

Introdução

A corrente substancialista é um assunto que interessa à comunidade científica e à sociedade como um todo. Com efeito, a noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais – sua eficácia.

O presente trabalho posiciona-se de maneira a entender que o Poder Judiciário não deve assumir uma condição passiva diante da sociedade, fazendo assim introjetar a política no Direito¹, o que tem conduzido a efetuar indevidas abordagens de discussão². Também se justifica a Teoria Política³ do Direito em

¹ BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. *Juizados especiais e ativismo judicial à luz de Luis Alberto Warat*. In: Sequência (Florianópolis) No.64 Florianópolis jul. 2012.

² PICÓ i JUNOY. *El Derecho Procesal entre el Garantismo y el eficacia*: Un debate mal planteado. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso Civil e Ideología*. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant to Blanch, 2006, p. 111.

³ El triple imperativo político libertad-igualdad-fraternidad debe modularse, ya que la libertad sola destruye la igualdad, la igualdad impuesta destruye la libertad, y la fraternidad, que no se puede imponer, depende conjuntamente de un sistema de reformas políticas (entre ellas, las casas de solidaridad, el servicio cívico de solidaridad), reformas educativas y reformas individuales (entre ellas, la de vida y la ética). Así pues, la reducción progresiva de las desigualdades debe efectuarse, simultáneamente, mediante

algumas questões, sendo a primeira que se reporta tanto aos fundamentos do Direito: circunstâncias nas quais preposições jurídicas especificam e devem ser aceitas como bem fundadas ou verdadeiras; e a segunda quanto à força do direito: o relativo poder que em toda e qualquer verdadeira preposição jurídica de justificar a coerção em vários tipos de circunstâncias excepcionais. Essas duas questões devem se apoiar mutuamente. Pois uma teoria sobre os fundamentos que, em si mesma, não assume nenhuma posição relativa à utilidade da força do direito, deve ainda assim ser política, num sentido mais geral e difuso⁴.

Tem como finalidade o substancialismo que procura a melhor luz em meio às ruínas da dogmática jurídica positivista apregoadas no formalismo do Direito, pois com este eixo, tanto por meio do Processo Legislativo (procedimento), quanto por meio do Processo Judiciário (procedimento) ambos então, legitimados para com esta atividade de criação do Direito⁵.

una política planetaria (política de la humanidad, política de civilización), políticas nacionales que reduzcan las diferencias de niveles de vida y regeneren las solidaridades, combatiendo la corrupción, y mediante reformas de vida y reformas éticas, que favorezcan la comprensión de las miserias y las desdichas ajenas. Esta política comporta una dimensión monetaria, pero es, también, multidimensional, y forma parte de las vías múltiples que proponemos abrir simultáneamente. (MORIN, Edgar. La Vía. Para el futuro de la humanidad. 1ª Ed. Barcelona: Paidós, 2011, p. 135.

⁴ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 136-138.

⁵ Essas representam, ao mesmo tempo, as naturais limitações – sobre as quais voltaremos – mas, também, única força do *processo jurisdicional*. Ninguém, suponho, veria uma perversão do *processo legislativo* no fato de que os legisladores estejam co-envoltos e empenhados, ainda que com o espírito de parte ou de partido, nas matérias que regulam; ou no fato de que esses consideram-se os representantes de pessoas, grupos, categorias, classes, nos qual se instruem para secundar os interesses no processo de formação as leis; ou, ainda, no fato de que esses dão a mãos à atividade legislativa própria iniciativa sem atender a pedidos dos sujeitos ou grupos interessados; ou, por fim, no fato de que embora possam existir tais pedidos, estes não limitam o ato legislativo aos termos da própria petição. Nos limites de decência e honestidade políticas, esse modo de atitude do legislador é perfeitamente correto; mas seria, ao contrário, de todo intolerável se fosse assunto de uma Corte Judiciária. Na verdade, uma corte que se comportasse dessa maneira, simplesmente, cessaria de ser uma Corte de Justiça. Aquilo que distingue o *processo jurisdicional* daquele *legislativo*, e que faz com que a criação do Direito por obra dos Juizes permaneça bem distinta da legislação, não é, portanto, uma função abusiva de não criatividade mas, isto sim, uma particular modalidade daquele processo que se traduz na conexão d função judiciaria com *cases and controversies*, e na “virtude passiva”, e “passividade” do Juiz quando a iniciar o processo nesses casos, e a imparcialidade processo do próprio Juiz, imparcialidade que há de traduzir-se num “processo justo” ou *fair hearing* de todas as partes. (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologia e Sociedade*. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2008, pp. 17-18).

1. O Poder Judiciário como intérprete

Estas são as circunstâncias que tornam indispensáveis conferir as possibilidades da construção de uma autêntica democracia quando o indivíduo toma o lugar do cidadão. A compatibilidade entre a democracia e individualismo é problema crucial que deve ser tratado quando se pretende um direito processual que supere o dogmatismo que permeia uma expressão de regime autoritário. É, em última análise, a expressão jurisdicional do pensamento único neoliberal. O acesso hermenêutico às realidades jurídicas contingentes, fica, consequentemente, vedado ao pensamento dogmático⁶.

Para Streck:

“É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos/fundamentais e sociais”⁷.

Nota-se que as questões processuais levantadas diante do julgamento político são bem complexas, em que as questões substantivas são tratadas como questões de princípios de moral política, refletindo diretamente na decisão não apenas de suas opiniões sobre a Justiça e a equidade, mas suas convicções de ordem superior sobre a possibilidade de acordo entre esses ideais quando competem entre si⁸.

Denota o *Substancialismo* que o Poder Judiciário através de suas decisões cria direito utilizando da interpretação criadora e construtiva que tem sido extraordinariamente eficaz, rompendo assim com o formalismo do Direito. Abre o Poder Judiciário novos espaços diante do ordenamento jurídico.

“Nesse eixo, aquilo que pode ser entendido à semelhança da vontade geral rousseauiana, uma vez bloqueado pelas circunstâncias próprias à sociabilidade e à vida política contemporânea, acaba encontrando expressão, pragmaticamente, em personagens e instituições cuja história particular se

⁶ SILVA, Ovídio A. Batista da. *Processo e Ideologia: o paradigma Racionalista*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 307.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 150.

⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 306.

apresentaria como o resultado de conquistas da ideia do justo positivadas no direito e enraizadas na cultura política”⁹.

Impõe-se uma nova pragmática que se encontra obstaculizada pela legalidade, a qual o juiz deve introduzir por meio de sua sentença a Justiça, que se vê como a resistência contra as injustiças do Poder legiferante, tornando a atividade criadora do juiz, fonte que vem a acompanhar mais adequadamente as reivindicações sociais. Nesse sentido, há que se falar, ultrapassando a rígida separação dos poderes pela divisão dos mesmos, que ganha assim uma nova redefinição aos seus contornos:

“Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e no Ocidente. Coloca, pois, em xeque, o princípio da maioria, em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política”.¹⁰

É certo que razões pragmáticas sugerem uma separação entre o Poder Legislativo e o Judiciário, tão logo a configuração dogmática do direito e a cientificação da jurisprudência acarretam uma ampla profissionalização da prática de decisão judicial.¹¹ A interpretação criativo-construtiva do Direito torna-se, desse modo, uma via para o escape do paradigma racional-dedutivo do Direito.

Notadamente, tanto o procedimento judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são *law-making process*, divergindo somente a técnica do procedimento, ou estrutura de tais procedimentos de formação de direito, embora repetitivamente fale dos juízes-tribunais como “Órgãos exercentes do Poder Legislativo”, que agem como legisladores, afirmando-se, assim, que os juízes “criam direito”¹².

⁹ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan 1997, p. 38.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 141.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre factividade e validade*. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 215.

¹² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 74

Neste sentido, não se pode esquecer que o substancialismo não abre mão do procedimentalismo^{13, 14}. Ambos os procedimentos democráticos, tanto o legislativo quanto o judiciário, o têm como ponto de vista substancial. Portanto, não é diversa a “natureza” dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional. Ambos constituem processos de criação do direito¹⁵.

¹³ Se as posturas procedimentalistas pretendem esgotar essa discussão a partir da garantia do processo democrático de formação das leis, isso, no entanto, não esgota a discussão da concreta normatividade, locus do sentido hermenêutico do direito. De fato, mais do que apostar na formulação democrática do direito, há que se fazer uma aposta paradigmática, isto é, acreditar na perspectiva pós-positivista do constitucionalismo contemporâneo e sua materialidade principiológica. A virtude soberana não se dá simplesmente na formulação legislativa e na “vontade geral”. Fundamentalmente, ela será encontrada na Constituição, que estabeleceu uma ruptura com a discricionariedade política que sempre sustentou o positivismo. E tudo isso está ancorado no contramajoritarismo, que vai além do mero controle da aferição da correção dos procedimentos democráticos utilizados na feitura das leis. Também e na Constituição que encontraremos os mecanismos de controle da aferição substancial dos textos legislados e da aplicação destes textos (nunca esqueçamos: o substancialismo não abre mão do procedimentalismo). A igualdade, o devido processo legal, o sentido do republicanismo, a perspectiva de Estado Social, a obrigação de concretização dos direitos fundamentais-sociais, para citar apenas estes componentes paradigmáticos, são obrigações principiológicas de raiz, que vinculam a aplicatio. E os componentes a serem utilizados na discussão da aplicação do direito somente poderão exsurgir desse paradigma constitucional. Legislação democraticamente produzida – e válida – significa “sentido filtrado principiologicamente”. O combate que aqui se trava – de cariz antidiscionário – tem o objetivo de preservar esse grau acentuado de autonomia que o direito adquiriu com a fórmula das Constituições compromissórias (e dirigentes). (...) Mas uma questão deve ficar clara desde logo: as divergências entre as posturas substancialistas (que acoplam a noção de Estado o conteúdo material das Constituições que apontam para a mudança do status quo da sociedade, colocando grande ênfase no papel da justiça constitucional na efetivação dos direitos fundamentais-sociais) e procedimentalistas (calcadas na noção de democracia procedimental propugnada por Jurgen Habermas, mormente em seu Direito e democracia – entre faticidade e validade) não podem opô-las a ponto de se pensar, por exemplo, que o substancialismo não é pluralista ou que o procedimentalismo possa ser reduzido a uma perspectiva meramente “formalista”. (STRECK, Lenio Luis. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 509-510 e 91.)

¹⁴ Por otra parte, un pleito, cualquiera que sea el procedimiento con arreglo al cual se sustancie, representa siempre más o menos una especie de batalla, cuyo resultado es imposible predecir de modo seguro. El éxito de la prueba condiciona a veces decisivamente el resultado de la contienda; y puede ocurrir que la parte que tenía plena razón, y a cuyo favor estaba sin duda el Derecho, pierda el pleito por no haber conseguido probar los hechos básicos. (SICHES, Luis Recásens. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. Segunda Edición. México: Editorial Porrúa, S.A., 1973, p. 310).

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 27

Destaca-se como relevante que o Poder Legislativo, representante democrático, deve compreender que suas palavras de ordem comprometem o desenvolvimento de suas práticas, que precisam estar indissociavelmente ligadas a uma indeterminação última com respeito ao quadrinômio: poder-saber-lei-desejo. Não podemos pretender a solução dos problemas humanos na certeza do pensamento, nas medidas justas dos sonhos esquematizados pela razão, dos sonhos armados, visivelmente arrogantes na postulação de suas respostas¹⁶.

Pelo evidenciado, a democracia imposta pelas sociedades contemporâneas^{17,18,19} busca, através de um processo substancialista via Poder Judiciário, a defesa de

¹⁶ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito III: O Direito Não Estudado Pela Teoria Jurídica Moderna*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1955, p. 72-73.

¹⁷ A democracia, como sentido de uma forma de sociedade, depende de uma prática política (que não exclui a dimensão do sentido), capaz de transgredir a massa simbólica que faz do indivíduo escravo da heteronomia instituída. Este progresso transgressivo precisa, inclusive, subverter as difusas ideias que, na versão instituída da sociedade, operam como um uso definitório e alienado do sentido da democracia. A democracia, como sentido de uma forma social, não depende de nenhum sentido consagrado porque ela é, antes de mais nada, a dinâmica de uma imaginação produtiva, criadora e incerta, que ao mesmo tempo concretiza espaços de resistência e transgressão frente a um universo simbólico-institucional, que transforma a política em manipulação opressora, a economia em forma de exploração, o saber numa magia alienada que altera as práticas de construção das verdades em pretensas práticas de domínio do absoluto, e os desejos em respostas parasitárias a um consumo sem necessidade. (WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito III: O Direito Não Estudado Pela Teoria Jurídica Moderna*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1955, pp. 72-73).

¹⁸ A democracia, como sentido de uma forma de sociedade, depende de uma prática política (que não exclui a dimensão do sentido), capaz de transgredir a massa simbólica que faz do indivíduo escravo da heteronomia instituída. Este progresso transgressivo precisa, inclusive, subverter as difusas ideias que, na versão instituída da sociedade, operam como um uso definitório e alienado do sentido da democracia. A democracia, como sentido de uma forma social, não depende de nenhum sentido consagrado porque ela é, antes de mais nada, a dinâmica de uma imaginação produtiva, criadora e incerta, que ao mesmo tempo concretiza espaços de resistência e transgressão frente a um universo simbólico-institucional, que transforma a política em manipulação opressora, a economia em forma de exploração, o saber numa magia alienada que altera as práticas de construção das verdades em pretensas práticas de domínio do absoluto, e os desejos em respostas parasitárias a um consumo sem necessidade. (WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito III: O Direito Não Estudado Pela Teoria Jurídica Moderna*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1955, pp. 72-73).

¹⁹ No entanto, as sociedades contemporâneas parecem ter entrado numa nova fase. De um lado, assistimos à perturbação do conjunto dos equilíbrios sociais: revoluções tecnológicas (expansão das tecnologias de informação e de comunicação, desenvolvimento de biotecnologias), mutações do sistema produtivo (papel crescente desempenhado pela

seus direitos calcando-se este nos princípios máximos de justiça e da equidade dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes²⁰. A matriz que se segue é a de que a legitimidade da Jurisdição por seu papel de reforço no processo democrático de elaboração da Lei para eventualmente corrigir os desvios do processo de representação popular²¹.

Quanto essa função criadora do Direito pela via Jurisdicional revela-se por via de suas decisões jurídico-políticas que se tornam fontes seguras do ordenamento jurídico, as quais elevam os Juízes e Tribunais ao patamar de protagonismo, os tornando Ativistas Judiciais pela égide do substancialismo. Portanto, Kelsen alude que:

“A função criadora de Direito dos Tribunais é especificamente manifestada quando a decisão judicial tem o caráter de um precedente, ou seja, quando a decisão judicial cria uma norma geral. Onde os tribunais estão autorizados não apenas em aplicar Direito substantivo preexistente nas suas decisões, mas também a criar Direito novo para casos concretos, existe uma compreensível tendência de se dar a essas decisões judiciais o caráter de precedentes. Dentro de tal sistema jurídico, os tribunais são órgãos legislativos exatamente no mesmo sentido em que o órgão é chamado legislativo no sentido mais restrito e comum do termo”.²²

Supõe-se, desta forma, que os Juízes e as Cortes, ao aplicarem o Direito, o façam a partir de seu caráter dinâmico, de maneira facultada a estes a possibilidade de recorrer a critérios discricionários na concretização do Direito, por

informação, declínio da indústria em proveito dos serviços, deslocalização das unidades de produção, adaptação das formas de trabalho), transformações da estratificação social (refluxo do campesinato, explosão do mundo do operariado, multiplicação de empregos ditos intermediários), inflexão dos comportamentos e de relações sociais que, nas sociedades dominadas pela urgência e caracterizadas por uma dinâmica permanente de mudança, tendem a ser vividas sob o modo de instantaneidade, sob o signo do efêmero. Por outro lado, e correlativamente, assistimos a um movimento contraditório de concomitante radicalização e enfraquecimento do sistema de valores que foi a vanguarda e a base da modernidade. (CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 16-17).

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/12350666_70174218181901.pdf>. Acesso em: 12-06-2013.

²¹ BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas*. *Civil Procedure Review*, v.1, n.3: 46-74, sep./dec., 2010, pp. 47-48.

²² KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 216.

intermédio de argumentos que visam políticas calcadas em direitos políticos individuais, difusos ou coletivos. Deste modo, as novas relações entre Direito e Política são tomadas como inevitáveis ao enriquecimento da agenda igualitária, que exige uma política ampla e complexa²³ por parte do Poder Judiciário em sua defesa, assim tendo de um lado como função precípua: efetivá-las e concretizá-las, e de outro lado à criação de Direito para com a ampliação de políticas públicas para diminuir tais desigualdades. Incide assim a prevalência do Direito, por outros critérios que determinem a atividade jurisdicional, quais sejam os princípios de Direito e as diretrizes políticas²⁴.

Conclui-se que a criação de Direito pelo Poder Judiciário deve ser claramente distinguida da criação de normas gerais através da prática permanente dos tribunais²⁵, que o Direito passa a dar efetiva tutela jurisdicional substantiva por meio de princípios²⁶.

²³ Las desigualdades revisten un carácter territorial (regiones pobres/regiones ricas), un carácter económico (de la extrema riqueza, pasando por clases acomodadas, medias y pobres), sociológico (modos de vida) y sanitario (extrema desigualdad entre los que gozan de los avances de la cirugía, de la técnica, de la medicina y los que no). También cabe distinguir entre las desigualdades ligadas a las diversidades culturales, a las diversidades profesionales (están los que lo pasan bien en el ejercicio de su profesión y los que lo sufren como una obligación) y entre las profundas desigualdades en el destino de los que van a sufrir su vida y los que la van a disfrutar. Esas desigualdades no son sólo consecuencia de la cantidad de dinero que se posee. La riqueza no hace, necesariamente, la felicidad. Pero lo que sí es cierto es que la miseria provoca la desdicha. Una política de la humanidad no tiene como misión igualarlo todo y destruir la diversidad, sino que debe plantearse las vías reformadoras que permitirían reducir progresivamente las peores desigualdades. En resumen, el problema de las desigualdades ha crecido enormemente sin dejar de ser múltiple; exige una política amplia y compleja. Ésta, repitámoslo, no puede ser una política tecnoburocrática de homogenización, destructora de la diversidad que constituyen las riquezas culturales de la humanidad. (MORIN, Edgar. *La Vía*. Para el futuro de la humanidad. 1ª Ed. Barcelona: Paidós, 2011, pp. 109-110).

²⁴ Quanto ao Poder Legislativo ele faz incidir a vontades do povo por meio da decisão majoritária dos grupos, e estes têm maior capacidade de impor seus interesses sobre os direitos das minorias, dificilmente os grupos minoritários conseguiriam alcançar esses direitos. Assim gerando desigualdade.

²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 217.

²⁶ Assim, qualquer que pense, como eu, que a prestação jurisdicional substantiva no direito é uma questão de princípio, e que essa é uma importante afirmação tanto em termos normativos quanto teóricos, tem um interesse especial em saber se é possível encontrar um meio-termo entre as afirmações exageradas e as niilistas sobre os direitos que as pessoas têm a processos no tribunal. (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 113-114).

Quanto aos argumentos de princípio, estes são destinados a estabelecer um Direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos. Um direito político é um objetivo político individualizado²⁷. A Constituição se atenta à interface do Direito de um lado e do Político de outro, esforçando-se para submissão do Poder às categorias que mobilizam o Direito, como a Justiça, a Segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente²⁸.

Neste tocante, a Justiça deve ser vista como um valor superior do ordenamento jurídico, representando um ideal para a comunidade, um objetivo a alcançar pelo ordenamento jurídico, por que se existe interesse público em que o resultado do processo seja justo, o Estado deve pôr a serviço dos juízes todos os meios e poderes necessários para que possam alcançar dito fim²⁹. É na Constituição que este modelo substancialista toma força, pois ele emana de seus princípios básicos e imanentes, sendo que nestes estão esculpido desde os Direitos Naturais dos Homens até a sua evolução, chegando ao ponto de se formarem como Direitos Fundamentais do Homem. Por tudo isso, lembra-se que as constituições dão liberdades aos julgadores para que decidam de forma aberta, por intermédio da Justiça Constitucional, gerando, com este ciclo, o que é mais adequado aos cidadãos³⁰.

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 141-142.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13-05-2013.

²⁹ PICÓ i JUNOY. *El Derecho Procesal entre el Garantismo y el eficacia*: Un debate mal planteado. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso Civil e Ideología*. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant to Blanch, 2006, p. 110.

³⁰ O modelo substancialista – que, em parte, aqui subscrevo, ressaltando sempre o problema do fundamento da Constituição, que não pode ser entendida como uma categoria ou hipótese, proferindo entendê-la como um paradoxo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social (contrato social também deve ser entendido a partir do paradigma hermenêutico, e não como um ponto de partida congelado). É o constitucionalismo-dirigente que ingressa nos ordenamentos dos países após a segunda guerra. Consequentemente, é inexorável que, com a posituação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertinente à jurisdição constitucional. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* - Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 141.)

As questões Políticas se afirmam como sendo questões subjacentes, declaram-se como sendo principiológicas, e seus argumentos incidem sobre algumas preposições, sendo elas: a) A revisão judicial deve ter em vista o processo da legislação, não o resultado isolado desse processo; b) Ela deve avaliar esse processo segundo o padrão da democracia; c) A revisão baseada no processo, portanto, é compatível com a democracia, ao passo que a revisão baseada na substância, que tem em vista os resultados, é antagônica a ela; d) O Tribunal, portanto, erra quando cita um valor substantivo putativamente fundamental para justificar a revogação de uma decisão legislativa³¹.

Neste diapasão, há que se falar que a Constituição é, precisamente, o documento que transforma o Poder Constituinte em Poder Constituído, isto é, Política em Direito. Essa interface entre dois mundos³² dá à Interpretação Jurídica uma inexorável dimensão política. No entanto, o ativismo judicial consubstancia-se pelo substancialismo, encontrando-se inserido pelas Constituições Democráticas Contemporâneas, e assim fazem com que o Poder Judiciário exerça influência sobre os demais Órgãos Estatais: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas^{33,34}. As decisões do Poder Judiciário detêm cunho político-jurídico, que atingem as demais Esferas Públicas.

³¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 81.

³² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13-05-2013.

³³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 12-06-2013.

³⁴ Entonces, los jueces no sólo se encuentran institucionalmente bien situados para enriquecer el proceso deliberativo y ayudarlo a corregir algunas de sus indebidas parcialidades. Los jueces poseen, además, diversas herramientas que facilitan su tarea al respecto. Como consecuencia de su posición institucional y de los medios con los que cuentan, los jueces tienen buenas probabilidades de favorecer el buen funcionamiento del proceso deliberativo. Al mismo tiempo, tienen amplias posibilidades de actuar de manera respetuosa hacia a la autoridad popular: ellos poseen suficientes técnicas y medios procedimentales a su alcance para actuar en consecuencia. Pueden bloquear la aplicación de una cierta norma y devolverla al Congreso, forzándolo a pensar de nuevo sobre ella; pueden declarar que algún derecho fue violado, sin imponer a los

Somado a tudo isso, *o juiz ativista ignora o texto da Constituição*, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscam interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política.³⁵

O substancialismo notoriamente demonstra-se mais simpático àquilo que a Constituição Dirigente traz para o centro do debate jurídico, a política, e ainda “politiza” o conceito de Constituição, que não se limita mais à sua normatividade. Com isto, cria um agradável nexos entre Direito, Moral e Política, suplantando defeitos do positivismo de outrora³⁶. As questões políticas abordadas pressupõem que os cidadãos têm certos direitos morais contra o Estado, assim o Ativismo Judicial incidido pela corrente substancialista é um programa baseado, não pelos conceitos morais e éticos do juiz, mas busca no nascedouro das nações. Ou seja, toma por base as Cartas Políticas, que estas têm direitos inscritos nos seus textos para que em caso de violação devem fazer valer sua fundamentação principiológica estabelecida nos precedentes/jurisprudências:

“O ativismo somente pode ser justificado como um programa baseado em algo mais que preferências pessoais dos juizes se, em algum sentido, esses direitos morais existem. A teoria cética ataca o ativismo em suas raízes, argumentando que, de fato, os indivíduos não têm tais direitos morais contra o Estado. Eles têm apenas os direitos jurídicos que a Constituição lhes assegura, e estes direitos se restringem às violações claras e inquestionáveis da moralidade pública que os constituintes devem efetivamente ter concebido ou as que desde então foram estabelecidas por uma sucessão de precedentes”.³⁷

No entanto, as sociedades modernas geram, na realidade, uma demanda pela Jurisdição Quantitativa e Qualitativa. Trata-se de uma demanda de massa

legisladores una solución concreta; pueden establecer que una violación de derechos debe ser corregida en un tiempo límite, sin ponerse en el lugar del legislador ni decidir cuál remedio particular debería ser aprobado; pueden sugerir al legislador una serie de remedios alternativos, dejando la decisión final en las manos del último. (GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa y el papel de los jueces frente a los derechos sociales*. Disponível em: <<http://new.pensamientopenal.com.ar/01102010/derechoshumanos02.pdf>>. Acesso em: 06-09-2012.

³⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 451-452.

³⁶ SILVA, João Fernando Vieira da. *O resgate da ideia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 03-05-2013.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 216 - 217

e de uma demanda maciça³⁸, que coadunam com os princípios legais, sociais e políticos, habitando o pensamento de muitos teóricos do direito³⁹.

Deste modo, o Poder Judiciário torna-se o centro gravitacional de negociações, pois as sociedades passam a pleitear direitos buscando, assim, a obtenção de uma decisão judicial favorável. E ainda, demonstra-se aberto às demandas sociais, as quais o Direito precisa de legitimidade social por uma ordem legal, isto é, por uma Jurisdição Substantiva, que somente o Direito seria capaz de oferecer⁴⁰.

2. O Ativismo judicial pela corrente substancialista

O Ativismo Judicial se realiza pela corrente Substancialista, o qual se usa- da Interpretação calcada na Hermenêutica Jurídica de cunho filosófico⁴¹, transformando o juiz no mais importante ator do cenário Sócio Jurídico, passou o mesmo a ser protagonista da realidade que lhe é imposta pela experiência adquirida jurisdicionalmente em que a democracia e as práticas políticas dos direitos humanos vinculam-se às problemáticas que suscitam as tarefas de formação de um espaço público emancipatório⁴².

³⁸ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 139.

³⁹ Com efeito, para que o judiciário se aproxime do lugar de elemento chave em tal democracia “não utópica” proposta por Cappelletti, o direito precisa de sustentabilidade e legitimidade social frente a demandas por uma ordem legal mais efetiva, isto é, por uma justiça substantiva, justiça essa que o direito, engessado pelo formalismo e legalismo jurídicos, seria incapaz de oferecer. AGUIAR, Thais Florencio de. *A judicialização da política ou o rearranjo da democracia liberal*. Ponto-e-Vírgula, 2: 142-159, 2007, p. 150. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/ponto-e-virgula/n2/pdf/11-thais.pdf>>. Acesso em: 13-07-2013.

⁴⁰ Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Aplicar o direito tende a configurar-se, assim, apenas num resíduo de atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça. Assim, o juiz não aparece mais como o responsável pela tutela dos direitos e das situações subjetivas, mas também como um dos titulares da distribuição de recursos e da construção de equilíbrio entre interesses “supra individuais”. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 32.)

⁴¹ Tanto o Ativismo Judicial quanto a Interpretação Judicial do Direito realizada pela Hermenêutica Jurídica de cunho filosófica apresentam um ponto sensível e comum, pois consideram-se antiformais.

⁴² Considere assim, que a representação da realidade e a produção institucional da subjetividade como as formas iniciais da política. De fato, existe uma semiose do poder

“Os juízes desenvolveram uma abordagem particular da interpretação jurídica formando e aperfeiçoando uma teoria política sensível a essas questões, de que dependerá a interpretação em casos específicos, e chama isso de sua filosofia jurídica. Ela incluirá características estruturais, *que elaborem a exigência geral de que uma interpretação se ajuste à história doutrinal, e afirmações substantivas sobre os objetivos sociais e os princípios de justiça*. A opinião de um juiz sobre a melhor interpretação será, portanto, a consequência de convicções que outros juízes não precisam compartilhar”.⁴³

Reconheceu-se que realmente o juiz cria direito de modo transparente, o qual o Ativismo Judicial, consubstanciado pela corrente Substancialista, tem sido extraordinariamente beneficente para que se venha a romper o formalismo do Direito, abrindo novos espaços diante do ordenamento jurídico.

Pelo que foi exposto, é necessário apontar que o procedimentalismo, pela sua natureza de legitimação do Direito Legislativo, passou a incidir no Judiciário pelo substancialismo. Assim, o primeiro gerou viabilidade Legitimadora para que o segundo venha a existir, pois aquele serve de via de acesso e vem a garantir os meios democráticos de participação das sociedades, assim reveste-se em tal o substancialismo.

3. A Politização do direito pela via judicial^{44, 45}

“El nuevo nivel (espesos e intensidad) en la revelación Jueces-Derecho-Política. Del magistrado neutral al comprometido (ativista)”.⁴⁶

que produz o real, domínios de objetos e rituais de verdade e de desejo. Poderes que se exercem positivamente para a fabricação institucional da vida: homens produzidos por um poliforme que os enclausura num horizonte uniforme de utopias perfeitas. Neste tocante a grande transformação da sociedade passa pelas mudanças na forma de representação da realidade e da produção da subjetividade. Partindo dessa tese, falo da democracia e das práticas políticas dos direitos humanos vinculando as problemáticas que suscitam as tarefas de formação de um espaço público emancipatório. (WARAT, Luís Alberto. Introdução Geral ao Direito III: O Direito Não Estudado Pela Teoria Jurídica Moderna. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1955, p. 74.)

⁴³ DWORKIN, Ronald. Uma questão de Princípio. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 24-242.

⁴⁴ Porque es inútil querer disociar el poder judicial de los otros poderes del Estado, el legislativo y el ejecutivo, con el pretexto de que éstos representan el poder político, en tanto que el poder del juez tendría naturaleza jurídica exclusivamente. En primer término, es un error oponer el derecho –el derecho del Estado– a la política: el derecho, regla establecida por la sociedad política, está ordenado necesariamente a los fines de la política. Por tanto, en la medida en que los tribunales

Antes de adentrar propriamente no assunto vem se indagar: *¿Se puede creer que edictos y fórmulas técnicamente perfectos, fuesen obra de un magistrado que podía ser un eminente político y al mismo tiempo ignorante en materias jurídicas?*⁴⁷.

A resposta é negativa, pois no plano da formulação-criação do Direito, não há como o direito ser separado da política, na medida em que é produto do processo constituinte ou do processo legislativo, isto é, da vontade das maiorias. O Direito é, na verdade, um dos principais produtos da política, o troféu pelo qual muitas batalhas são disputadas. Em um Estado de Direito, a Constituição e as Leis, a um só tempo, legitimam e limitam o Poder Político⁴⁸.

han de elaborar el derecho será preciso que lo hagan en función del Estado y de sus fines; lo que es la misión de la política. Y después es ilógico el separar de la política el poder judicial cuando este último tiene compresencia –en caso de laguna legal– para suplir al poder legislativo, que es poder esencialmente político. Se sabe, por lo demas, cómo funciona esa suplencia: acaba por instituirse una jurisprudencia, que de hecho es equivalente a la ley esta equivalencia de hecho –equivalencia de derecho en los países de Judge made law [el juez hace derecho]– es la que confiere valor cuasi legislativo a los principios de derecho jurisprudencial establecidos poco a poco por tribunales partiendo de los casos concretos. (BADIN, Jean. *Teoría General del Derecho*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1995, pp. 34-35.)

⁴⁵ Temos reiterado, ao longo deste nosso trabalho, a convicção de que o Direito é importante para conformar a vida social, só lhe cumprindo a função de compor conflitos que nela se configurarem, quando não resolvidos por outros meios socialmente institucionalizados e admissíveis. Porque assim é, relaciona-se necessariamente a determinada organização política da convivência humana, se não for mais exato dizer-se que esta é que lhe define o conteúdo, resultado do efetivo confronto das forças sociais que esses grupos organizados operam. O processo de produção do Direito, por conseguinte, é sempre dependente da realidade social que buscar ordenar e a ela funcionalmente se vincula, objetivando emprestar-lhe segurança, mediante a predeterminação e institucionalização de modelos ou esquema de solução de conflitos coercitivamente aplicáveis aos casos concretos. A produção do Direito, portanto, sempre foi reservada, e sempre o será, aos que, no grupo, se mostrem aptos a monopolizar o uso legítimo de força. Tenham sido eles os chefes de família gregos ou romanos, o patriarcado ou a aristocracia, a burguesia ou os estamentos burocráticos dos partidos únicos, se hegemônicos, monopolizarão o processo de produção do Direito. (PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Julgando os que nos Julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 93.)

⁴⁶ MORELLO, Augusto M. *El Derecho y Nosotros*. La Plata: Librería Editora Platense, 2000, p. 17.

⁴⁷ BIONDI, Biondo. *Arte y Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953, p. 140.

⁴⁸ A separação entre Direito e política tem sido considerada como essencial no Estado constitucional democrático. Na política, vigoram a soberania popular e o princípio

Desta forma, a Politização do Direito pela via judicial, faz emergir um novo paradigma no qual o juiz transformou-se em partícipe da sociedade e defensor da democracia por meio da prestação jurisdicional, onde a Jurisdição passa a provocar transformações políticas, sociais e econômicas. O mais relevante é afirmar que o Ativismo Judicial transforma o Direito em seu amago, por meio da Política⁴⁹.

majoritário. O domínio da vontade. No Direito, vigora o primado da lei (the rule of law) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão. A crença mitológica nessa distinção tem resistido ao tempo e às evidências. Ainda hoje, já avançado o século XXI, mantém-se a divisão tradicional entre o espaço da política e o espaço do Direito. Essa separação é potencializada por uma visão tradicional e formalista do fenômeno jurídico. Nela se cultivam crenças como a da neutralidade científica, da completude do Direito e a da interpretação judicial como um processo puramente mecânico de concretização das normas jurídicas, em valorações estritamente técnicas. Tal perspectiva esteve sob fogo cerrado ao longo de boa parte do século passado, tendo sido criticada por tratar questões políticas como se fossem linguísticas e por ocultar escolhas entre diferentes possibilidades interpretativas por trás do discurso da única solução possível. Mais recentemente, autores diversos têm procurado resgatar o formalismo jurídico, em uma versão requalificada, cuja ênfase é a valorização das regras e a contenção da discricionariedade judicial. (BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição Constitucional: A Tênu Fronteira Entre o Direito e a Política*. Disponível em: < www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 03-09-2013, pp. 15 e 16.)

⁴⁹ Há uma grande contradição no encontro da decisão judicial com a Política, são como dois elementos que, na linguagem do paradigma liberal do Direito e do Estado, pertencem a esferas diferentes e não podem se encontrar. São dois fenômenos cuja relação causa impacto no observador por precisamente não carregarem consigo nenhuma partilha no conhecimento jurídico acumulado, salvo a condição própria de serem compreendidos em separado, em um mundo comum, no qual, todavia, vivem. Este constrangimento da permanência e relacionamento no mesmo mundo se expressa da maneira mais simples e necessária no debate presente sobre a politicidade das decisões judiciais. Há sempre, de um lado, uma impossibilidade habitando na questão de fundo da legalidade e, de outro, a exigência premente de não olvidar o possível e perder de vista o objetivo da fundamentação substantiva das decisões judiciais na era da complexidade da Sociedade e do exaustivo debate sobre a questão dos direitos fundamentais. A esfera judicial vem apresentando cada vez maior articulação com a esfera política, originando um intenso debate sobre o alcance e possibilidades dessas conexões. Por um tempo vigorou o modelo desejável de um processo deliberativo atento à promoção da Democracia com forte ênfase nos compromissos democráticos dos agentes das decisões judiciais. Hoje a discussão é mais ampla e, paradoxalmente, atinge a própria legitimidade jurisdicional para tomar decisões de caráter político, o que leva necessariamente ao estudo do grau de politicidade de suas deliberações. (MONTEIRO, Cláudia Servilha. *A racionalidade da decisão judicial política*. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, p. 193.)

Neste sentido, ocorre o abandono da preservação da Juridicidade do sistema que vem a possibilitar a invasão da corrente substancialista como critério ideológico político, sujeitando-se igualmente a voluntarismos e discricionariedades daqueles destinados a expressar o conteúdo de uma Decisão Política⁵⁰.

No tocante a Política, esta pode ser vista em duas perspectivas: a) como ciência, a mesma mostra o Estado e circunstâncias de determinado povo diante das leis sociologias; b) como arte⁵¹, pois ela serve ao descobrimento, empírico, ou experimental indutivo, dos meios técnicos mais próprios ao Governo e às relações de ordem jurídico estatal no momento ou período que ele vive. Resta evidente que todas as Constituições Contemporâneas precisam ser obras editadas, profundas, tanto da ciência como da arte política, de ciência jurídica e de técnica jurídica⁵².

Neste sentido, “la politica si può in un certo senso considerare como la gestazione del diritto: un accavallarsi di correnti inquiete che cercano di aprirsi un varco per arrivare a trovar appagameto e riposo in leggi che le riconoscano e le tutelino. Tutte le critiche rivolte contro gli ordinamenti invecchiati, la lotta contro le istituzioni, le aspirazioni delle classi sacrificate, le sommosse e le rivoluzioni, si ruducono, per chi le consideri sotto l’aspetto giuridico, a movimenti di interessi disconosciuti e conculcati dalle leggi vigenti, che lottano per l’abolizione di esse e per la creazione al loro posto di altre leggi che trasformino questi interessi

⁵⁰ Enquanto Hans Kelsen juridiciza o poder, Carl Schmitt pretende na sua construção epistemológica a politização do Direito, a partir de uma teoria material da Constituição. Cumpre ressaltar a importância que se confere ao sentido de Constituição enquanto vetor de interpretação, cujo resultado tem influência direta sobre a pluralidade normativa que, em dado ordenamento, se enfeixa na unidade do sistema constitucional. (PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *O Juiz no contexto da interpretação jurídica*. Bimestral. Ideias Legais - Ano 1 - nº 4 - julho e agosto. Campo Grande – MS: Escola Superior da Magistratura da 24ª Região, 2005, pp. 27–28 e 30.)

⁵¹ La dirección del Estado no puede ser anónima: la ocupación del poder necesita un arte que tiene como nombre político. La política supera a la cibernética del aparato; es el dominio de la decisión, de la elección, de las estrategias de acción interior y exterior, y necesita reflexión, consejo, debate, consciencia, voluntad de individuos responsables. Es un arte complejo, incierto y decisivo que, en los momentos críticos y críticos, compromete a la sociedad por entero. Y, e el riesgo y el alea, toda sociedad, incluso democrática, necesita jefes responsables. Los jefes pueden identificarse con su función y consagrarse al servicio de la sociedad, pero al mismo tiempo pueden convertirse en parásitos que ponen el poder a su servicio. (MORIN, Edgar. *El Método: La Humanidad de la Humanidad. La Identidad Humana*. 1ª Ed. Madrid: Catedra Teorema, 2003, pp. 202.)

⁵² MIRANDA, Pontes de. *Fundamentos Actuales do Direito Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932, p. 29.

in diritti. Ogni attività politica, anche estrema e sovvertitrice, mir a creare un ordine nuovo che sia consacrato in leggi: la politica è la dinamica di cui il diritto è la stasi e l'acquetamento".^{53, 54}

Conclui-se que, tanto no Direito quanto na Política, como em todas as ciências, é preciso acompanhar o movimento do espírito humano^{55 56}. Portanto,

⁵³ CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. Volume Terzo. Napoli: Morano Editore, 1968, p. 69

⁵⁴ En el interior de la vida política hay sitio para el derecho, o mejor todavía, necesidad del derecho. Costumbres, leyes, procesos e instituciones jurídicas de una comunidad son importantes elementos de aquella identidad supraindividual del nosotros y de la subsiguiente familiaridad intersubjetiva. Tales hechos jurídicos son, por su estabilidad, garantía de la duración en el tiempo de la citada identidad supraindividual. Cada ordenamiento jurídico nacional encuentra su fundamento en una constitución. Una constitución no es otra cosa que la traducción y consagración en normas jurídicas del tipo de régimen político propio de la comunidad. Para la política, el derecho es un instrumento de movilidad, además de duración. Mejor derecho, de movilidad en la duración. Según la teoría institucionalista, no solo es cierto que donde hay sociedad allí hay derecho, sino que simplemente, no hay derecho sino allí donde una sociedad. (COTTA, Sergio. *Que es el Derecho*. Madrid: Rialp, 2000, pp. 8-9.)

⁵⁵ MIRANDA, Pontes. *Fundamentos Actuales do Direito Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932, p. 29.

⁵⁶ La palabra "política" se atribuye actualmente a cualquier tipo de actividad humana: moda, economía, industria, etc., pero se advierte su distinto significado cuando le atribuimos un fin. Cada uno de nosotros mantenemos una identidad individual en cuanto seres pensantes, pero no dejamos de ser conscientes de esa identidad colectiva que nos agrupa socialmente desde el momento en que nos vemos como seres finitos o limitados. El aspecto social, la identidad colectiva del hombre constituye el ambiente humano de la política. El hombre es un animal político. La política no puede ser emparentada con el sinónimo de poder, ya que éste, por sí mismo no existe. El poder no es más que un elemento de la conciencia colectiva. De hecho, el poder se manifiesta usualmente como servidor de la comunidad. Si el poder no se apoya en la conciencia común, estaremos ante la opresión ignorante del sentir social o colectivo. Lo específico del valor político es ser común a un grupo humano, por lo cual, la expresión idónea para designarlo es la tradicional del bien común. Lo que importa en el bien común, desde el punto de vista de la vida política es precisamente, que es común, y está, por tanto, en disposición de conferir esa identidad supraindividual que aumenta la estatura del individuo. La importancia del elemento comunitario en la vida política se ha puesto de manifiesto de muchas maneras. En el plano lingüístico, en expresiones como patria, La misma palabra remite a cierto bien común. Incluso, pensemos en el constante uso de los símbolos, la bandera, el himno. Todos tienen un significado de reclamo unitario, como símbolos de la unidad supraindividual. La res pública, en cuanto a res populi encuentra en los símbolos expresión de su existencia y capacidad

a política ganha legitimidade funcional por mediação da Constituição^{57, 58}, pois ela é o centro gravitacional que serve de motor que impulsiona⁵⁹ o processo de todo o sistema jurídico-político⁶⁰.

Superada as primeiras digressões, deve-se notar que, pela imposição natural das transformações ocorridas diante do Estado, vieram a incidir na contempora-

para recoger en un nosotros consciente a individuos distintos entre sí. También las clases sociales recuperan esos elementos, más influyentes cuanto más se sientan y actúen aquellas como actores políticos. Quienes plantean la política en términos clasistas insisten en la necesidad de la conciencia de clase, conciencia de un preciso nosotros y de un preciso bien común de la clase. Esos elementos de la política se hallan en cualquier tipo de agrupación política y en cualquier tipo de acción política, puesto que son elementos estructurales y no circunstanciales del vivir político. (COTTA, Sergio. *Que es el Derecho*. Madrid: Rialp, 2000, pp. 7-8.)

⁵⁷ É a diferença entre Direito superior, a Constituição, e o demais Direitos, que acopla estruturalmente Direito e Política, possibilitando o fechamento operacional, a um só tempo, do Direito e da Política. Em outros termos, é por intermédio da Constituição que o sistema da Política ganha legitimidade operacional e é também por meio dela que a observância ao Direito pode ser imposta de forma coercitiva. (OLIVEIRA, Andrade Cattoni de. (Coordenação). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004, p. 25.)

⁵⁸ Constituição, e cuja realização deve o juiz assumir como responsabilidade correspondente ao papel que exerce no Estado Constitucional, e que é valorizado a partir da prática interpretativa - potencializada pela familiaridade de um estudo constante - construtora, e não criadora, da normatividade. Isso implica em juízes engajados na prática do Direito, em busca de soluções inovadoras e edificantes para a construção do ambiente constitucional a partir da interpretação. (PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *O Juiz no contexto da interpretação jurídica*. Bimestral. Ideias Legais - Ano 1 - nº 4 - julho e agosto. Campo Grande - MS: Escola Superior da Magistratura da 24ª Região, 2005, pp. 44-45.)

⁵⁹ Neste sentido, como refere M. Barberis: um juiz “de esquerda” pode interpretar um artigo da Constituição no sentido de este permitir uniões homossexuais, enquanto que, para um outro juiz “de direita”, esse artigo as proíbe. (HESPANHA, António Manuel. *Ideias sobre a Interpretação*. In: NARVÁEZ, José Ramón; MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coord.). *Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 601. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 36.)

⁶⁰ Esse processo político não é eliminado da Constituição, configurando antes um elemento vital ou central no mais puro sentido da palavra: ele deve ser comparado a um motor que impulsiona esse processo. Aqui, verificam-se o movimento, inovação, a mudança, que também contribuem para o fortalecimento e para a formação do material da interpretação constitucional, porque, no seu quadro, são criadas realidades públicas e, muitas vezes, essa própria realidade é alterada sem que a mudança seja perceptível. (HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997. Reimpressão 2002, p. 26.)

neidade a invasão da Política no Direito, consubstanciada tal invasão pelo Poder Judiciário que faz conjecturar que o Direito é um empreendimento Político⁶¹. O Poder Judiciário, impulsionado pelo fenômeno Ativista realizado por sua função jurisdicional em suas sentenças-decisões que podem ser chamadas de Decisões Políticas, visam atingir um objetivo coletivo, para com a sociedade e **indivíduo**, exercendo desta forma o Poder **Político** o qual é detentor por meio de suas funções. O Ativismo Judicial dimensiona-se, assim, meio a uma transferência acentuada de Poder Político para Juízes e Tribunais frente à função jurisdicional que lhes é atribuída, e que por derradeiro acabam por promover alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade por absorverem acentuadamente a consciência popular⁶².

Corroborar-se que:

“In questo sistema di produzione giuridica, che possiamo chiamare sistema della formulazione giudiziaria del diritto, il giudice è posto direttamente a contatto colla coscienza popolare, nella quale il diritto flutua allo stato di sentimento, non ancora fissato i precise norme razionali, e, da quella oscienza di cui egli stesso è partecipe come membro della consociazione, il giudice attinge la ispirazione per risolvere di volta in volta, secondo principi che egli non crea ma che già trova esistenti in sé, le controversie che si presentano al suo giudizio: talchè, nessuno schermo intermedio frapponendosi fra il diritto e il giudice, questi si trova continuamente a contatto colla viva e fresca realtà sociale, e può sentirne i bisogni e fedelmente seguirne l’ascensione”.⁶³

A Política que se projeta no Direito pela via Jurisdicional tem como finalidade geral, se é que tem alguma, coordenar o esforço social e individual, resolver

⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 239.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 12-01-2013.

⁶³ Ma questa contrapposizione tra giustizia e politica, che è necessaria nel sistema della legalità, sparisce nel sistema del diritto libero; se nel sistema della formulazione legale il giudice deve essere soltranto un giurista, cioè un interprete fedele del diritto già fissato in formule dal legislatore, nel sistema della formulazione giudiziaria il giudice deve per forz essere un politico: perchè, non trovando dinanzi a sé la gui delle leggi precostituite, è costretto a cercar per suo conto i criteri di decisione nel tentar caso per caso quella diagnosi delle forze sociali nel sistema della legalità à fata per classi dal legislatore. (CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. Volume Terzo. Napoli: Morano Editore, 1968, pp. 14-15 e 70.)

disputas sociais e individuais, assegurar a Justiça entre os cidadãos e entre eles e seu Governo, ou alguma combinação dessas alternativas⁶⁴.

No entanto, os assuntos levados aos juizes e tribunais apresentam grande relevância social e serão agendados e definidos na decisão judicial, já que os demais poderes do Estado se negaram de solucioná-los pela sua omissão, deste modo tais assuntos, passam a integrar as decisões de cunho político.

Saliente-se que a interpretação do Direito realizada pelo Juiz-Tribunal carrega em sua essência uma forte valoração política, revelando uma sociedade livre e aberta que vem a potencializar com aptidão a oferecer alternativas para a interpretação⁶⁵ do Direito. Tem por escopo ordenar o esforço social e individual, para que se deliberem as disputas sociais e individuais, fazendo assim com que ocorra a realização da Justiça entre os Cidadãos e entre o seu Governo.

“In un significato ampio, la politica abbraccia tutte le attività pratische che concorrono a creare l’ordine nella società: e quindi, anche nel sistema della divisione dei poteri, si può considerare politica tanto ‘attività degli organi legislativi che formulano il diritto in astratto, quanto quella degli organi giurisdizionali, che lo fanno valre applicandolo ai casi concreti. Ma nella contrapposizione tra giustizia e politica, che si vuol fare quando si vuol affermare che questa seconda attività non deve intralciare l’esercizio della prima, alla parola politica si dà un significato più ristretto e specifico: adoprandola per indicare, in contrapposto all’attività giuridica che tutta si svolge nei limiti ed in esecuzione del diritto vigente accettato senza discuterlo così com’è, tutte quelle attività che, discutendo criticamente il diritto vigente, precedono e preparano la creazione del diritto futuro. Antitesi fra giustizia e politica significa dunque antitesi fra ius conditum e ius condendum: fra la osservanza del diritto vigente fedelmente interpretato, e la polemica per mettere al posto del diritto vigente un diritto nuovo che sia più adeguato alle mutate esigenze storiche della società”.⁶⁶

Desde muito tempo ocorre certa relação tensa entre o Direito e a Política. E assim, o Juiz ou Tribunal aplicam certamente o Direito; mas a aplicação

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 239.

⁶⁵ HABERLE, Peter. *Heremênutica Constitucional*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997. Reimpressão 2002, p. 43.

⁶⁶ CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. Volume Terzo. Napoli: Morano Editore, 1968, pp. 68-69.

deste Direito acarreta consigo necessariamente que aquele que o faz proceda a valorações políticas⁶⁷.

De tudo, subsiste um conflito inegável entre democraticidade-legalidade^{68, 69} e um cognitivismo ético subjacente à criação judiciário do Direito, e não se trata apenas de um conflito de natureza académica, pois frequentemente traduz *questões de opção política*^{70, 71}.

⁶⁷ BACHOF, Otto. *Estado de Direito e Poder Político*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Vol. LVI. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 10.

⁶⁸ En resumen: la fórmula Estado de Derecho expresa una relación parasitaria entre política y derecho. El sistema político se beneficia con el hecho de que en otra parte (en el derecho) se encuentra codificada y administrada la diferencia entre lo que es conforme a derecho/y lo discrepante. A la inversa, el sistema jurídico se beneficia con el hecho de que la paz –la diferencia de poderes claramente establecida y el hecho de que las decisiones se puedan imponer por la fuerza– está asegurada en otra parte: en el sistema político. (LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 304.)

⁶⁹ Más compleja es la diferencia entre derecho y política, puesto que en la sociedad moderna la mayor parte de las leyes son, sin duda, expresión de una voluntad política. No es difícil, sin embargo, demostrar que no existe una perfecta y constante coincidencia entre derecho y política. (COTTA, Sergio. *Que es el Derecho*. Madrid: Rialp, 2000, p. 2.)

⁷⁰ HESPANHA, António Manuel. *Ideias sobre a Interpretação*. In: NARVÁEZ, José Ramón; MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coord.). *Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 601. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 36.

⁷¹ En definitiva, ¿qué es una cuestión política? ¿Es posible distinguir lo político y lo jurídico o son dos caras de la misma moneda? El dictado de toda norma jurídica, salvo normas como las leyes de tránsito que resuelven simples problemas de coordinación social, implica una decisión política y la mayor parte de las decisiones políticas vinculantes tienen su expresión en normas jurídicas. Entonces, ¿cuál es este criterio de distinción entre cuestiones políticas y cuestiones jurídicas que nuestra Corte Suprema, a diferencia de la Corte Suprema norteamericana ha llevado lejos? Tal vez existe una intuición subyacente al tema de las cuestiones políticas y que, quizás, podría ser captada por una distinción que ha hecho hace algunos años el profesor Ronald Dworkin. Dworkin distingue dos tipos de razones o de argumentos que se dan en el ámbito jurídico, por un lado, los argumentos fundados en los derechos individuales: el derecho a la vida, el derecho a la seguridad personal, etc. Por otro lado, los argumentos basados en lo que él llama objetivos sociales colectivos, como por ejemplo un argumento basado en la defensa, en la seguridad pública, en la necesidad de aumento o no de la población, etc. ¿Cuál es la diferencia entre argumentos basados en derechos y los argumentos basados en políticas o en objetivos sociales colectivos? (NIÑO, Carlos S. *La Filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad*. In: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 4. Septiembre-diciembre, 1989, pp. 82-83.)

É necessário articular que aos juízes cabe a interpretação jurídica e que esta refletirá em uma teoria política Assim, efetiva-se o Ativismo Judicial, o qual por várias características estruturais passam a elaborar a exigência de uma interpretação mais ajustada em conformidade com questões substancialistas que refletem diretamente os objetivos sociais, políticos e morais⁷². Realiza também princípios de Justiça. Deste modo, o Judiciário serve de palco na busca por justiça, igualdade efetiva e por concretização dos direitos fundamentais⁷³.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, as realidades sociais democráticas emergem complexidade na contemporaneidade das decisões tomadas pelo Poder Judiciário, até então jurídicas, sobrecarregam-se na atualidade de questões com largo alcance político e social, as quais acabavam criando Direito pela via Jurisdicional fenômeno este pode ser chamado de Ativismo Judicial⁷⁴ que vem a superar instâncias políticas tradicionais^{75,76}.

⁷² Os direitos políticos são criações tanto da história, quanto da moralidade: aquilo que um indivíduo tem direito, na sociedade civil, depende tanto da prática quanto da justiça de suas instituições políticas. Desse modo, desaparece a alegada tensão entre originalidade judicial e história institucional: os juízes devem fazer novos julgamentos sobre os direitos das partes que se apresentam, mas esses direitos políticos antes refletem as decisões políticas tomadas no passado do que a elas se opões. (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 136.)

⁷³ En síntesis: por una parte, la debilitadora retirada y prescindente comportamiento del Estado no obstante ser (debe ser) el motor clave de los equilibrios sociales. Por la otra, la Justicia ejerce o reconduce programas de gobierno, les da sentido, posibilidades, fijeza. Ahora los jueces y lo más trascendente la Corte Suprema ya no se limitan a definir o componer conflictos, controversias, casos. Su tarea, fundamentalmente la formativa y docente, ha subido a otro nivel de amplísimas direcciones y significación institucional. (MORELLO, Augusto M.. *El Derecho y Nosotros*. La Plata: Librería Editora Platense, 2000, p. 19.)

⁷⁴ Così, affinché il diritto, dalla coscienza sociale in cui vive allo stato inorganico, possa giungere a trasformarsi in sentenza, occorrono qui due tappe laddove nelle consociazioni primitive bastava una tappa sola: tra il giudice e il diritto, che nella sua realtà sociale è qualcosa di vivo, di mutevole, di perghovole, si è frapposto ormai uno schermo rigido e fisso, che si chiama la legge, dalla quale il giudice non può torcere gli occhi per peragonarla colla società di cui essa si dice espressione, per accertarsi se veramente essa abbia tenuto conto di quegli interessi e di quei sentimenti colletitivi, che dovrebbero formare il suo contenuto sostanziale. Questo non significa che, nel sistema della formulazione legislativa del diritto, il diritto si identifichi colla legge; al contrario, la legge resta non più h la espressione ufficiale de diritto, la sostanza di cui il legislatore si serve per riempir le sue formule verbali. Esiste prima della legge e al disopra del legislatore; ma, ciò nonostante, dato il principio della separazione dei poteri, il quale vieta al giudice di andare al di là della fonte formale e di verificare la sua corrispondenza con la fonte materiale, il giudice non è tanto un interprete del diritto, quato un interprete della manifestazione di volontà emanante dal legislatore; così, mentre nel sistema della formulazione giudiziaria il giudice

legge il diritto nel testo originale, nel sistema della formulazione legislativa il giudice può leggerne soltanto la traduzione, più o meno corretta, che il legislatore ne ha fatta nelle sue leggi. Tale barriera posta tra il giudice e le vive scaturigini sociali del che sta a base di tutte le codificazioni; fidandosi sulla cosiddetta forza di espansione logica della legge, il giudice deve, con imperturbabile impassibilità, cercare una legge emanata cent'anni addietro la soluzione di tutti i problemi giuridici che un secolo di civiltà ha suscitati e che il legislatore di allora non poté neppure lontanamente prevedere. Se la legge più non risponde ai bisogni della società attuale, spetta al legislatore di oggi modificarla; ma, finché al legislatore non piace di smantellare qualche torre di questo suo annoso castello, il giudice deve aggirarsi prigioniero il mondo vive all'aperto a senza posa si rinnova. Questa specie di segregazione legislativa cui il giudice è condannato nello Stato costituzionale scito dalla Rivoluzione francese, si ripercuote anche sulla posizione che il giudice assume nel nostro ordinamento giudiziario. Se da noi il giudice non deve essere altro che un fedele interprete della volontà del legislatore, le qualità che più si devono pregiare in lui sono quelle dell'acutezza logica, della fredda sapienza ragionatrice, dell'agilità tecnica nei servizi di tutti gli strumenti dell'ermeneutica per sviscerare a pieno i segreti di un testo: il giudice non deve essere (come dev'essere invece nel sistema della formulazione giudiziaria del diritto) soprattutto un giurista, che, posto dinanzi a una norma giuridica, trascuri deliberatamente ogni indagine relativa alla bontà sociale del suo contenuto, e si fermi a indagare i soli problemi che si riferiscono al suo meccanismo formale. (CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. Volume Terzo. Napoli: Morano Editore, 1968, pp. 15-17)

⁷⁵ Suponha que tenhamos decidido (por razões da teoria jurídica ou de outra teoria política) que a prática constitucional bem exige que os juízes tenham em vista e apliquem as intenções abstratas dos constituintes, embora para isso os juízes devam fazer julgamentos de moralidade política. (...). Se minhas afirmações sobre o papel da política na interpretação jurídica são fundadas, devemos esperar descobrir opiniões claramente liberais, radicais ou conservadoras não apenas sobre o que a Constituição e as leis de nossa nação deveriam ser, mas também sobre o que são. E é isso exatamente o que encontramos. (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 73, 246.)

⁷⁶ Ellos ofrecieron el lenguaje teórico de una confrontación política de amplias dimensiones: entre el listado de esta teoría transnacional, propia de la segunda mitad del siglo XX, pero sólo hasta ahora incorporada en la enseñanza del derecho nacional, figuraban preeminentemente los nombres de H.L.A. HART, J. RAWLS, R. DWORKIN Y R. ALEXY. Todas estas nuevas ideas antitradicionales empezaron a circular entre grupos, pero su influencia amenazaba con quedarse en ruminaciones de las élites intelectuales. En esta coacción, por tanto, faltaba un mecanismo de transmisión que asegurara, por parte de los jueces inferiores, más apegados a la teoría tradicional, un mínimo de cooperación con los nuevos idearios teóricos y constitucionales. En efecto, la instalación en el sistema jurídico de esta nueva sensibilidad constitucional fue "parcial", en el sentido de que la Corte Constitucional debió compartir escenario con la jurisdicción común que, para todos los efectos prácticos, continuó trabajando dentro de modelos más o menos tradicionales de función judicial. Esta jurisdicción común puede ser definida en bloque, por formación, como "tradicional/positivista". Ello significa, en conjunto, que en su idea de derecho se conserva una rígida dicotomía entre legislación y adjudicación, por

“Porque la politicidad es rasgo consustancial a la misión jurisdiccional y la sentencia constituye un propio acto político y de imperio, en tanto se dicta en nombre del Estado, además de contener una decisión que escoge entre varias alternativas, lo que la erige en un acto de gobierno que, por añadidura, implica una programación del comportamiento social. Empero, naturalmente, politicidad no significa partidismo y sectorialización. Más aún, el Poder Judicial integrado por todos los jueces es, igualmente, un poder político, al menos en cuanto órgano del Estado y también por las funciones que le están asignadas”.⁷⁷

Considerações finais

No Brasil, um dos grandes problemas decorrentes da contraposição entre o substancialismo e as teorias processuais (procedimentalismo) reside no fato de que alguns autores, ao sobrevalorizarem o procedimento, elevando-o à condição de princípio fundante da democracia, deixam de dar a devida importância aos direitos fundamentais sociais.

Por exemplo, a chamada “judicialização da saúde”, que se apresenta através de um volume crescente de ações judiciais, que via de regra resultam em tutelas antecipadas que o gestor demandado, correta ou incorretamente, se vê na contingência de cumprir. Para os que conhecem os complexos meandros do sistema de saúde, público e privado, assustam as liminares e/ou sentenças na medida em que desorganizam ou desestruturam o sistema de saúde (em construção), comprometem programas e desaceleram esforços.

Tanto a Constituição Federal quanto o próprio sistema jurídico visam tutelar o direito à vida, cabendo muita discussão quando algo a isso se refere. Entretanto, em muitos casos não é isso que está seguramente em jogo. E muitos magistrados apontam a dificuldade de encontrar fontes que propiciem um claro discernimento dos casos concretos que lhe são postos.

Há inúmeros registros de equívocos e excessos, e isto tem suscitado manifestações até de pessoas não vinculadas diretamente aos problemas. Dentre os

un lado, y entre su especialidad funcional (derecho civil, penal o laboral) y las órdenes abstractas del derecho constitucional, por otro. Su definición del derecho, además, concentrada durante años en la defensa del círculo propiedad/contrato/sucesión, los hacía poco sensibles a la tarea de definir y defender nuevos derechos no vinculados a los tradicionales. (MEDINA, Diego Eduardo López. *El Derecho de los Jueces*. Segunda Edición. Bogotá-México: Legis, 2006, pp. 322-323.)

⁷⁷ BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas*. Civil Procedure Review, v.1, n.3: 46-74, sep./dec., 2010, p. 54.

excessos, cite-se as ordens de prisão a médicos que não cumprem ordem judicial de internação de pacientes em UTI's por falta de vagas. *“Quando um juiz determina a um administrador público que faça isto ou aquilo, pague isto ou aquilo, estaria ele intervindo na gestão pública e fazendo política?”*

Então, se o processo é um instrumento para a efetivação da Constituição (...), entender a Constituição, também enquanto processo, significa que a ordem constitucional não é uma ordem totalmente estabelecida, mas que vai sendo criada por meio da relação entre a Constituição material e os procedimentos de interpretação e concretização de tais direitos – por exemplo, a saúde. O problema está na pretensão de autonomização das teorias processuais.

Sendo assim, por meio do Ativismo Judicial Substantialista, há de se conferir que a interpretação aplicada pelo juiz dá melhores respostas aos anseios da sociedade democrática. Por esta teoria, o juiz adotará a responsabilidade correspondente ao papel que exerce diante do modelo de Estado acima citado, valorizando este julgador uma prática interpretativa e hermenêutica.

Para Ollero, deve-se assim rever:

“el papel de la función judicial equivale a redimensionar el papel del Estado. es preciso devolverse su función de cauce racional de la actividad social; hacerle ofrecer al individuo una garantía mínima de sus derechos; apártale de toda pretensión de monopolizar lo político, porque despolitizar a la sociedad equivale a aniquilarla. Sólo reconduciendo lo político y lo social (a la superación ética de la insolidaridad) cabrá reconciliar lo público y lo privado. Cuando lo político lo monopoliza el Estado, tiende a considerar la actividad social como interés privado particularista e ilegítimo; a la vez invita a que la sociedad considere lo público como lo estatal, enfocando como una ajena prestación de servicios y asumiendo al respecto una actitud estérilmente reivindicativa. El individuo ha de entender lo público como actividad social (ni privada ni estatal), y responsabilizarse de la participación que ella le exige; el Estado ha de renunciar a monopolizar lo público (estatalizándolo) y a considerar la actividad social como un intrusismo perturbador, para aspirar a encauzarla sin disminuir su potencialidad. Reconciliar lo público y lo privado equivale a reconstruir el Estado, convirtiéndolo en instrumento de la sociedad”.⁷⁸

As decisões tomadas, em especial pelas Cortes Constitucionais⁷⁹, têm um efeito altamente criativo/construtivo que incide através da hermenêutica e

⁷⁸ OLLERO, Andres. *Interpretacion del Derecho y Positivismo Legalista*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1982, p. 165

⁷⁹ Essas particularidades resultam das relações próximas da jurisdição constitucional com as funções da direção e configuração política. A jurisdição constitucional tem de decidir questões mais numerosas com toque político e de alcance político do que

da interpretação criativa-constructiva do Direito Por derradeiro, as decisões jurídicas por tal órgão exaradas são decisões essencialmente políticas, e estas, além de apresentar criação de *ex novo*, regulam também os demais órgãos que compõem o Estado^{80, 81}. Configura-se assim uma tenaz função política, a qual

outras jurisdições. Suas próprias decisões podem desdobrar efeitos políticos de alcance considerável. Elas podem avizinhar-se de uma decisão política, tanto mais que elas regularmente podem ser obtidas não sobre a base de normalizações detalhadas, senão somente com base nos critérios amplos e indeterminados da Constituição. A realização dessas decisões, finalmente, está sujeita a condições completamente diferentes do que aquelas de outras decisões judiciais. (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª Edição alemã) Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998, pp. 420-421.)

⁸⁰ Orbene, è proprio questo l'effetto della preposizione politica: anzi, ben può dirsi che essa rappresenti un efficace strumento per rafforzare la possibilità —di cui si è detto in precedenza— di individuare un caso concreto quale esempio di un criterio generale di condotta, senza la necessità di “ulteriori direttive”. Nominare un interprete ‘di fiducia’ ovvero un interprete che in qualsiasi momento può essere rimosso dal suo ufficio ne condiziona l'attività ermeneutica, prevenendo il rischio che, tra più significati che possono essere conferiti ad un termine generale, ne venga scelto uno non rientrante nell'“accordo interpretativo” posto dal preponente e che, all'atto di applicare la norma e di stabilire se un caso concreto vi rientri o meno, si dia rilevanza a circostanze anch'esse estranee al medesimo ‘accordo’. Più precisamente, l'effetto precipuo della dipendenza politica di un interprete consiste nell'impedirgli di partecipare all'“accordo interpretativo” sul quale si basano le norme che deve applicare: non solo è piuttosto improbabile che l'individuazione di “casi normali” diversi rispetto a quelli oggetto dell'“accordo” del preponente, ma qualsiasi tentativo di modificarlo equivale ad un dissenso cui il preponente ben può rimediare con la rimozione del preposto stesso. Si badi che la dipendenza politica di un intérprete lo esclude, per così dire, dalla ‘gestione’ dell'“accordo” attraverso cui il preponente ha inteso i termini generali e con il quale individuare i “casi familiari”, ma non costituisce un criterio di individuazione degli stessi che si ponga accanto ed oltre l'“accordo” stesso, soprattutto, poi, se si accarezza l'idea di risolvere definitivamente grazie ad essa i problemi di ambiguità e vaghezza del linguaggio normativo. (BISOGNI, Giovanni. *Dipendenza Politica e Teoria Dell'interpretazione Giuridica*. In: NARVÁEZ, José Ramón; MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coord.). *Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 601. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 402.)

⁸¹ As políticas são agregativas em sua influência sobre as decisões políticas, e uma estratégia responsável para se atingir um objetivo coletivo não precisa tratar todos os indivíduos da mesma maneira. (...). Os juízes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política. Em sua forma mais geral, essa doutrina afirma que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles propõem a tomar. (...). As decisões judiciais são decisões políticas, pelo menos no

passa a se decidir questões mais numerosas com toque político e de alcance político do que as demais jurisdições.

Não restam dúvidas que o substancialismo passa a ser entendido como um contraponto ao procedimentalismo; e a temática não é recente. No Brasil, ingressa em face do tardio “constitucionalismo brasileiro”, reflexo das principais constituições europeias após a segunda grande guerra.

Conclui-se que, notadamente, o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, o que garante aos *excluídos* uma oportunidade de concretização da ideia de justiça refletida no processo judicial.⁸²

O que nasce destas considerações é que um tema merece debates e estudos para que surjam claros e sólidos fundamentos com o objetivo de melhor orientar juristas e a sociedade, inclusive o Poder Judiciário em suas ações e decisões nas demandas que envolvam direitos sociais; no exemplo acima: a saúde. Portanto, qualquer um que tenha estudado a história, diria as vicissitudes, da saúde e do judiciário no Brasil, abraça de pronto a temática.

Referências

AGUIAR, Thais Florencio de. A judicialização da política ou o rearranjo da democracia liberal. *Ponto-e-Vírgula*, 2: 142-159, 2007, p. 150. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/ponto-e-virgula/n2/pdf/11-thais.pdf>>. Acesso em: 13-07-2013.

BACHOF, Otto. Estado de Direito e Poder Político. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Vol. LVI. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

BADIN, Jean. Teoría General del Derecho. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1995.

sentido mais amplo que remete à doutrina da responsabilidade política. (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 137-138.)

⁸² Embora classificável como defensor de uma posição liberal contratualista, Dworkin se aproxima, em alguns pontos, dessa posição, entendendo que a criação jurisprudencial do direito também encontraria o seu fundamento na primazia da Constituição. Consultar CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Fabris, 1988; DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1986; *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977; *A matter of principle*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985; VIANNA et al, op. cit. In: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 162.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 12-06-2013.

BARROSO, Luís Roberto. Jurisdição Constitucional: A Tênu Fronteira Entre o Direito e a Política. Disponível em: < www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 03-09-2013.

BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas. *Civil Procedure Review*, v.1, n. 3: 46-74, sep./dec., 2010.

BIONDI, Biondo. *Arte y Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953.

BISOGLI, Giovanni. Dipendenza Politica e Teoria Dell'interpretazione Giuridica. In: NARVÁEZ, José Ramón; MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coord.). *Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 601. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. Juizados especiais e ativismo judicial à luz de Luis Alberto Warat. In: *Sequência (Florianópolis)* No. 64 Florianópolis jul. 2012.

CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. Volume Terzo. Napoli: Morano Editore, 1968.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologia e Sociedade*. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2008.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COTTA, Sergio. *Que es el Derecho*. Madrid: Rialp, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa y el papel de los jueces frente a los derechos sociales. Disponível em: < <http://new.pensamientopenal.com.ar/01102010/derechoshumanos02.pdf>>. Acesso em: 06-09-2012.

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997. Reimpressão 2002.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre factividade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESPANHA, António Manuel. Ideias sobre a Interpretação. In: NARVÁEZ, José Ramón; MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coord.). Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 601. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução (da 20ª Edição alemã) Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LUHMANN, Niklas. El Derecho de la Sociedad. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

MEDINA, Diego Eduardo López. El Derecho de los Jueces. Segunda Edición. Bogotá-México: Legis, 2006.

MIRANDA, Pontes de. Fundamentos Actuales do Direito Constitucional. Vol. I. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. A racionalidade da decisão judicial política. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos.

MORELLO, Augusto M. El Derecho y Nosotros. La Plata: Librería Editora Platense, 2000.

MORIN, Edgar. El Método: La Humanidad de la Humanidad. La Identidad Humana. 1ª Ed. Madrid: Catedra Teorema, 2003.

MORIN, Edgar. La Vía. Para el futuro de la humanidad. 1ª Ed. Barcelona: Paidós, 2011.

NIÑO, Carlos S. La Filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad. In: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 4. Septiembre-diciembre, 1989.

OLIVEIRA, Andrade Cattoni de. (coordenação). Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004.

OLLERO, Andres. Interpretacion del Derecho y Positivismo Legalista. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1982.

PASSOS, J. J. Calmon de. Direito, Poder, Justiça e Processo. Julgando os que nos Julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PICÓ i JUNOY. El Derecho Procesal entre el Garantismo y el eficacia: Un debate mal planteado. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant to Blanch, 2006.

PORTO, Noemia Aparecida Garcia. O Juiz no contexto da interpretação jurídica. Bimestral. Idéias Legais - Ano 1 - n° 4 - Julho e agosto. Campo Grande – MS: Escola Superior da Magistratura da 24ª Região, 2005.

SICHES, Luis Recásens. Nueva Filosofia de la Interpretacion del Derecho. Segunda Edicion. México:Editorial Porrúa, S.A., 1973.

SILVA, João Fernando Vieira da. O resgate da idéia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio. Disponível em: <<http://www.mundo juridico.adv.br>>. Acesso em: 03-05-2013.

SILVA, Ovídio A. Batista da. Processo e Ideologia: o paradigma Racionalista. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

STRECK, Lenio Luis. Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Renavan 1997.

WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito III: O Direito Não Estudado Pela Teoria Jurídica Moderna. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1955.

JUSTICIA RESTAURATIVA Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD ¿MEDIACIÓN EN EL PROCESO PENAL?*

Restorative justice and principle of opportunity.
Mediation in criminal process?

*Teresa Armenta Deu***

Resumen

A partir de un breve recordatorio del principio de legalidad y lo que ha significado en el límite del poder, la seguridad jurídica y el Estado de Derecho, se efectúa una aproximación al principio de oportunidad, sus ventajas e inconvenientes. El objetivo final es encuadrar la mediación penal: como aplicación del mismo; como manifestación de otro fenómeno cual es la justicia restaurativa y la reivindicación de un papel activo de la víctima en la solución del conflicto creado por el ilícito penal; o en el marco de una justicia examinada con criterios de gestión de un servicio, más que del ejercicio de un poder del Estado.

Palabras clave: Justicia restaurativa, principio de oportunidad, mediación penal, víctima.

Recebido: 27 de julio de 2016 – Aprobado: 12 de mayo de 2017

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: ARMENTA DEU, Teresa. Justicia restaurativa y principio de oportunidad ¿mediación en el proceso penal? *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 45, Enero - Junio. 2017. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, pp. 109-126.

** Catedrática de Derecho Procesal, UdG. www.ceapj.udg.edu.

Abstract

Based on a brief reminder of the principle of legality and how this has affected the limits of power, legal certainty and rule of law, an approximation made to the principle of opportunity with both the advantages and disadvantages. The ultimate goal is to seek a framework for criminal mediation: first, how this is applied, and then, how this arises as a manifestation of another phenomenon, such as restorative justice and the vindication of the victims active role in solving the conflict created by criminal offence, also in the context of justice examined with criteria related with management of a service, rather than the exercise of a State's power.

Keywords: Restorative Justice. Principle of Opportunity. Criminal Mediation. Victim.

Introducción¹

Hablar de la contraposición entre principio de legalidad y principio de oportunidad resulta, en términos generales, acometer los derechos y demás situaciones jurídicas de los particulares, gobernadas en general por el principio de autonomía de la voluntad, donde el principio de oportunidad conlleva la disponibilidad de los derechos y la disponibilidad sobre el inicio del proceso, así como su continuación, o no, a través de la renuncia, el desistimiento, la transacción o la remisión a un arbitraje o mediación.

El principio de legalidad ha sido concebido históricamente y dogmáticamente como una exigencia de seguridad jurídica que permite el conocimiento previo de los delitos y las penas, actuando de escudo y limitación del poder en sus muy diversas manifestaciones (poderes locales, del monarca, o del propio ejecutivo o legislativo)

En éste sentido, el principio de legalidad no es sólo una exigencia de seguridad jurídica, que permite únicamente la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no

¹ Este trabajo se ha elaborado disfrutando de dos ayudas a la investigación: I+D *Las reformas procesales: un análisis comparado de la armonización como convergencia y remisión de los procesos civil y penal*. DER2010-15919 (subprograma JURI) y GIC: *Cuestiones actuales de Derecho procesal*. 2009-2013 (SGR 762). También del reconocimiento como grupo de excelencia: Grupo de Investigación Consolidado "Cuestiones actuales de derecho procesal" (2014 SGR 179). Y con la Ayuda para la mejora de la productividad científica de los grupos de investigación de la Universidad de Girona <<Seguridad jurídica y eficacia de la justicia (puntos críticos de las reformas procesales con la perspectiva del derecho comparado)>>, referencia MPCUdG2016/002

admira el pueblo². De este modo, el desarrollo del principio de legalidad supone un proceso de decantación de las garantías individuales y de limitación del poder: primero frente al arbitrio de un sistema de poder difuso y, en especial, frente a la inseguridad propiciada por la existencia de derechos locales, señoriales y consuetudinarios; más tarde, frente a la Corona encarnada en la Administración o poder Ejecutivo y; finalmente, en el marco del Estado constitucional, frente al propio poder legislativo³.

En los sistemas procesales en que el fiscal ejercita la acción penal en régimen de monopolio, resulta evidente que al ciudadano no le queda otro medio de control de tal ejercicio, que la sujeción del mismo a la legalidad; de otro modo, la discrecionalidad supone entre otras cuestiones, la existencia de un campo de acción fuera de control tanto público como privado, la imposibilidad en definitiva de revisión posterior de la actividad efectuada. Si a ello se une, como en acontece en el resto Europa, la progresiva reducción de los llamados delitos privados, le quedan al particular pocos instrumentos frente a una eventual actuación desviada del sometimiento a la ley.

De ahí, que cuando se ha querido incrementar o defender la vigencia del repetido principio de legalidad, ha resultado factor clave, la alegación de la seguridad jurídica que para la comunidad y el Estado de Derecho supone la estricta sujeción al repetido principio. En este sentido, cualquier excepción a la mencionada sujeción al principio de legalidad conlleva una ruptura de la repetida garantía, amén de otros inconvenientes a los que me referiré más adelante.

A la cesión de la sociedad para determinar la regulación de las conductas constitutivas de delito, cede la disposición del derecho penal, encomendándola a jueces y tribunales con las garantías constitucionales conocidas, quienes sólo podrán imponer aquellas penas a través del proceso (“Nullum poena sine proceso”). El resultado es lo que se conoce como *la garantía jurisdiccional en la aplicación del derecho penal*. Con dicha garantía se delimitan tres aspectos: a) Se prohíbe la autotutela; b) la pena se impone sólo por los tribunales, y, c) la pena se impone sólo a través del proceso⁴

² Cfr. MIR PUIG, “Derecho penal” (Parte General), 2ed., p. 62, citando a ARROYO ZAPATERO, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal” en R. Esp. de D. Const., 1983, pp. 99 ss. Dos completos trabajos sobre el principio de legalidad penal son los elaborados por LAMARCA PÉREZ, “Formación histórica y significado político de la legalidad penal” en *Rev. Jdca de Castilla- La Mancha*, 1987, p. 35 ss y “Legalidad penal y reserva de Ley en la Constitución española” en R.E. de D. Const., 1987, pp. 99 ss

³ Cfr. LAMARCA PÉREZ, “Formación histórica...” cit., p. 76..

⁴ MONTERO AROCA, J, “El significado actual del llamado principio acusatorio” en y ANDRÉS IBAÑEZ, P, “Entre política y derecho: el estatuto del actor público en el proceso penal” en AAVV, “Cuadernos de Derecho Judicial/28/1995, pp. 8 ss.

Esta configuración se sostiene sobre tres pilares: 1º) La inexistencia de derechos subjetivos penales y por ende la falta de disponibilidad; 2º) La necesidad de una previa disposición legal que arrumbe o delimite la aplicación del principio de legalidad; y 3º) La dificultad para cohonestar los principios básicos de la mediación (ausencia de publicidad, confidencialidad) no sólo con las normas, sino con los principios que informan la realización penal y su naturaleza pública.

1. Principio de legalidad y principio de oportunidad

Para evaluar los resultados de contraponer principio de legalidad y principio de oportunidad en relación específicamente con la mediación hay que afrontar dos cuestiones: En primer lugar, que configuración legal comportaría, verdaderamente, que la mediación constituyera una manifestación más de aplicación del principio de oportunidad y cual no. Y en segundo lugar, la necesidad de ponderar determinados riesgos, inherentes al principio de oportunidad, como cuestiones *o elementos claves que deben reequilibrarse* en su caso, y cuya respuesta variaría según la configuración legal de la mediación.

Empezando por éste último aspecto, me refiero a cinco aspectos diferentes: 1º) la inevitable quiebra de la igualdad; 2º) a la renuncia a la jurisdicción, que podría resultar o no irrevocable, como en el caso del arbitraje con o sin posibilidad de recurso; 3º) el difícil control de un medio que rechaza la publicidad y con ella el control de lo sucedido en el proceso que supone, si bien conviene añadir inmediatamente, en cuanto a este último aspecto, que si se trata de llegar a un acuerdo entre partes, no es precisa dicha publicidad, pero en ese caso el riesgo se asienta en la eventual posición preminente de una de las partes y la eventual indefensión de la otra, fiándolo todo a que el mediador lleve a cabo una actuación pro activa que pudiera contradecir su neutralidad; 4º) el control de la efectiva voluntariedad y de que ésta resulta “suficientemente” informada; y, 5º) la privatización de la justicia penal y con ella la creación de una nueva manifestación que se uniría a lo que parece una tendencia en materias como la enseñanza y la sanidad⁵.

En otro orden de cosas, ahora desde el punto de vista de la “legalidad constitucional”, también cabría cuestionarse si la mediación penal podría entenderse como forma de “tutela judicial efectiva”, lo que debería comportar una lectura “adecuada” del art. 24 CE, que permitiera encajar la mediación en su literalidad

Artículo 24. 1. *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

⁵ Una nueva manifestación de un fenómeno de más largo alcance que puede examinarse en la obra de ESTEVE PARDO, J, “La nueva relación entre Estado y Sociedad (Aproximación al trasfondo de la crisis)”, Marcial Pons, 2013, pp. 183 ss

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

Antes de responder a todas estas cuestiones resulta imprescindible situar los términos de la cuestión en el contexto histórico y jurídico adecuado.

2. La crisis del principio de legalidad y de la justicia

A partir de un argumento no siempre lineal en virtud del cual la conjunción del incremento de la criminalidad y la incapacidad del aparato judicial para cumplir el principio de legalidad, conduce ineludiblemente a la adopción del principio de oportunidad, una amplia corriente doctrinal aboga por la extensión del mismo a un creciente ámbito de aplicación, cuando no al total de los delitos. El razonamiento falla en su balance: La exclusión de la sujeción al principio de legalidad, como causa esencial del colapso de la administración de justicia, puede valorarse como un buen o el mejor remedio o no, pero en todo caso no es el único. Junto a él y en una primerísima aproximación figuran, cuando menos: el incremento de la dotación de la administración de justicia de medios personales y humanos, y la eliminación de determinadas conductas del código penal, y con ello, la necesidad de un proceso para imponer la pena en él prevista.

Este argumento se completa con la alegación de diversas ventajas que atienden a razones de interés social o utilidad pública: La escasa lesión social producida por el delito y/o la falta de interés público en la persecución; estimular la pronta reparación de la víctima; evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad; y, favorecer la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación; a contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la formal; a favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; y a constituir el único instrumento que permite un trato diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y aquellos otros en los que la pena carece de significación⁶.

⁶ ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, ed. PPU, Barcelona, 1991, pp. 194 y ss. Gran parte de estos motivos han sido incorporados por el ordenamiento procesal penal alemán, en los párrafos 153 y ss. StPO. A pesar de ello, no toda la doctrina alemana coincide en su bondad, vid. HÜNERFELD *Kleinkriminalität und Strafverfahren*, en ZStW, 1978, pp. 909 y ss.; NAUCKE, *Emphielt es sich, in bestimmten Bereichen der kleinen Eigentums- und Vermögenskriminalität, insbesondere des Ladendiebstahls, die strafrechtlichen Sanktionen durch andere, zum*

Frente a los argumentos que militan a favor de la inclusión en nuestro ordenamiento procesal del principio de oportunidad en sus modalidades más amplias, deben ponderarse a mi juicio ineludiblemente las siguientes consideraciones:

- a) El principio de oportunidad surge –la historia lo demuestra– ante la incapacidad de la Administración de justicia a la hora de cumplir sus objetivos, y al igual que la pena, debe entenderse como un mal necesario, utilizable, por tanto, cuando no exista otro remedio mejor. Si así sucede, las limitaciones al deber de persecución que su uso implica han de someterse en todo caso a requisitos de diversa índole. Por una parte, el respeto de los principios constitucionales y procesales y su configuración de manera tal que queden salvaguardados: la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y la atribución de la función jurisdiccional a los órganos a quienes le viene encomendada (art. 117 CE). Por otra parte, la pretensión aceleradora no debe ser ni la única, ni quizá la finalidad prioritaria: las tendencias de política criminal y de derecho penal imperantes constituirán el punto de referencia obligado que señale los aspectos específicos en que la legalidad puede ceder ante la oportunidad, configurando toda una serie de circunstancias evaluables a la hora de decidir el ejercicio o no de la acción penal (así, las que concurren en el hecho, en el autor, en la víctima, los intereses del Estado...)⁷.
- b) Desde el momento en que el principio de oportunidad implica la excepción de uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho –como garantía frente al abuso de las facultades públicas– su implantación debe arrostrar el peligro de desequilibrar aquéllos, especialmente en países en los que, como España, la fiscalía carece de la necesaria independencia⁸. Asimismo han

Beispiel zivilrechtliche Sanktionen abzulösen gegenfalk durch welche?, Gutachten für 51 DIT, 1976, T. I., pp. 115 y ss.; Moos, Zur reform des Strafprozessrechts und des Sanktionenrechts für Bagatelldelikte 1981, pp. 141 y ss.; y, entre otros, RIESS, P., en Lowe-Rosenberg Grosskommentar. 23 ed., 1986.

⁷ Son muy abundantes los trabajos de la doctrina alemana a este respecto. Destacan entre los que limitan el ámbito de aplicación del principio de oportunidad a la concurrencia de una serie de garantías RIESS, «Die Zukunft des Legalitätsprinzips», NSTZ, 1981, y los comentarios correspondientes a los parágrafos 151bis a 157 y el 172 de los *Löwe-Rosenberg Grosskommentar 23 ed.*, 1986. Partidario de un ámbito de aplicación más amplio es WEIGEND, *Anklagepflicht und Ermessen*, Baden-Baden, 1978. Una completa referencia a todas las cuestiones en mi obra, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad...*, cit., pp. 58 y ss.

⁸ Como los recientes casos de corrupción política parecen haber puesto de manifiesto, toda precaución no es exagerada a la hora de salvaguardar las garantías del Estado de Derecho, la separación de poderes, y la independencia judicial, especialmente en aquéllos casos en que se plantearon conflictos entre los intereses generales y los particulares del Gobierno. El hincapié que el último Fiscal General del Estado efectúa en todas sus

de constatarse, desde esta perspectiva, dos riesgos: el uso indebido de las facultades discrecionales en favor de los intereses del ejecutivo; y la quiebra de la imparcialidad, al aunar las funciones acusadoras y enjuiciadoras, ahora en manos del fiscal⁹.

- c) No conviene olvidar que si la aplicación del principio de legalidad garantiza la igualdad ante la ley, la vigencia del principio de oportunidad equivale a consagrar la desigualdad, de manera no siempre suficientemente justificada¹⁰.
- d) Aunque desde la perspectiva de las finalidades de la pena, el principio de oportunidad propicia la efectividad, al permitir la persecución de los delitos más graves, sus consecuencias desde perspectivas de prevención general son ciertamente discutibles por su efecto perverso sobre la credibilidad del sistema y la seguridad jurídica¹¹.
- e) los intereses de la víctima son preteridos, a excepción de que su previa satisfacción figure como condición para aplicar el principio¹².

Apelar a la crisis del principio de legalidad es un argumento recurrente que generalmente se equipara con la crisis de la justicia, esencialmente por la alegación de que la estricta sumisión al principio de legalidad colapsa la justicia y aleja su fin tutelar. Dicha afirmación, que podría resultar fundada, debe ponderarse, sin embargo, para no proporcionar la excusa perfecta para que el

declaraciones sobre la sujeción en su actuación al principio de legalidad, no dejan de servir de ilustración de lo afirmado en estas conclusiones.

⁹ Y ello a pesar del límite que el cumplimiento del art. 10 CE implica en cuanto a la necesidad de su adopción por un órgano jurisdiccional, respecto de toda medida limitativa de derechos fundamentales en la fase instructora, y del certero argumento en virtud del cual, siendo el Fiscal el órgano al que se encomienda la acusación debe corresponderle igualmente la dirección de aquella fase que esta destinada a conocer si debe o no ejercitarse. Esta última circunstancia no impide, por otra parte, que en países como en Alemania, en donde la instrucción está encomendada al fiscal, sea un órgano jurisdiccional quien en la fase intermedia revise la corrección de aquella y corrobore por ende, la necesidad y conveniencia de apertura de la fase oral (pgfs. 198-212 StPO). Similar opción han adoptado las recientes modificaciones en los códigos procesales italiano y portugués.

¹⁰ Este argumento se torna a favor para aquellos autores que preconizan un tratamiento diferenciado y adecuado a cada caso a través de la mayor amplitud del campo de discrecionalidad. WEIGEND, *Anklagepflicht und Errnessen*, 1978, p. 180.

¹¹ RIESS, P., *Die Zukunft des Legalitätsprinzips*, en NSTZ, 1981; GÖSSEL, *Überlegungen zur Bedeutung des Legalitätsprinzips in rechtsstaatliches Strafverfahren*, en «Festschrift für Dünnebieber», 1982; ROXIN, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft*, en DRZ, 1969.

¹² Se trataría de supuestos como el contemplado en el parágrafo 153b StPO.

Estado se relaje en el estricto cumplimiento de alguna de sus funciones tal como está sucediendo actualmente con la “crisis del estado del bienestar” y el resurgimiento de las tesis más rabiosamente liberales. Algo que no resulta sorprendente si se piensa en la reciente eliminación de la justicia gratuita o de los recursos civiles para pretensiones inferiores a tres mil euros, y que podría extenderse al proceso penal.

Frente a una pretendida crisis del principio de legalidad, que incide y coincide con la ya reiterada de la administración de justicia, la inclusión del mismo se apoya en razones de interés social o utilidad pública¹³; en contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la formal; en procurar favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; y en reforzar el único instrumento que permite un trato diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y aquéllos otros en los que la pena carece de significación.

Paralelamente, argumentar que ya existen manifestaciones del principio de oportunidad no es la cuestión o cuando menos no la única. Más bien habría que plantearse si cabe mediación fuera del proceso, lo que excluiría el tema del principio de legalidad procesal (no hay pena sin proceso), trasladándolo a la legalidad penal (no hay pena sin ley). Es decir, previendo que para determinadas conductas pudiera o incluso debiera acudir a la mediación (fuera del proceso), sin enervar así la garantía jurisdiccional.

En una hipótesis que contemplara la mediación penal, ya inicialmente, sin perjuicio de las referencias posteriores, sería necesario establecer, tras el listado de conductas susceptibles de resolverse a través de mediación, otros temas como quién o quiénes remitirían a dicha vía: ¿las partes, por voluntad propia? ¿la policía en el seno de una investigación? ¿la fiscalía en la instrucción? Sea cual fuera la respuesta, debería cohonestarse con la debida garantía sobre la suficiente información sobre el alcance de dicha sumisión y las renunciaciones que implica, así como la revisión judicial en torno a ambos extremos.

3. Sobre los mal llamados “métodos alternativos” y alguno de sus aspectos críticos

En el contexto al que se viene haciendo referencia, los mal llamados “métodos alternativos” (mejor, métodos complementarios) constituyen una apelación asimismo recurrente cuando se critica la falta de eficacia de la justicia y el principio de legalidad. De hecho, su éxito suele acompañar a las referencias del fracaso de

¹³ La escasa lesión social producida por el delito y/o la falta de interés público en la persecución; estimular la pronta reparación de la víctima; evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad; o favorecer la rehabilitación del delincuente.

aquella ante la explosión de la litigiosidad y las dificultades de los ciudadanos para obtener reconocimiento jurisdiccional. Parece claro –se afirma– que el motor originario del proceso hacia los ADR es una tendencia social defraudada por las notorias deficiencias de la Administración de Justicia convencional, a cuyo remolque van las reformas legislativas aperturistas de estas nuevas vías.

Impera en todas estas evaluaciones la falta de satisfacción hacia la prestación del servicio (el de la justicia) y, consecuentemente, la búsqueda de fórmulas alternativas desde el doble punto de vista económico y social, apartando cuando no rechazando explícitamente toda consideración sobre la justicia como poder constitucional y las garantías que ello acarrea, siendo precisamente ese flanco el que suscita las críticas y juicios más negativos.

Frente a este juicio –en ocasiones casi rendido– se recuerdan serios inconvenientes, entre los que conviene recordar ahora dos: la ausencia de la función garantizadora del “fairness” del procedimiento que desarrolla el juez; y que la afirmada “vocación de resolución definitiva” de los ADR, se efectúa a costa de negar la revisión y corrección de aquella.

A ellos –con carácter más general– y ya desde antiguo se añaden otras críticas formuladas en torno a: perpetuar las desigualdades que durante años se han invocado como origen de no poder acceder a los tribunales, la falta de medios económicos suficientes; la duda sobre la libertad del consenso prestado por la parte más débil; y, renunciar a garantías esenciales (independencia e imparcialidad del órgano enjuiciador “alternativo”; falta de transparencia de los procedimientos y renuncia frecuente a la asistencia letrada).

4. Un marco propicio para la mediación: justicia restaurativa y víctima. ¿Vuelta a los orígenes?

La mediación es objeto de un gran interés en el seno de dos tendencias que confluyen. De un lado, tendencias resocializadoras sobre las que no es posible detenernos ahora, y de otro, una nueva línea de actuación hacia la protección de la víctima, en esa siempre fluctuante situación entre la *victimología* y la victimodogmática, que parece despertar una cierta *victimofilia*, abocándola en buena medida a un problema de responsabilidad civil o a percibirla como brazo armado del afán represor del Estado, cuando no al increíblemente denominado “negocio de ser víctima”¹⁴.

¹⁴ Silvia ALLEGREZZA y Mitja GIALUZ, “Víctima y “supervivencia” en la justicia penal europea” en AAVV (Armenta, Oromi, coor), “La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América”, Colex, 2010, pp. 506 ss.

A partir del fundamento generalmente admitido de la “justicia restaurativa”, como cualquier actividad dirigida a reparar el daño o restaurar a la víctima en la situación previa a la comisión del delito, siempre que se realice a cargo del delincuente” (BOLDTROC), el recurso a la mediación se sitúa en el epicentro de un cambio de modelo tradicional, recuperando a la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal. O lo que es lo mismo: la víctima debe incorporarse a un proceso del que fue erradicada por el Estado que vinculó la pena como instrumento de control de los súbditos y manifestación coactiva estatal¹⁵.

Es cierto que ante la propia aparición del conflicto, una parte de los hoy conocidos como “métodos alternativos”, constituyen una vuelta a la reacción primitiva en determinadas sociedades, frente a la que se negocia, se allana o se renuncia. Esto explica la remisión recurrente a ejemplos antiguos y actuales de estructuras sociales que aplican métodos de ésta índole. Así ha acontecido históricamente en lugares muy apartados geográficamente y culturalmente. La conciliación y la mediación tienen una gran base tradicional oriental; al igual que la comunidad africana que todavía en algunas zonas, continúa convocando una asamblea en la que una persona respetada por la comunidad actúa como mediador entre dos o más interesados en resolver su problema, debido en parte a la influencia religiosa del derecho musulmán. La etnia gitana es una buena muestra de cómo la resolución de conflictos al margen del Poder Judicial sigue vigente: los conflictos o desavenencias surgidos entre sus miembros son dirimidos por los patriarcas de la comunidad. También dentro de las comunidades religiosas pueden encontrarse muestras de terceros (sacerdotes, rabinos, imanes,...) que ayudan a sus fieles a conseguir acuerdos que benefician a las partes participantes¹⁶.

Paradójicamente, sin embargo, es en este momento de mayor complejidad de la sociedad actual, y especialmente del surgimiento de fenómenos como la globalización y la correlativa “superación” de estructuras estatales, los que parecen vuelven a conducir inexorablemente a recurrir a estas instituciones por su mayor desformalización y flexibilidad. No es casual que la llamada “aldea global” presente unos perfiles progresivamente similares a los que ofrecen actualmente los EEUU de Norteamérica, circunstancia que unida a su influencia política y social conduce inevitablemente a la clara interacción de fenómenos jurídicos en países de tradición jurídica tan dispar¹⁷.

¹⁵ BARONA VILAR, S, “Mediación penal (Fundamentos, fines y régimen jurídico)”, Tirant lo Blanc. Tratados, Valencia, 2011, pp. 238-241.

¹⁶ Cfr. PUJADAS TORTOSA, V; “*Los ADR en Estados Unidos. Aspectos destacables de su regulación jurídica*” en Revista Española de la Corte de Arbitraje, 2003 “passim”.

¹⁷ Fenómeno que se conecta a la clara influencia del “neoliberalismo” sobre la justicia en la actualidad. Cfr. GARAPON, A, “La Raison du moindre État (Le néolibéralisme et la justice)”, Odile Jacob, 2010, p. 65.

5. La convergencia con determinados criterios de eficacia: la justicia como administración y el abandono del proceso

Las tendencias más recientes se refieren a una perspectiva que interpreta el papel del Estado y más concretamente, de los jueces, pero también de los fiscales, secretarios judiciales, abogados, etc en el desarrollo del proceso, como un instrumento básico de la llamada “administración de justicia”, examinada esta última a su vez fundamentalmente como una función gestionada, de la que el Estado es responsable¹⁸.

La idea que limita la justicia a una de las administraciones del Estado enlaza con la persecución de una determinada política criminal en el ámbito penal, como uno de sus objetivos, justificación que fundamenta, por ejemplo, requerir la dirección de la instrucción para el fiscal, desde el momento que éste sería su principal brazo ejecutor. Pero sirve, además, para que en dicho orden de cosas, la investigación se enderece a fundamentar la acción penal que debe plasmar dicha política legislativa. Un enfoque de mayor trascendencia de lo que parece a primera vista. La configuración de la justicia como administración, por otra parte, se coherente mejor con una percepción del proceso como método de resolución de controversias, que incide más en el *cómo* de dicha administración que en el *qué*, de manera que se supedita la “justicia” de la resolución final a la disponibilidad de sus derechos sustantivos, y en una teorización extrema, de sus derechos procesales¹⁹. Con arreglo a la misma, el proceso es tanto más justo cuanto más se basa en el libre juego de las partes, exigiendo como mucho preservar la corrección del proceso que le precede.

Con todo, la administración de justicia como gestión parece haberse impuesto, argumentando, paradójicamente, que el incremento del derecho de defensa ha supuesto un aumento de los costes del proceso tal que resultan

¹⁸ ARMENTA DEU, T, “Algunas reflexiones en torno a la convergencia entre los procesos civil y penal y la deriva común hacia métodos extrajudiciales”, en AAVV (Armenta Deu, coord) “La convergencia entre los procesos civil y penal ¿Una dirección adecuada?”, Marcial Pons, 2013, pp. 249 ss.

¹⁹ Subyace a este pensamiento, la excesiva simplificación de la idea conforme a la cual la justicia es administración del Estado, y por ende, toda desconfianza hacia el Estado se extiende a los órganos judiciales y a su quehacer. A partir de ahí, cabe preguntarse ¿que significa la “publicización” del proceso? ¿Entender –como hizo Klein- que el proceso es un mal que supone pérdida de tiempo y dinero, y que perjudica la economía al paralizar los bienes, de manera que el juez tiene que gestionarlo para minimizar estos inconvenientes, “Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Los poderes del juez y la oralidad)”, Tirant lo Blanc, Valencia, 2001, p. 72.

inasumibles²⁰. Este fenómeno global enfrenta a la doctrina norteamericana y a la de otros países, entre detractores que advierten sobre el riesgo evidente que suponen para el proceso adversativo, y defensores, a juicio de quienes no resulta sino una vuelta a los orígenes de la justicia, impartida primitivamente a través de instrumentos como la mediación²¹; argumento también utilizado por algunos autores españoles a la hora de propiciar la mediación en el marco del proceso penal²².

6. El ámbito penal y sus singularidades

Inicialmente, métodos alternativos y resolución de conflictos penales han constituido realidades irreconciliables en atención a diversas razones.

La vía contractual encaja mal con la materia penal, donde se carece de capacidad dispositiva, la acción sobre la que se negocia no pertenece a ninguna de las partes y resulta altamente cuestionable la libertad de consentimiento que puede predicarse de aquél que negocia con su libertad. En efecto, resulta difícil llegar a un acuerdo a partir de la falta de disponibilidad del objeto, dificultad que puede acrecentarse para la partes que se encuentra sometida a la amenaza de la imposición de una pena, aun cuando cupiera suponer que si llega a un acuerdo será siempre a cambio de la obtención de un beneficio; y aun cuando no fuera así, ese sería el riesgo que está obligado a obviar el órgano judicial que garantiza el acuerdo²³.

La incompatibilidad entre voluntariedad y coacción se patentiza constantemente en contradicciones como las siguientes: a) el acuerdo se orienta a la plena reparación, en tanto el derecho penal sólo puede perseguir lo correspondiente al hecho antijurídico cometido; b) la negociación en sentido amplio depende de la voluntariedad de los afectados, en tanto el derecho penal actúa a través de su poder coactivo; y, c) los particulares pueden negociar libremente en el ámbito de sus derechos civiles, en tanto el derecho estatal de intervención queda limitado por otros derechos como los fundamentales.

²⁰ DAMASKA, M, "Negotiated Justice in International Criminal Courts", 2 J Int'l Crim Just, 2009, p. 1013.

²¹ En el primer sentido: LANDSMAN, S, "So what? Possible implication of the vanishing trial phenomenon" 1. J. Empirical Legal Stud. 973 2004, p. 982. En el segundo: WIMBERLEY, H. *Legal Evolution: One Further Step*, 79 AMER. J. OF SOCIOLOGY 78, 79 (1973).

²² BARONA VILAR, S, "Mediación penal (Fundamentos, fines y régimen jurídico)", Tirant lo Blanc. Tratados, Valencia, 2011, p.238-241.

²³ L. CADIET, J. NORMANDE et S. AMRANI-MEKKI, "Théorie générale du procès", PUF, coll. Thémis, pp. 759-760.

No puede negarse, sin embargo, que al calor de una innegable aproximación entre los procesos civil y penal se producen fenómenos que denotan un notable incremento en una dirección ocasionalmente convergente. Instituciones como la conformidad o la reparación son mecanismos que caminan en la difícil línea que separa la disponibilidad sobre los derechos propios y la inexistencia de interés público en su satisfacción, y otros objetivos propios de los medios alternativos. Este tránsito, no obstante, dista de ser pacífico; ni la experiencia alemana con la reparación; ni la italiana o portuguesa con la mediación –aún a pesar de su limitado ámbito de aplicación- permiten albergar una actitud exenta de dudas²⁴.

7. Principio de oportunidad y mediación. Algunas reflexiones finales

Una primera acepción del principio de oportunidad lo concibe como la simple excepción a cualquiera de las múltiples manifestaciones del principio de legalidad condicionando su aplicación a cumplir determinados requisitos, es decir, lo que ha dado en llamarse “oportunidad reglada”, conformando previsiones legales que se apartan de la estricta e inamovible configuración de a tal delito tal pena y tal cumplimiento, como acontece con el art. 21 CP (atenuante si se ha reparado el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos con anterioridad a la celebración del JO); el art. 80 CP (suspensión de la ejecución de la pena no superior a dos años, si entre otras condiciones, se han satisfecho las responsabilidades civiles, salvo que el juez determine que por su situación es imposible, o el art. 88 CP (sustitución de la pena de prisión inferior a un año por trabajos en beneficio de la comunidad). Una configuración más amplia se referiría incluso a la propia delineación del marco de la política criminal, comprendiendo el abandono de la garantía jurisdiccional por remisión, en el análisis que nos ocupa, a la mediación. Adecuarse a una u otra dependerá en buena medida de la previsión legal que acoja la mediación.

²⁴ Vid, STEFFEN, M, “Der Täter-Opfer-Ausgleich und die Wiedergutmachung. Historische Bezüge und modern Ausgestaltung”, Aachen, Shaker Verlag, 2005; DOMENIG, C, “Restorative Justice und integrative Symbolik. Möglichkeiten eines integrativen Umgangs mit Kriminalität und die Bedeutung von Symbolik in dessen Umsetzung”, Bern/Stuttgart/Wien, ed, Haupt, 2008. MANNOZZI (coord.) “Mediazione e diritto penale: dalla punizione del reo alla composizione con la vittima”, Milano, 2004, pp, 5ss; MORETTI, “Mediazione e reati violenti contro la persona” en Mannozi, cit, pp. 85ss. SILVANI, “La mediazione nei casi di violenza domestica: profili teorici e spazi applicativi nell’ordinamento italiano” en Mannozi, cit, p. 121ss. LAMAS LEITE, A, “A Mediação Penal de Adultos (Um Novo “Paradigma” de Justiça”, Coimbra editora, 2008.

A este respecto y sin que pueda o deba acometerse un análisis más pormenorizado puede resultar útil trasladar una serie de reflexiones.

A partir de la experiencia comparada, la mediación se inserta en el sistema jurídico penal a partir de tres presupuestos básicos: primero su previsión legal; segundo, una regulación suficientemente exhaustiva; y tercero, el control y necesidad de la colaboración jurisdiccional en diversos aspectos como la ejecución, o la eventual “vuelta” de la cuestión al ámbito jurisdiccional por el fracaso de la mediación.

Sin poder profundizar ni siquiera someramente a ninguno de los aspectos indicados, y dando por entendido que concurren el primero, surgen muchas cuestiones de las que destacaré simplemente aquellas relativas a su ámbito objetivo de aplicación, empezando, claro está, por si debe existir alguna limitación al respecto.

La respuesta debería cohonestarse con el fundamento del recurso a la mediación. Porque si se sostiene que una de sus justificaciones es un “estado social” en el que la desigualdad existente debe compensarse con un tratamiento diferenciado hacia los más desfavorecidos, los delitos económicos, por ejemplo, deberían quedar excluidos. ¿Qué ámbito de aplicación sería el más adecuado? ¿Cuál debería quedar excluido? ¿Qué sucedería con los menores? ¿pequeña criminalidad? ¿victimas de violencia de género? ¿delitos económicos? ¿delitos de peligro abstracto? ¿Debería preverse un *numerus clausus* o no? En el caso de los delitos contra el patrimonio, su incorporación favorecería la reparación efectivamente pero comporta el riesgo de un patrimonialización de la justicia, un “business”, en realidad.

Y qué decir de la necesidad de cumplimentar un modelo de mediación que incorpore determinadas garantías procesales, como la neutralidad del mediador, parangón de la imparcialidad judicial; la validez de las actuaciones efectuadas hasta la remisión a la mediación; la presunción de inocencia; y cómo cohonestar la renuncia a la publicidad y sus garantías con las bondades de la confidencialidad²⁵.

²⁵ Mucho se escrito “de lege ferenda” en este ámbito. Sin ánimo de exhaustividad, pero sí orientativo, junto a los ya citados en notas anteriores, pueden añadirse: GARCÍANDÍA CONZÁLEZ, P, “La regulación de la mediación penal en España: opciones legislativas y contenidos mínimos”, en “El derecho procesal español del S.XX a golpe de tango”, Liber Amicorum en homenaje a J. Montero Aroca, Tirant lo Blanc, 2012, pp.1005-1033; AAVV, GONZALEZ CUELLAR SERRANO, N, (coord.); “Mediación: Un método de ? conflictos. Estudio Interdisciplinar”, Colex, 2010; AAVV (BARONA VILA (coord.), “La mediación penal para adultos”, Tirant lo Blanc, 2009, y, entre otros, AAVV, SOLETO MUÑOZ y OTERO PARGA (coord.), “Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente”, Tecnos, 2007.

Para finalizar una última reflexión que cierre el círculo de cuestiones que abrieron este trabajo. El principio de legalidad y la garantía jurisdiccional, que es una de sus manifestaciones más significativas, no deben enfocarse como “monopolio estatal” con la eventual carga ideológica que comporta el sustantivo, sino como lo que es, un conjunto de garantías precisamente frente a dicho monopolio (Montero).

En las circunstancias actuales de crisis económica y tentación tecnocrática, parece perfectamente razonable propiciar una justicia autogestionada y “low cost”, que en clara conexión con la perenne tendencia a la aceleración a toda costa, propicia el incremento de los llamados métodos negociados, ofreciendo una visión claramente atractiva de los mismos. Con todo, conviene volver a pensar que el abandono del proceso no surge de una correlativa disminución de normas en torno a las que puede surgir el conflicto. No es así en el ámbito del proceso penal, en el que está lejos de alcanzarse una dirección única en los fines del derecho penal y del procesal penal y la criminalización de las conductas no parece remitir.

Tampoco resulta rechazable la apelación al efecto beneficioso que la mediación podría comportar, en primer término, para el propio delincuente, quizás mejor, algunos delincuentes, desde el punto de vista de la prevención especial; quizás también para la víctima en tanto desee colaborar en funciones resocializadoras, garantizando claro está su efectiva voluntariedad. Sin duda también para el Estado y el MF quienes ven fuera del ámbito de sus responsabilidades la persecución de determinados delitos, inicial o sucesivamente, según la mediación concorra antes de iniciarse el proceso o ya en alguna de sus fases. Y como no para el abogado, especialmente en el supuesto de alcanzar un acuerdo indemnizatorio, como presupuesto o no del acuerdo.

Los riesgos, con todo, no deben ser ignorados en aras a poder reequilibrarlo. Me refiero, en primer lugar, a la renuncia a uno de los derechos más significativos cual es el acceso a la justicia, clave de bóveda del Estado de Derecho; renuncia ciertamente voluntaria, pero que pudiera resultar irrevocable, como sucede con el arbitraje, en cuyo caso exigiría, cuando menos, dos contrapesos: en primer término, señalar aquellos delitos que deben quedar fuera de esta posibilidad, y en segundo lugar, que la plena consciencia de la renuncia constara entre los presupuestos para acceder a la mediación, de forma que la voluntariedad debiera alcanzar el conocimiento suficientemente informado, no sólo de aquello a lo que se accede (la mediación) sino también de aquello a lo que se renuncia. En segundo lugar, el peligro de *comercialización de la justicia penal*, algo no necesariamente inherente a la mediación pero que no cabe pasar por alto cuando la publicación de la ley de mediación trastocó lo que era uno de los presupuestos “clásicos” de la mediación, su gratuidad, cuestión que

si bien puede resultar razonable en el marco de los derechos y demás situaciones jurídicas de los particulares, no lo sería en el del derecho penal.

Bibliografía

AAVV, GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, (coord.), “Mediación: Un método de ? conflictos. Estudio Interdisciplinar”. Colex. 2010.

AAVV, BARONA VILAR (coord.). La mediación penal para adultos. Tirant lo Blanch, 2009.

AAVV, SOLETO MUÑOZ y OTERO PARGA (coord.). Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente. Tecnos. 2007.

ALLEGREZZA y GIALUZ. Víctima y “supervivencia” en la justicia penal europea” en AAVV (coord., Armenta Deu y Oromí Vall-llovera), “La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América”. Colex. 2010.

IBAÑEZ, Andrés. Entre política y derecho: el estatuto del actor público en el proceso penal. En: AAVV. Cuadernos de Derecho Judicial”. 28. 1995.

ARMENTA DEU, Teresa. Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España”, ed. PPU. 1991.

-----”Lecciones de derecho procesal penal”, 9ª ed, Marcial Pons, 2016.

-----“Algunas reflexiones en torno a la convergencia entre los procesos civil y penal y la deriva común hacia métodos extrajudiciales”, en AAVV (coord., Armenta Deu) “La convergencia entre los procesos civil y penal ¿Una dirección adecuada?”, Marcial Pons, 2013.

----- “Estudios de Justicia Penal”, Marcial Pons, 2014.

BARONA VILAR. Mediación penal (Fundamentos, fines y régimen jurídico). Tirant lo Blanch Tratados. 2011.

CADIET, NORMANDE et AMRANI-MEKKI, “Théorie générale du procès”, PUF, coll. Thémis. 2013.

DAMASKA. Negotiated Justice in International Criminal Courts”, “2 J Int Crim. Just. 2009.

DOMENIG, “Restorative Justice und integrative Symbolik. Möglichkeiten eines integrativen Umgangs mit Kriminalität und die Bedeutung von Symbolik in dessen Umsetzung”, Bern/Stuttgart/Wien, ed., Haupt.2008.

ESTEVE PARDO. La nueva relación entre Estado y Sociedad (Aproximación al trasfondo de la crisis). Marcial Pons. 2013.

GARAPON. La Raison du moindre État (Le néolibéralisme et la justice). Odile Jacob. 2010.

GARCIANDÍA CONZÁLEZ. La regulación de la mediación penal en España: opciones legislativas y contenidos mínimos. En: “El derecho procesal español del S.XX a golpe de tango”, Liber Amicorum en homenaje a J. Montero Aroca. Tirant lo Blanch. 2012.

GÖSSEL. Überlegungen zur Bedeutung des Legalitätsprinzips in rechtsstaatliches Strafverfahren. En: Festschrift für Dünnebieber. 1982.

HÜNERFELD. Kleinkriminalität und Strafverfahren. En: ZStW. 1978.

LAMARCA PÉREZ. Formación histórica y significado político de la legalidad penal. En: Rev. Jurídica de Castilla La Mancha. 1987.

----- Legalidad penal y reserva de Ley en la Constitución española. En: Rev. Española de Derecho Constitucional, 1987.

LAMAS LEITE. A Mediação Penal de Adultos Um Novo “Paradigma” de Justiça. Coimbra editora. 2008.

LANDSMAN. So what? Possible implication of the vanishing trial phenomenon. 1. J.Empirical Legal Stud. 973. 2004.

MANNOZZI. Mediazione e diritto penale: dalla punizione del reo alla composizione con la vittima. En: Mediazione e Diritto Penale (coord. Mannozi). Milano. 2004.

MIR PUIG. Derecho pena - Parte General, 2ed. 1985.

MONTERO AROCA. El significado actual del llamado principio acusatorio. En: AAVV Terrorismo y proceso penal acusatorio (coord., Gómez Colomer y González Cussac). 2006.

MOOS. Zur reform des Strafprozessrechts und des Sanktionenrechts für Bagatelldelikte. 1981.

MORETTI. Mediazione e reati violenti contro la persona. En: Mediazione e Diritto Penale (coord. Mannozi). Milano. 2004.

NAUCKE. Emphielt es sich, in bestimmten Bereichen der kleinen Eigentums- und Vermögenskriminalität, insbesondere des Ladendiebstahls, die strafrechtlichen Sanktionen durch andere, zum Beispiel zivilrechtliche Sanktionen abzulösen gegebenenfalls durch welche? Gutachten für 51 DIT. 1976. T. I.

PUJADAS TORTOSA. Los ADR en Estados Unidos. Aspectos destacables de su regulación jurídica. En: Rev. Española de la Corte de Arbitraje. 2003.

RIESS. Die Zukunft des Legalitätsprinzips. “NSTZ”. 1981.

-----“Lowe-Rosenberg Grosskommentar. 23 ed. 1986.

ROXIN. Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft. En: DRZ. 1969.

SILVANI. La mediazione nei casi di violenza domestica: profili teorici e spazi applicativi nell'ordinamento italiano. En: Mediazione e Diritto Penale (coord. Mannozi), Milano. 2004.

STEFFEN. Der Täter-Opfer-Ausgleich und die Wiedergutmachung. Historische Bezüge und modern Ausgestaltung, Aachen, Shaker Verlag. 2005.

WEIGEND. Anklagepflicht und Ermessen. Baden, 1978.

WIMBERLEY. Legal Evolution: One Further Step. 79 AMER. J. OF SOCIOLOGY 78, 79. 1973.

LA PROTECCIÓN DE DERECHOS
FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS
MEDIANTE EL RECURSO DE AMPARO
CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA*

The protection of fundamental rights and public freedoms through the constitutional appeal of amparo in Spain

*Rafael Bellido Penadés***

Resumen

Una de las funciones del Tribunal Constitucional en España es la protección de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo. Éste es una garantía judicial de los derechos fundamentales que ha experimentado importantes restricciones en España con la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional del año 2007.

Recebido: 2 de junio de 2016 – Aprobado: 27 de marzo de 2017

* Artículo inédito, que en sus líneas esenciales es fruto de la ponencia presentada en el “Congreso Internacional de Investigación en Trabajo Social y Ciencias Sociales Derechos humanos, resolución de conflictos y Postconflicto” celebrado en Armenia-Quindío (Colombia) los días 22 y 23 de octubre de 2015.

Para citar artículo: BELLIDO PENADÉS, Rafael. La protección de derechos fundamentales y libertades públicas mediante el recurso de amparo constitucional en España. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 45 Enero – Junio. 2017, pp. 127-148.

** Profesor Titular de Universidad de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia (España). Actualmente se encuentra acreditado al cuerpo de Catedráticos de Universidad. Ex Magistrado S. de la Audiencia Provincial de Valencia. Ex Letrado del Tribunal Constitucional de España. rafael.bellido@uv.es

La nueva regulación del recurso de amparo resulta positiva en términos de eficiencia, pero supone un retroceso en la plenitud del sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, porque la lesión de un derecho fundamental, aunque sea grave, ya no es requisito suficiente para admisión del recurso de amparo por el Tribunal Constitucional.

Palabras clave: Derechos fundamentales, protección judicial, recurso de amparo, Tribunal Constitucional, reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Abstract

One of the functions of the Constitutional Court in Spain is the defense of human rights through the amparo appeals. This is a legal guarantee of fundamental rights that has experienced significant limitations in Spain with the reform of the Organic Law of the Constitutional Court in 2007. The new regulation of amparo appeals is positive in terms of efficiency, but it is a step backwards in the judicial system fully guarantees of fundamental rights, because the injury of a fundamental right, even though serious, is not sufficient requirement for admission of the amparo appeals by the Constitutional Court.

Keywords: Human rights, judicial defense, amparo appeals, Constitutional Court, reform of the Organic Law of the Constitutional Court.

Introducción

Las declaraciones o reconocimientos de derechos de la persona en los ordenamientos nacionales, así como en los tratados y convenios internacionales, constituyen un paso importante para la defensa y respeto de esos derechos. Sin embargo, ese reconocimiento o declaración es en sí mismo insuficiente para asegurar el respeto de los derechos en la vida social y jurídica, pues su protección y defensa efectiva pasan por el establecimiento de una serie de garantías destinadas a hacerlos valer en caso de conflicto o desconocimiento.

Esas garantías pueden ser de diferente naturaleza (legislativa, judicial, etc.). En esta ponencia nos ocuparemos de una de las garantías judiciales de los derechos fundamentales de la persona en derecho español, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, garantía que ha sido objeto de una profunda reforma mediante la modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007¹, ante la problemática que estaba generando el crecimiento progresivo de

¹ La Ley originaria reguladora del Tribunal Constitucional es la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, España, Cortes Generales. Salvo indicación en

los recursos de amparo en orden al cumplimiento de las diferentes funciones encomendadas al Tribunal Constitucional².

1. Las funciones del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional –regulado en el Título IX de la Carta Magna (arts. 159-165 CE³)- es el más alto tribunal de la nación española, cuya razón de ser es garantizar la efectividad de la Constitución española, siendo aquel su intérprete supremo (art. 1 LOTC⁴).

Son múltiples las competencias que la Constitución encomienda al Tribunal Constitucional (resolver recursos de inconstitucionalidad, cuestiones de inconstitucionalidad, recurso de amparo...), autorizando así mismo que sus funciones sean incrementadas mediante ley orgánica (art. 161. 4 CE).

Las funciones del Tribunal Constitucional español a groso modo pueden agruparse en tres grandes categorías: el control de la constitucionalidad de la ley y de las normas con valor de ley, la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas a través del recurso de amparo (arts. 53. 2 y 161. 1 b CE) y la resolución de conflictos entre entes, poderes y órganos públicos⁵.

La *primera función* vendría constituida por el control de la constitucionalidad de la ley y de las normas con valor de ley, función que se cumple a través del recurso de inconstitucionalidad, de la cuestión de inconstitucionalidad y del control previo de los tratados internacionales.

contrario, las leyes a las que con carácter general nos referimos en el presente artículo son del Derecho español. Aunque la referida ley ha sido objeto de numerosas modificaciones una de las reformas de mayor envergadura de la materia es la llevada a cabo mediante la Ley Orgánica núm. 6/2007, de 24 de mayo.

² En este sentido, ARAGÓN REYES, Manuel “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85 de 2009, Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 12-13; BORRAJO INIESTA, Ignacio, “Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: hechos, derecho, pronunciamientos, admisión, costes”, *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 3 de 2008, Valencia, España, Tirant lo Blanch, pp. 181 y ss.; CARRILLO, Marc, “La objetivación del recurso de amparo: una necesidad ineludible”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Guipúzcoa, España núm. 81 de 2008, p. 89; y FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81 de 2007, p. 17.

³ Constitución Española.

⁴ Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁵ ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2014, pp. 727-780.

El recurso de inconstitucionalidad (art. 161. 1, a CE) es un recurso directo contra normas con valor de ley de cuya inconstitucionalidad se sospecha y tiene por finalidad garantizar la supremacía de la Constitución sobre la actividad del poder legislativo⁶. Dicho recurso puede ser interpuesto en el plazo de tres meses desde la publicación de la norma cuestionada (art. 33 LOTC) por los órganos o agrupaciones que la propia Constitución establece: el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas (art. 162. 1 CE).

La cuestión de inconstitucionalidad persigue así mismo asegurar la primacía de la Constitución Española y tiene su razón de ser en que el sistema español de justicia constitucional es un sistema continental o europeo de jurisdicción concentrada, en el que el Tribunal Constitucional tiene el monopolio sobre la declaración de constitucionalidad de las normas con valor de ley posteriores a la Constitución, sin que el juez ordinario pueda asegurar por sí solo el sometimiento de la ley a la Constitución. En consecuencia, “cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos” (art. 163 CE).

El control previo de tratados internacionales era hasta septiembre del año 2015 la única modalidad de control previo de constitucionalidad que había pervivido tras la reforma de la originaria Ley Orgánica del Tribunal Constitucional llevada a cabo en 1985⁷, resultando regulado en la propia Constitución (art. 95 CE) y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 78). Su finalidad es evitar que mediante la ratificación de tratados internacionales se asuman obligaciones o compromisos internacionales contrarios a la Carta Magna.

Sin embargo, la reciente reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional realizada en 2015⁸ ha recuperado el control previo de la constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía y de sus reformas, una vez aprobados

⁶ PÉREZ TREMPES, Pablo, *Derecho Constitucional*, con LÓPEZ GUERRA, ESPÍN, GARCÍA MORILLO, SATRÚSTEGUI, V. II, 2010, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 217.

⁷ Esta reforma fue realizada a través de la Ley orgánica 4/1985, de 7 de junio, por la que se deroga el capítulo II del título IV de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional.

⁸ Reforma llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (España, Cortes Generales).

por las Cortes Generales y antes de su entrada en vigor, otorgando al Tribunal Constitucional un plazo de seis meses para su resolución (art. 79 LOTC).

La *segunda gran función* del Tribunal Constitucional es la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas a través del recurso de amparo (arts. 53. 2 y 161. 1 b CE), función que constituye el eje vertebral de nuestra ponencia y que se tratará en breve.

La *tercera gran función* del Tribunal Constitucional es la resolución de conflictos entre entes, poderes y órganos públicos. Pueden encuadrarse en esta categoría los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o los de éstas entre sí (art. 161. 1 b CE), la impugnación por el Gobierno estatal de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas (art. 161. 2 CE), los conflictos en defensa de la autonomía local (arts. 59. 2 y 75 bis LOTC) y los conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado (art. 59. 1. c LOTC).

Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o los de éstas entre sí (art. 161. 1 b CE), tienen por objeto enjuiciar si el reparto de competencias entre el Estado y las CCAA, o de éstas entre sí, se ajusta al bloque de constitucionalidad, integrado básicamente por la Constitución española y los Estatutos de Autonomía; siendo, en cierto sentido, similar el conflicto en defensa de la autonomía local, cuyo objetivo básico es la tutela de la autonomía local constitucionalmente garantizada frente a lesiones derivadas de normas con fuerza de ley autonómicas o estatales. Frente a ello, la impugnación del art. 161. 2 CE conlleva el recurso contra actos o disposiciones autonómicos, en un principio, de rango inferior a la ley, que el Gobierno estatal considere contrarios a la Constitución española por razones distintas al reparto de competencias⁹.

Por último, corresponde al Tribunal Constitucional la resolución de los conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado, que enfrenten al Gobierno con el Congreso de los Diputados, el Senado o el Consejo General del Poder Judicial; o a cualquiera de estos órganos constitucionales entre sí (arts. 59. 1 y 73 a 75 LOTC). No son frecuentes esta clase de conflictos, siendo de destacar, entre los clásicos, el resuelto por la STC 45/1986, de 17 de abril¹⁰, decidiendo el conflicto planteado por el Consejo General del Poder Judicial al Congreso y al Senado ante la modificación del sistema de elección de vocales del Consejo General del Poder Judicial en la Ley Orgánica del Poder Judicial

⁹ ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario, *Derecho...*, ob. cit., p. 776.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 45/1986, de 17 de abril, Ponente Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

de 1985, o el resuelto por la STC 234/2000, de 3 de octubre¹¹, que planteó el Gobierno al Senado, cuando éste inadmitió a trámite la declaración de urgencia del Gobierno para tramitar el proyecto de ley orgánica sobre regulación de la interrupción voluntaria del embarazo.

2. La protección de derechos fundamentales mediante el recurso de amparo

2.1 Ámbito objetivo del recurso de amparo

No todos los derechos reconocidos en la Constitución pueden ser protegidos mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, sino tan sólo aquellos que por su carácter de fundamentales la propia Constitución establece¹².

Así esta dispone que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en los artículos 14 y 30 y en la Sección primera del Capítulo 2º (arts. 15 a 29 CE) a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; y previamente –salvo en el caso del art. 30 CE–, ante los tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (art. 53. 2 CE).

El primer precepto consagra el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación (art. 14 CE), el segundo reconoce el derecho a la objeción de conciencia (art. 30 CE) y la Sección primera (arts. 15 a 29 CE) contiene un amplio abanico de derechos fundamentales de la persona, que pasamos a enumerar.

El art. 15 CE reconoce el derecho a la vida y a la integridad física y moral y prohíbe el sometimiento a tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes. Como consecuencia de lo primero, queda abolida la pena de muerte, salvo lo que dispongan las leyes penales militares para tiempos de guerra.

La protección del derecho a la vida y a la integridad opera tanto frente a particulares como frente a las autoridades y funcionarios, sin que por lo tanto estas puedan someter a los detenidos, presos o penados ni a torturas, ni a penas tratos inhumanos o degradantes. Una de las consecuencias de lo anterior es que la confesión obtenida con violencia durante la investigación penal es nula, carece de eficacia para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 234/2000, de 3 de octubre, Ponente Pedro Cruz Villalón.

¹² PÉREZ TREMPES, Pablo, *Derecho Constitucional*, con LÓPEZ GUERRA, Luis, ESPÍN, Eduardo, GARCÍA MORILLO, Joaquín, SATRÚSTEGUI, Miguel, V. II, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2010, p. 230.

El art. 16 CE proclama la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, en consonancia con el art. 14 CE, que proscribire la discriminación por razón de religión u opinión, y con el único límite a sus manifestaciones que el necesario para el mantenimiento del orden público.

El art. 17 CE reconoce el derecho a la libertad personal y establece una serie de derechos y garantías para quien sea privado de ella (causas determinadas por ley, derechos a la información y a la asistencia letrada del detenido, límites de duración y procedimiento de *habeas corpus*). Este derecho se reconoce frente a todos, frente a particulares y frente a autoridades, y especialmente frente a las autoridades y funcionarios que más frecuentemente pueden acordar las privaciones de libertad.

En el art. 18 CE se consagran diversos derechos fundamentales ligados al ámbito de la vida privada de las personas. En primer lugar, se consagran los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El derecho al honor se ha reconocido no solo a las personas individuales, sino también a las comunidades o grupos étnicos o sociales, según determinó la Sentencia núm. 214/1991 de 11 noviembre, caso Violeta Friedman, en la que se declaró la lesión del derecho al honor de la colectividad judía residente en España y se ordenó su restablecimiento.

En segundo lugar, se reconoce el derecho a la inviolabilidad de domicilio, siendo necesario para entrar en él y registrarlo, consentimiento de su titular, o autorización judicial, salvo en caso de flagrante delito.

En tercer lugar, se proclama el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, requiriéndose para su intervención autorización judicial.

El art. 19 CE consagra la libertad de movimientos, reconociendo que los españoles tienen derecho a elegir residencia y circular por el territorio nacional, así como a entrar y salir de España conforme a lo previsto en la ley, pero sin que su movilidad pueda limitarse por motivos políticos o ideológicos.

El art. 20 CE reconoce distintos derechos fundamentales ligados a lo que podría denominarse *latu sensu* libertad intelectual. Así garantiza el derecho a la libertad de cátedra (art. 20. 1. c), el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica (art. 20. 1. b), el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (art. 20. 1. a); y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20. 1. d).

Estos derechos fundamentales en ocasiones pueden colisionar con otros derechos fundamentales –caso del honor y de las libertades de expresión e

información– y se proclaman especialmente frente a los poderes públicos, razón que lleva a que se prohíba tajantemente que el ejercicio de estos derechos pueda restringirse mediante cualquier tipo de censura previa (art. 20. 2 CE), así como a que se exija resolución judicial para poder acordar el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información (art. 20. 4 CE).

En la colisión de derechos fundamentales posee un *status* preferente el derecho a comunicar información, en cuanto que los medios de comunicación social con su función contribuyen a la formación de una “opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático” (STC 107/1988, de 8 de junio)¹³.

Por lo demás, este derecho a difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho a crear los medios de comunicación a través de los cuales la difusión se hace posible (STC 12/1982 de 31 marzo)¹⁴.

En el ámbito de los derechos políticos se reconocen los derechos de reunión (art. 21 CE), de asociación (art. 22 CE), de participación en asuntos públicos y de acceso a cargos y funciones de igual naturaleza, derechos entre los que se incluyen el derecho de sufragio activo y pasivo (art. 23 CE).

También se reconocen derechos fundamentales de aplicación en el marco de los procesos judiciales. Así, se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24. 1 CE), derecho fundamental cuyo contenido complejo ha ido desgranando la jurisprudencia constitucional y otros derechos fundamentales de naturaleza procesal: derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia (art. 24. 2 CE).

Y en línea con lo anterior se establecen límites a la potestad sancionadora, tanto a la administrativa como a la judicial. Así, se consagra como básico el principio de legalidad sancionadora (penal y administrativa), se establece la finalidad de las penas y medidas de seguridad –orientadas a la reeducación y reinserción social– y se imponen límites a la potestad sancionadora de la Administración –que no podrá imponer sanciones que impliquen privación de libertad– (art. 25 CE).

En el campo de los derechos sociales se reconocen el derecho a la educación y a la libertad de enseñanza –incluida la libertad de creación de centros docentes–, enseñanza que en el nivel básico es obligatoria y gratuita (art. 27 CE); el derecho a

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 107/1988, de 8 de junio, Ponente Eugenio Díaz Eimil.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 12/1982 de 31 marzo, Ponente Luis Díez-Picazo.

sindicarse libremente y el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses (art. 28 CE). Finalmente, se proclama el derecho de petición (art. 29 CE).

Constituyendo un primer paso el reconocimiento o declaración de derechos y su calificación como fundamentales, las proclamaciones de derechos y su caracterización son en sí mismas insuficientes para la efectividad de los mismos, si no van acompañadas de garantías que los hagan valer en caso de lesión o desconocimiento.

En el caso de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española la primera garantía judicial de protección de esos derechos son los procedimientos judiciales a desarrollar ante los tribunales ordinarios y el último mecanismo tuitivo ante la jurisdicción nacional es el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (arts. 53. 2 y 161. 1, b CE).

2.2 El proceso de amparo ante el Tribunal Constitucional

El recurso de amparo protege los derechos y libertades antes relacionados frente a cualquier vulneración procedente de los poderes públicos –sólo indirectamente respecto de los actos con valor de ley del poder legislativo (autocuestión de inconstitucionalidad)–, o, incluso, contra lesiones de derechos fundamentales causadas por particulares, en la medida en que, si no son reparadas por los órganos judiciales, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional considera imputable la lesión del derecho fundamental al órgano judicial, que forma parte del poder público ¹⁵.

La legitimación para interponer el recurso de amparo se reconoce al Defensor del Pueblo, al Ministerio Fiscal y a toda persona física o jurídica que invoque un interés legítimo (art. 162, b CE), cualidad que sin duda posee quien ha sido parte en el proceso judicial previo (art. 46. 1 b LOTC) y considera vulnerado un derecho fundamental.

El plazo para presentar el recurso difiere según los actos contra los que se dirige: si se dirige contra actos sin valor de ley de órganos legislativos, el plazo es de tres meses desde su firmeza (art. 42 LOTC); si se dirige contra actos de órganos gubernativos, el plazo es de veinte días desde que se notifique la resolución que agote la vía judicial previa (art. 43. 2 LOTC); y, finalmente, si se dirige contra actos de órganos judiciales, el plazo es de treinta días desde que se notifique la resolución impugnada (art. 44. 2 LOTC).

¹⁵ PÉREZ TREMPES, Pablo, *Derecho Constitucional*, con LÓPEZ GUERRA, Luis, ESPÍN Eduardo, GARCÍA MORILLO, Joaquín, SATRÚSTEGUI, Miguel, V. II, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2010, p. 231.

El procedimiento es sencillo, se inicia mediante demanda escrita, en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49. 1 LOTC) y deben acompañarse algunos documentos (poder al procurador, certificación de resolución impugnada) y copia de la misma para otras partes.

Tras la presentación de la demanda y un primer control por las Secretarías de Justicia, las Secciones –con las precisiones que después se harán– deben resolver sobre la admisión o inadmisión a trámite del recurso de amparo.

Si se dicta providencia de inadmisión, el proceso de amparo finaliza, salvo que la providencia sea recurrida por el Ministerio Fiscal (art. 49. 3 LOTC).

Si se dicta providencia de admisión, el proceso de amparo continúa, requiriendo al órgano judicial que conoció del proceso judicial previo que remita las actuaciones y que emplace a las partes para comparecer ante el Tribunal Constitucional (art. 51 LOTC).

Una vez recibidas las actuaciones, la Sala da vista a las partes y al Ministerio Fiscal para que presenten alegaciones en el plazo de veinte días.

Presentadas las alegaciones o transcurrido el plazo para hacerlo, la Sala podrá deferir la resolución del recurso a una de sus Secciones, cuando para su resolución sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, o, en otro caso, señalar día para la vista, o para deliberación y votación.

La Sala, o la Sección, pronunciarán la sentencia que proceda en el plazo de diez días (art. 51 LOTC), concediendo o denegando el amparo.

Si lo concede, la sentencia contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: declaración de nulidad del acto o resolución impugnada, reconocimiento del derecho o libertad pública vulnerado y restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho, con adopción de las medidas apropiadas para eso (art. 55 LOTC).

2.3 Las modificaciones introducidas en el recurso de amparo por la Ley Orgánica 6/2007

La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional llevada a cabo en 2007¹⁶, tuvo como principal finalidad “reordenar la dedicación que el Tribunal

¹⁶ Una de las reformas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de mayor envergadura de la materia es precisamente la llevada a cabo mediante la Ley Orgánica núm. 6/2007, de 24 de mayo (España, Cortes Generales).

Constitucional otorga a cada una de sus funciones para cumplir adecuadamente con su misión constitucional” (EM, I, párrafo 2º), por los problemas que se habían generado tras la experiencia acumulada de veinticinco años de actividad del Tribunal Constitucional. “Por un lado, el crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal. Por otro lado, la realidad de los hechos ha permitido también constatar la lentitud de los procedimientos que se desarrollan ante este Alto Tribunal” (EM, II, párrafo 1º).

Con dichos precedentes analizaremos a continuación las principales reformas introducidas con relación al recurso de amparo por la LO 6/2007.

En primer lugar, con el fin de agilizar la resolución de los recursos de amparo, se introducen modificaciones en orden al órgano competente para decidir en Sentencia el recurso de amparo.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional puede actuar a través del Pleno, de las Salas y de las Secciones. El Pleno está integrado por todos los Magistrados del Tribunal, doce (art. 6 LOTC). Así mismo, el Tribunal Constitucional consta de dos Salas y cada Sala está compuesta por seis Magistrados nombrados por el Tribunal en Pleno (art. 7 LOTC). Por último, para el despacho ordinario y la decisión o propuesta, según proceda, sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de procesos constitucionales, el Pleno y las Salas constituyen Secciones compuestas por el respectivo Presidente o quien le sustituya y dos Magistrados (art. 8. 1 LOTC).

Con anterioridad a la reforma, la competencia para la resolución de los recursos de amparo correspondía a las Salas, salvo que el Pleno recabara alguno para sí (arts. 48 y 10, K LOTC). En cambio, la resolución sobre la admisión a trámite del recurso correspondía a las Secciones (art. 8. 1 y 50 LOTC) Sin embargo, con la reforma de 2007 se incrementa el número de órganos competentes para la resolución de los recursos de amparo, pues a la competencia tradicional del Pleno (único) y de las Salas de Justicia (dos) se añade la competencia de las Secciones (cuatro) (art. 48 LOTC), si la Sala decide deferir a alguna de sus Secciones “la resolución del recurso, cuando para su resolución sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional” (art. 52. 2 LOTC).

En segundo lugar, las modificaciones más importantes son las relativas al régimen de admisión a trámite del recurso de amparo. Unas modificaciones se refieren a los requisitos de los que depende la admisión a trámite del recurso, y otras modificaciones se refieren al régimen de mayorías necesario para adoptar la decisión de admisión o inadmisión a trámite e, incluso, al órgano competente para decidir sobre el particular.

Comenzando por la segunda cuestión es de señalar que, con anterioridad a la reforma de 2007, sobre la admisión o inadmisión a trámite decidía siempre el mismo órgano, la Sección (arts. 8. 1 y 50 LOTC). Si bien el procedimiento y el régimen de mayorías era diferente según el caso fuera de admisión a trámite, o de inadmisión.

La decisión de admisión a trámite podía acordarse por la Sección por simple mayoría mediante providencia (arts. 80 y 90 LOTC).

Por el contrario, la decisión de inadmisión a trámite podía adoptarse mediante providencia -que no exige motivación- por la Sección si existía unanimidad, mientras que si solo existía mayoría -pero no unanimidad- la inadmisión debería acordarse por la Sección mediante auto -que exige motivación- y previa audiencia del demandante y del Ministerio Fiscal.

En cambio, tras la reforma de la LO 6/2007, se ha endurecido el régimen de admisión del recurso de amparo y se ha flexibilizado el régimen para su inadmisión. Así, para la admisión a trámite del recurso ya no basta el acuerdo de la mayoría de la Sección, siendo precisa la unanimidad de ésta para acordar la admisión del recurso y, si solo hubiera acuerdo de la mayoría de la Sección, ésta debe trasladar el asunto a la Sala para que sea ella quien decida sobre la admisión del recurso (art. 50. 2 LOTC)¹⁷.

Por el contrario, se ha relajado el régimen de mayorías necesario para acordar la inadmisión a trámite, que se llevará a cabo siempre mediante providencia (art. 50. 1 y 3 LOTC), adoptada por simple mayoría de la Sección (art. 90 LOTC) y sin necesidad de dar previa audiencia al demandante ni al Ministerio Fiscal.

Por lo demás, los requisitos de la providencia que acuerde la inadmisión, de derecho, no son muy diferentes antes o después de la reforma de 2007. Antes de la reforma, la ley disponía que la providencia de inadmisión “indicará el supuesto en el que se encuentra el recurso” (art. 50. 2 LOTC), es decir, que expresará cuál es la causa de inadmisión apreciada. Tras la reforma se establece que las providencias de inadmisión “especificarán el requisito incumplido” (art. 50. 3 LOTC). En consecuencia, los requisitos de la providencia de inadmisión en el plano legal son muy similares.

Sin embargo, en la práctica del Tribunal Constitucional la situación sí ha cambiado, porque, con anterioridad a la reforma, aunque la ley no les obligara,

¹⁷ Esa elevación del *quorum* necesario para la admisión a trámite del recurso de amparo ha llegado a considerarse como la reforma más profunda introducida por la Ley Orgánica 6/2007. Vid. BORRAJO INIESTA, Ignacio, “Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: hechos, derecho, pronunciamientos, admisión, costes”, *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 3 de 2008, Valencia, España, Tirant lo Blanch, p. 192.

las Secciones del Tribunal Constitucional dictaban providencias motivadas en las que se explicaban con razonable extensión los motivos de la inadmisión. En cambio, tras la reforma de 2007, las providencias de las Secciones y Salas del Tribunal se limitan a cumplir la ley, especificando el requisito incumplido.

Ahora bien, las modificaciones más importantes son las relativas a los requisitos de los que depende la admisión a trámite del recurso. La decisión de admisión a trámite del recurso de amparo está sometida al cumplimiento de unos requisitos formales y de otros requisitos de fondo.

Por lo que respecta a los requisitos formales, en general no son afectados de modo sustancial por la reforma, tampoco los requisitos de los recursos de amparo dirigidos frente a una resolución judicial, pues, aún con ciertas modificaciones terminológicas, se mantienen los requisitos de agotamiento de los recursos procedentes en la vía judicial previa, de imputabilidad de la violación del derecho o libertad al órgano judicial y de pronta denuncia formal de la vulneración del derecho en el proceso judicial previo seguido ante los tribunales ordinarios (art. 44. 1 LOTC).

La principal reforma en este aspecto es la modificación del plazo de interposición del recurso de amparo dirigido contra resoluciones judiciales, que pasa de veinte a treinta días desde la notificación de la resolución judicial a recurrir, ampliación que tiene su razón de ser en la mayor complejidad y laboriosidad de la elaboración del recurso ante la necesidad de justificar el nuevo requisito de fondo al que a continuación nos referimos.

Sin embargo, el núcleo vertebral de la reforma se refiere a los requisitos de fondo de los que depende la admisión del recurso de amparo y, más en particular, al nuevo requisito consistente en la *especial trascendencia constitucional* del recurso de amparo (arts. 48. 1 y 50.1, b LOTC).

Antes de la reforma realizada por la LO 6/2007, había dos supuestos en los que podía acordarse la inadmisión del recurso de amparo por razones de fondo: que el recurso “carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo” amparo (art. 50.1, c LOTC), y “que el Tribunal Constitucional hubiera desestimado ya en el fondo un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo en supuesto sustancialmente igual” (art. 50.1, d LOTC).

Estas causas de inadmisión formalmente han desaparecido de modo expreso de la ley, pero el Tribunal las sigue aplicando, al menos, la relativa a la carencia manifiesta de contenido (art. 50.1, c LOTC), según se desprende de la Memoria del Tribunal Constitucional de 2014.

Con todo, como se adelantaba, la mayor novedad de la reforma de 2007 consiste en la introducción como nuevo requisito de admisión del recurso

de amparo de la *especial trascendencia constitucional* del recurso, como ha destacado la jurisprudencia constitucional.

En este sentido, la STC 155/2009, de 25 de junio, pone de manifiesto que “constituye el elemento más novedoso o la «caracterización más distintiva» (ATC 188/2008, de 21 de julio, F. 3) de esta regulación del recurso de amparo el requisito sustantivo o de fondo de la «especial trascendencia constitucional» que impone el art. 50.1 b) LOTC para la admisión del recurso. En él se plasma la opción del legislador (...), por una nueva configuración del recurso de amparo, toda vez que, en principio, tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su «especial trascendencia constitucional», frente a la configuración por la que esencialmente se caracterizaba en su anterior regulación, en tanto que recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo. Así pues, para la admisión del recurso de amparo no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo [arts. 53.2 y 161.1 b) CE y 41 LOTC], sino que además es indispensable, en lo que ahora interesa, la especial trascendencia constitucional del recurso [art. 50.1 b) LOTC]. El recurso de amparo, en todo caso, sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales”.

Del texto transcrito de la anterior sentencia deben destacarse tres ideas: que la introducción del requisito de la «especial trascendencia constitucional» es el elemento más novedoso; que el recurso de amparo, en todo caso, sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales, razón que justifica que se siga aplicando la causa de inadmisión de la carencia manifiesta de contenido contenida en el art. 50. 1, c) LOTC antes de la reforma; y, sobre todo, que la violación de un derecho fundamental consagrado en la Constitución española ya no es motivo suficiente para la admisión del recurso de amparo, ya que es preciso, además, que el recurso presente «especial trascendencia constitucional»¹⁸.

Ahora en qué consiste la especial trascendencia constitucional del recurso es el verdadero *puns dolens* de todo recurso de amparo, pues constituye una carga del recurrente justificar en el recurso su especial trascendencia constitucional (arts. 48. 1 y 50. 1, b) LOTC).

La Ley Orgánica 6/2007 ofreció unos iniciales criterios orientadores que auxilian al justiciable en la determinación de este requisito, al establecer

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 155/2009, de 25 de junio, Ponente Vicente Conde Martín de Hijas.

que la concurrencia de una especial trascendencia constitucional “se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” (art. 50.1 b LOTC).

Sin embargo, los criterios legales son suficientemente amplios como para dotar de un vasto margen de apreciación al Tribunal Constitucional, margen que éste ha tratado de reducir de modo provisional en aras a una mayor seguridad jurídica en la STC 155/2009. En ella el alto tribunal considera que cabe estimar la concurrencia de especial trascendencia constitucional en los casos siguientes: “a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la Ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la Ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios”.

Ahora bien, lo anterior no supone que el Tribunal Constitucional haya renunciado al amplio margen decisorio que en la admisión del recurso del amparo le atribuyó la reforma legal de 2007 con la introducción de este nuevo requisito, pues el tribunal en la referida sentencia no dejó de señalar “sin que

la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido”.

Con todo, lo más grave de la reforma no es el amplio poder hermenéutico otorgado al tribunal, sino la desnaturalización del recurso de amparo, que deja de ser una garantía eficaz para la protección de toda vulneración de derechos fundamentales. En otros términos, la lesión de un derecho fundamental en el Derecho español actual es por sí misma insuficiente para franquear la puerta del amparo ante el Tribunal Constitucional, pues es preciso para ello que, además de la vulneración del derecho o libertad, el recurso presente especial trascendencia constitucional. En otros términos, lo esencial para la admisión a trámite del recurso de amparo deja de ser que se haya producido la lesión de un derecho fundamental, siendo ahora lo determinante que el recurso sea “constitucionalmente interesante”¹⁹, quedando por tanto inermes –por graves que sean–, ante el cierre de la puerta del amparo constitucional, las vulneraciones de derechos fundamentales que no reúnan dicha condición.

De esta forma se sacrifica en buena medida la función del Tribunal Constitucional de protección de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo en provecho de las otras funciones del Tribunal Constitucional antes expuestas, de modo diferente a como sucede en otros ordenamientos jurídicos avanzados, como en el de Estados Unidos o en el de Alemania, en los que no se cercena de modo absoluto la dimensión subjetiva del recurso de amparo²⁰.

Como consecuencia de lo anterior, sabedor el legislador de la merma que para la protección de los derechos fundamentales puede suponer la nueva regulación del recurso de amparo, trató en cierto modo de compensar esa restricción de la tutela de los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional, con una mayor protección de los derechos y libertades fundamentales ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

¹⁹ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “La perversión jurídica del amparo constitucional en España”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 751 de 2008, Editorial Aranzadi, Navarra, España, apartado VIII *in fine*.

²⁰ HERNÁNDEZ RAMOS, Mario, “Propuesta de desarrollo del nuevo trámite de admisión del recurso de amparo: aspectos materiales y procedimentales”, *Revista de Las Cortes Generales*, núm. 73 de 2008, Madrid, España, Congreso de los Diputados, pp. 39, 44 y 52-54.

En este sentido se justifica el legislador en la Exposición de Motivos de la ley de reforma, que se expresa en los siguientes términos: “La protección y garantía de los derechos fundamentales no es una tarea única del Tribunal Constitucional, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella. Por ello, y con la intención de aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales se modifica el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio. De este modo se introduce una configuración del incidente de nulidad de actuaciones mucho más amplia, porque se permite su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento. Esta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones previo al amparo busca otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico”.

Sin embargo, pese a la buena intención del legislador, el instrumento elegido para potenciar la protección de los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios –el incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOP)– resulta profundamente ineficaz, como ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones la doctrina, sobre todo, porque confía la resolución del incidente al mismo órgano judicial que ha dictado la resolución judicial impugnada²¹, es decir, atribuye la resolución del incidente al propio autor de la supuesta vulneración del derecho fundamental para que reconsidere y, en su caso, rectifique su actuación.

2.4 La realidad del amparo constitucional en la actualidad

Una vez expuesto el sentido de la reforma conviene analizar su alcance en el banco de pruebas de la práctica. La reforma tenía por objeto reasignar el tiempo que el Tribunal Constitucional dedicaba a sus distintas funciones, debido a que, tradicionalmente, la mayor parte de su tiempo lo ocupaba el recurso de amparo, cuyo crecimiento era continuo.

²¹ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, “La reforma de la Ley Orgánica...”, ob. cit., p. 29; CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, “El recurso de amparo que queremos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 88 de 2010, Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 52 y CARRERAS SERRA, Francesc de, “Una interpretación moderadamente optimista del nuevo recurso de amparo”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 11 de 2008, Cortes de Castilla-La Mancha, Toledo, España, p. 26.

Si se examina la evolución del recurso de amparo en España, se aprecia que el crecimiento de los recursos de amparo desde la inicial década de los años ochenta hasta la reforma de 2007 ha sido constante y vertiginoso²².

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Amparos ingresados	7.285	7.721	7.814	9.476	11.471	9.840	10.279
Amparos resueltos	5.611	6.658	7.109	6.078	8.368	11.393	12.833
Amparos pendientes de sentencia	363	428	505	412	277	313	304
Amparos pendientes de admisión	6.040	7.071	7.580	10.990	13.883	12.166	6.040

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Amparos ingresados	10.792	8.947	7.098	7.205	7.376	7.663	7.203
Amparos resueltos	15.693	10.110	6.584	7.472	6.012	6.882	-
Amparos pendientes de sentencia	173	200	145	141	167	116	99
Amparos pendientes de admisión	4.569	3.149	3.420	2.895	3.738	-	3.312

Durante los primeros años (1980-1985) las cifras iban desde los 218 recursos de amparo ingresados en 1980 a los 969 de 1985, sin que en esos años se alcanzara el millar. La unidad de millar se alcanzó en el bienio 1986-1987, superándose las dos unidades de millar en los años 1988-1991, las tres unidades de millar en los años 1992-1993, las cuatro unidades de millar en los años 1994-1996, las cinco unidades de millar en los años 1997-1999, las seis unidades de millar en los años 2000-2001 y las siete unidades de millar en los años 2002-2004. El crecimiento fue mucho mayor en los años siguientes, alcanzando los 9.476 recursos en 2005 y los 11.471 en 2006²³.

²² Los datos que figuran en los cuadros siguientes han sido extraídos de las memorias del Tribunal Constitucional publicadas en http://www.tribunalconstitucional.es/es/LeyTransparencia/informacionInstitucional/memorias/Paginas/default_05.aspx. El guión (-) del segundo cuadro significa que la fuente consultada no refleja un dato en un año concreto.

²³ Los recursos de amparo ingresados entre 1980 y 2001 fueron 218 en el año 1980, 386 en el año 1981, 434 en el año 1982, 827 en el año 1983, 807 en el año 1984, 969 en el año 1985, 1225 en el año 1986, 1655 en el año 1987, 2125 en el año en el año 1988, 2603 en el año 1989, 2896 en el año 1990, 2698 en el año 1991, 3226 en el año 1992, 3874 en el año 1993, 4161 en el año 1994, 4369 en el año 1995, en el 4689 año 1996, 5391 en el año 1997, 5441 en el año 1998, 5582 en el año 1999, 6762 en el año 2000, 6786 en el año 2001. Cfr. HERNÁNDEZ RAMOS, Mario, "Propuesta de desarrollo...", ob. cit., p. 58.

Tras la aprobación de la reforma de 2007, el ingreso de recursos de amparo ha dejado de crecer de forma constante. Es más la entrada de recursos de amparo ha comenzado a decrecer paulatinamente. En el año 2007 los recursos de amparo ingresados decrecieron por primera vez, registrándose 9.840 frente a los más de 11.000 del año anterior. Sin embargo, el número de recursos aumentó en los dos años siguientes, alcanzándose los 10.279 recursos en 2008 y los 10.792 en 2009, aumento que puede tener su causa en el tiempo empleado por el Tribunal para ofrecer una interpretación del significado del nuevo requisito de la especial trascendencia constitucional y por los abogados para percibir el alcance de la reforma. A partir del año 2010 el número de recursos de amparo que entran anualmente ha ido disminuyendo progresivamente, estabilizándose el ingreso de recursos de amparo desde el año 2011 en algo más de los siete mil recursos de amparo anuales²⁴.

No obstante, junto al número de recursos de amparo ingresados, conviene también hacer referencia a otros parámetros, a fin de valorar la eficiencia de la reforma en orden a la tramitación y resolución de los recursos de amparo, aunque se acoten algo en el tiempo.

De los datos expuestos en los dos cuadros anteriores se desprende que la reforma de 2007 ha influido positivamente en la eficiencia de la resolución de los recursos de amparo. Por una parte, el ingreso de recursos de amparo ha comenzado a invertir su evolución, pues el tradicional crecimiento progresivo de los recursos de amparo va dando lugar a un fenómeno de decrecimiento constante desde el año 2010.

Por otra parte, disminuyendo la entrada de los recursos de amparo, aumenta su salida, como lo evidencia el hecho de que descienda considerablemente el número de recursos pendientes de sentencia, una vez admitidos, así como que disminuyan también sustancialmente los recursos de amparo pendientes de una decisión inicial de admisión o inadmisión. Así, vemos que el número de recursos de amparo pendientes de sentencia, que en los años 2002 a 2006 rondaban entre los 300 y 500 anuales, con posterioridad a 2008 se sitúan entre los 150 y 170 anuales, y constatamos que el año 2014 terminó con poco más de un centenar de recursos pendientes de sentencia (116 recursos) y el año 2015 con menos de un centenar (99 recursos). E, igualmente, la tendencia es positiva con respecto a los recursos de amparo pendientes de decisión sobre admisión a trámite, que en los inmediatos años anteriores a la reforma rebasaban anualmente los 10.000 asuntos pendientes, mientras que, con posterioridad, la

²⁴ En concreto, ingresaron 8.947 recursos de amparo en 2010, 7.098 en 2011, 7.205 en 2012, 7.376 recursos en 2013, 7.663 recursos en 2014 y 7.203 recursos en 2015.

media de recursos de amparo pendientes de decisión sobre admisión a trámite se sitúa anualmente en torno a los 3.000 recursos.

Conclusiones

La conclusión que cabe extraer es que el recurso de amparo es una garantía para la efectividad de los derechos fundamentales, que en España ha experimentado importantes restricciones con la reforma de 2007, como consecuencia de la introducción del requisito de la especial trascendencia constitucional.

La nueva regulación del recurso de amparo resulta positiva en términos de eficiencia, como demuestra la práctica de la actuación del Tribunal Constitucional de los años posteriores a aquella. Sin embargo, supone un retroceso en la plenitud del sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos y libertades fundamentales, toda vez que las lesiones de derechos y libertades fundamentales que no posean especial trascendencia constitucional, por muy graves que sean, no podrán ser declaradas ni reparadas en amparo por el Tribunal Constitucional.

Además, esta situación plantea otros interrogantes. ¿Esa restricción del recurso de amparo ha permitido que el Tribunal Constitucional cumpla mejor sus otras funciones? El nuevo requisito de la especial trascendencia constitucional ¿impone una objetivación absoluta del recurso de amparo, o, por el contrario, admite mantener la dimensión subjetiva del mismo en ciertos casos? Ambos interrogantes son de calado y su respuesta fundada y reflexiva aconseja su atención en otro momento y lugar. Sin embargo, no se puede dejar de anticipar que, de modo semejante a lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos avanzados, como en el de Estados Unidos de América o en el de Alemania, debiera mantenerse abierta también en la admisión a trámite la dimensión subjetiva del recurso de amparo como garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas frente al ejercicio abusivo del poder público.

Bibliografía

ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario, *Derecho Constitucional*, Tecnos, 2014, Madrid, España.

ARAGÓN REYES, Manuel, “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85 de 2009, Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BACHMAIER WINTER, Lorena, “La reforma del recurso de amparo en la Ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo”, *Diario La ley*, núm. 6775, 10 septiembre 2007, Madrid, España, Wolters Kluwer.

BORRAJO INIESTA, Ignacio, “Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: hechos, derecho, pronunciamientos, admisión, costes”, *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 3 de 2008, Valencia, España, Tirant lo Blanch.

BORRAJO INIESTA, Ignacio y ELÍAS MÉNDEZ, Cristina, “La puesta en marcha del nuevo recurso de amparo y otras facetas de la jurisprudencia constitucional”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 8, 2009, Iustel, España.

CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, “El recurso de amparo que queremos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 88 de 2010, Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CARRERAS SERRA, Francesc de, “Una interpretación moderadamente optimista del nuevo recurso de amparo”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 11 de 2008, Cortes de Castilla-La Mancha, Toledo, España.

CARRILLO, Marc, “La objetivación del recurso de amparo: una necesidad ineludible”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 81 de 2008, Instituto Vasco de Administración Pública, Guipúzcoa, España.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “La perversión jurídica del amparo constitucional en España”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 751 de 2008, Editorial Aranzadi, Navarra, España.

ESPAÑA, Tribunal Constitucional, http://www.tribunalconstitucional.es/es/LeyTransparencia/informacionInstitucional/memorias/Paginas/default_05.aspx.

ESPAÑA, Tribunal Constitucional, Sentencia (Pleno) 12/1982 de 31 marzo, Ponente Luis Díez-Picazo.

ESPAÑA, Tribunal Constitucional, Sentencia (Pleno) 45/1986, de 17 de abril, Ponente Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

ESPAÑA, Tribunal Constitucional, Sentencia (Pleno) 234/2000, de 3 de octubre, Ponente Pedro Cruz Villalón.

ESPAÑA, Tribunal Constitucional, Sentencia (Pleno) 155/2009, de 25 de junio, Ponente Vicente Conde Martín de Hijas.

ESPAÑA, Tribunal Constitucional, Sentencia (Sala Primera) 107/1988, de 8 de junio, Ponente Eugenio Díaz Eimil.

GARBERÍ LLOBREGAT, José, “Requiem por el recurso de amparo constitucional”, *Diario La ley*, núm. 6775, 10 septiembre 2007, Madrid, España, Wolters Kluwer.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81 de 2007, Madrid, España, Centro de Estudios políticos y Constitucionales.

HERNÁNDEZ RAMOS, Mario, “Propuesta de desarrollo del nuevo trámite de admisión del recurso de amparo: aspectos materiales y procedimentales”, *Revista de Las Cortes Generales*, núm. 73 de 2008, Madrid, España, Congreso de los Diputados.

LÓPEZ GUERRA, Luis, ESPÍN Eduardo, GARCÍA MORILLO, Joaquín, PÉREZ TREMPES, Pablo, SATRÚSTEGUI, Miguel, *Derecho Constitucional*, V. I y II, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2010.

MATIA PORTILLA, Francisco Javier, “La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86 de 2009, Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, “La reforma del recurso de amparo por la LO 6/2007 del Tribunal Constitucional y su proyección laboral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 17, 2008, Iustel, España.

TENORIO, Pedro, *El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Perspectivas de reforma*, 2014, Madrid, España, Wolters Kluwer.

EL PROCESO VERBAL EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO*

The verbal process in the general code process

Oscar Iván Garzón Guevara**

Resumen

El nuevo proceso verbal surge en el Código General del Proceso a partir de un cambio de paradigma en donde los litigios se resolverán de manera ágil, expedita, con argumentos orales en audiencia, con intermediación y presencia permanente del juez en la práctica de las pruebas, con contacto directo del fallador con las alegaciones de las partes, y con providencias que conviene fijar con atención de carácter eminentemente decisorio que según el Código, implica la posibilidad de ser proferido de manera oral e instantánea, y excepcionalmente escrita cuando no fuere posible dictarla de forma oral, con constancia de las

Recibido: 28 de junio de 2016 – Aprobado: 12 de mayo de 2017

* Artículo inédito.

Para citar artículo: GARZÓN, Oscar Iván. El proceso verbal en el Código General del Proceso. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 45 Enero – Junio. 2017, pp. 149-187.

** Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia, magíster en Derecho con énfasis en Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia. Jefe de Programa de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Bogotá. Profesor de pregrado y posgrado en el área de Derecho Procesal y Derecho Privado de las universidades Militar Nueva Granada, Autónoma de Colombia, Manuela Beltrán, Los libertadores y Cooperativa de Colombia. Coordinador de los semilleros de investigación en Derecho Procesal. Abogado litigante, consultor, socio fundador de la firma de abogados Baluarte Jurídico, y miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
Agradecimientos a Laura Estephania Huertas Montero.

razones concretas, informando al Consejo Superior de la Judicatura y anunciando el sentido del fallo con fundamentos; en oposición a los anteriores trámites surtidos a través de procesos escritos, previstos en el Código de Procedimiento Civil. El propósito de este artículo es hacer una descripción de las normas que regulan los distintos actos procesales y el trámite que debe surtirse en el proceso verbal, con algunos comentarios críticos, con el ánimo de que jueces, abogados y operadores jurídicos en general tengan una noción básica de cómo se solucionarán los conflictos hoy en día, y las diferentes posturas que se podrán asumir en el desarrollo del proceso.

Palabras clave: Proceso verbal, Código General del Proceso, oralidad, audiencias.

Abstract

The new verbal process arises in the General Code of the Process from a paradigm shift where disputes will be settled agile, expeditious, with oral arguments hearing in an audience, with immediacy and permanent presence of the judge in the practice of evidence, with direct contact of the judge with the arguments of the parties, and with judgments that should be fixed eminently decisive attention that according to the Code, implies the possibility of being pronounced orally and instantaneous, and exceptionally written when it is not possible pronounce it orally, with evidences of the specific reasons, reporting the Supreme Council of the Judiciary and announcing the meaning of the judgment on grounds: as opposed to the past procedures assorted through written processes, provided in the Civil Procedure Code. The purpose of this article is to describe the norms governing the different procedural acts and the procedure that should be done at the verbal process, with some critical comments, with the hope that judges, lawyers and legal practitioners in general they have a basic understanding of how the conflicts will be solved nowadays, and the different positions that will be able to assume in the process development.

Key Words: Verbal process, General Code of the Process, orality, audiencies.

Introducción y antecedentes

La entrada en vigencia del Código General del Proceso (En adelante CGP) es una fuerte apuesta para mejorar el servicio de justicia en Colombia, que será dispensado por “jueces visibles en juicios orales y por audiencias, con

inmediación y concentración en las actuaciones procesales”¹. Es menester señalar que, por el contrario, bajo el Código de Procedimiento Civil (En adelante CPC), los procesos civiles eran tendencialmente escritos. El juez y las partes se comunicaban a través de memoriales y autos, y quienes instruían el proceso eran los sustanciadores y los funcionarios de secretaría, y al final el juez debía leer todo el expediente, la demanda, la contestación, las pruebas solicitadas y allegadas por las partes y sus alegatos, para poder emitir el fallo, provocando que los procesos fueran bastante largos.

De esta forma, la nueva codificación procesal será aplicable tanto a los “procesos en curso por el CPC como a los procesos nuevos, con ultractividad excepcional”². Por eso se modificó el art. 40 de la Ley 153 de 1887 (CGP., art. 624), y se establecieron reglas puntuales de transito de legislación consagradas en el art. 625 del mismo.

En este estatuto procesal existían diferentes procesos declarativos: i) El proceso ordinario, que era el proceso general por medio del cual se sometían todos los asuntos contenciosos de mayor cuantía que no tuvieran un trámite especial; ii) El proceso abreviado, a través del cual se surtían todos los asuntos de menor cuantía; iii) El proceso verbal sumario, a través del cual se surtían todos los procesos de mínima cuantía y algunos otros que sin importar su cuantía, por su propia naturaleza debían ser tramitados por esta cuerda procesal; y iv) Los procesos declarativos especiales.

El legislador con el propósito de implementar la celeridad en los trámites procesales y de introducir en la práctica los principios de inmediación y concentración procesal, –entendidos estos como el agotamiento de varios actos procesales en un solo momento y la promoción del contacto directo que pueda tener el juez con las partes y con los medios de prueba para fallar inmediatamente–, profirió la Ley 1395 de 2010, una Ley de descongestión judicial, que modificó el CPC en lo relativo al trámite de los procedimientos escritos para dar tránsito a la implementación de procesos orales, instruidos principalmente bajo la modalidad de audiencias.

La Ley 1395 suprimió los procesos ordinarios y los procesos abreviados, y estableció que cuando los asuntos fueran de menor y mayor cuantía, se tramitarían por un proceso verbal, y cuando los asuntos fueran de mínima cuantía,

¹ ÁLVAREZ GÓMEZ Marco Antonio, *“Ensayos sobre el Código General del Proceso”*, Bogotá D.C., Colombia, Ed. Temis, Bogotá, 2016.

² MESTRE ORDOÑEZ José Fernando, ROJAS QUIÑONES Sergio, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, “La oralidad procesal de sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada -especial referencia a las recientes reformas legislativas”*, Bogotá, Revista Virtual No 39, 2013.

se tramitarían por el proceso verbal sumario, de manera oral y en una sola audiencia.

La Ley 1564 de 2012, que promulgó el CGP, siguiendo la misma línea de la Ley 1395 de implementar la oralidad en los procesos, establece en su art. 3 que las actuaciones deben cumplirse en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva. Además, consagró el llamado proceso verbal, y en su art. 368 instituyó que por medio de él se tramitarán todos los asuntos contenciosos que no estén sometidos a un trámite especial. Sin embargo, debe entenderse que son asuntos de mayor y menor cuantía, puesto que los asuntos de mínima cuantía se someterán al trámite del proceso verbal sumario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 390 de este mismo código.

Nos adentramos fundamentalmente el estudio del proceso verbal, recordando el vital entendimiento de los temas desarrollados.

1. El proceso verbal en el CGP

El proceso verbal en el CGP está regulado en el libro tercero, desde los arts. 368 a 373, y se concibe como la cuerda procesal general de la cual se nutren y se desprenden los demás procesos del código. Se establece que la mayoría de actos procesales se desarrollarán por el juez de manera oral en audiencia, y que la sentencia se deberá proferir de manera oral en ella, salvo en casos excepcionales en los cuales el fallo podrá proferirse por escrito.

En otros términos, el trámite contemplado en los arts. 369 a 373 del CGP es el que rige específicamente para los procesos verbales de mayor y menor cuantía y para aquellos cuyas pretensiones no permiten realizar una estimación del monto económico de ellas “independientemente de las consecuencias económicas indirectas que pueda generar la sentencia, aspecto que es indiferente para estos fines”.³

Este proceso se surte en dos fases: i). Una fase escrita, que corresponde al momento en el que se traba la litis, y que incluye la formulación de la demanda, la contestación, y los traslados de las excepciones; y ii). Una fase oral, que comprende el desarrollo de dos audiencias: Una audiencia inicial, prevista en el art. 372 del CGP, en donde se sana el proceso, se fija el litigio, se intenta la conciliación y se decretan las pruebas, y una audiencia de instrucción y juzgamiento consagrada en el art. 373 del CGP, donde se practican los medios probatorios, se escuchan los alegatos de conclusión de las partes y se dicta fallo.

³ Ibídem.

1.1 Fase escrita

La fase escrita del proceso verbal inicia con la presentación de una demanda, que deberá seguir los parámetros generales que establece el mismo CGP⁴:

1. Designación del juez a quien se dirige.

La competencia de los jueces para tramitar este tipo de proceso se determina por las reglas generales y los diferentes factores: cuantía, competencia territorial, fuero subjetivo, previstos en los artículos 15 y ss. del CGP.

2. El nombre y domicilio de las partes, y si no pueden comparecer por sí mismas, los de sus representantes legales.

Cuando se trata de personas naturales, el nombre será el que ellas tengan de acuerdo con sus documentos de identificación, de ahí que no sea posible demandar a una persona citándola solamente por el seudónimo; si se trata de personas jurídicas de derecho público estas deben señalar la nación, departamento, municipio o clase de establecimiento, y para personas jurídicas de derecho privado, se le designará por su razón social de acuerdo con sus estatutos⁵.

3. El nombre del apoderado judicial del demandante.

Eminentemente si se “carece del derecho de postulación, es menester acudir a los servicios de un apoderado judicial”⁶, quien, por regla general, debe ser abogado profesional, y será este quien deba elaborar la demanda en la cual indicará su nombre.

4. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad.

También es posible que el demandante acumule en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos: i). Que el juez sea competente para conocer de todas ellas, sin tener en cuenta la cuantía; ii). Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias; y iii). Que todas ellas puedan tramitarse por el mismo proceso verbal, al no tener asignado ningún trámite especial para su resolución⁷.

⁴ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, “*Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso*”, art. 82.

⁵ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, “*Código General del Proceso, Parte Especial*”, cuarta edición, Bogotá, Ed. Dupre Editores Ltda, 2017.

⁶ ROJAS GÓMEZ, Miguel, “*Lecciones de Derecho Procesal*”, Ed. ESAJU, T. 4, Bogotá, 2016.

⁷ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso*, art. 86.

5. Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.

Lo que el legislador le está exigiendo a los apoderados judiciales con esta disposición es que organicen cronológicamente y clasifiquen los hechos jurídicamente relevantes al caso, absteniéndose de redactar versiones u opiniones subjetivas de los mismos.

6. La petición de los medios probatorios que se quieran hacer valer, con indicación de los documentos que el demandado tiene en su poder para que este los aporte.
7. El juramento estimatorio cuando sea necesario.

El art. 206 del CGP establece que será necesario formular juramento estimatorio cuando se reclamen indemnizaciones de perjuicios patrimoniales, compensaciones o el pago de frutos y mejoras, y se exceptúan de esta exigencia los casos en los cuales se reclame en la demanda perjuicios morales o extrapatrimoniales y cuando quien vaya a reclamar la indemnización, compensación, frutos o mejoras, sea un incapaz.

Sobre este numeral es necesario advertir que se planteó la necesidad de buscar disciplinar a los abogados que de forma irresponsable y precipitada, especialmente en la indemnización de perjuicios, frutos y mejoras, solicitan cifras exageradas, sin base real alguna. A esta práctica le pone fin esta disposición, porque es deber perentorio en las pretensiones de la demanda.⁸

Señalar razonablemente el monto al cual considera que asciende el perjuicio material reclamado, conlleva a estudiar suficientemente y de manera previa a la elaboración de la demanda, las bases económicas del daño sufrido, de manera tal que, si la estimación resulta arbitrariamente exagerada, que para la norma lo viene a construir un exceso de más del 50%, se impondrá la multa equivalente al diez por ciento de la diferencia.⁹

No es necesario allegar o solicitar pruebas para fundamentar el juramento estimatorio porque la aseveración de su monto es la prueba, como tampoco

⁸ Cfr. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Código General Del Proceso, Parte General*, cuarta edición, Bogotá, Ed. Dupre Editores Ltda, año 2016.

⁹ La Corte Constitucional en la sentencia C-157 de marzo 21 de 2013 decidió con relación al párrafo del art. 206: “Declarar EXEQUIBLE el párrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción, por falta de demostración de los perjuicios, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado”.

lo es para efectos de la objeción del mismo. Recuérdese que de lo que se trata es dejar de sentado por este medio de prueba las cantidades por las que se puede concretar una condena.

Este requisito no es pertinente en toda demanda, de ahí que la disposición señala que se erige únicamente como tal “cuando sea necesario”¹⁰, lo que ocurre en la mayoría de los procesos declarativos y no se da en ningún caso en las demandas ejecutivas pues estas últimas se demanda por cantidad cierta y precisa. Es más, en algunos procesos declarativos tampoco es pertinente cumplir con el requisito si la pretensión se formula por una suma exacta, como sería, por ejemplo, una demanda en contra de una empresa de seguros reclamando el pago de un preciso monto a indemnizar.

El juramento entonces no proviene de la parte sino de la ley, y para que sea estimatorio, en nuestra opinión debe mediar una declaración de la voluntad expresa e inequívoca de la parte que lo hace.

Hay muchos actos que la ley procesal considera prestados bajo la gravedad del juramento, que no tiene el alcance de juramento estimatorio, entre otros, los informes presentados por entidades oficiales prevista en el art. 275 del CGP, en tales casos se trata de un juramento con fines de suplir una prueba o de satisfacer un requisito.¹¹

Además, de la única manera que la estimación hecha por el demandante se torna vinculante para las partes y también para el juez, se presenta cuando el demandado no formula objeción alguna en el término del traslado de la demanda, o cuando no las rinde dentro del plazo prudencial que se le señale para ello. En tales casos la cantidad indicada en la demanda, debe acogerse integralmente y sin reservas, porque así lo dispone expresamente la ley.

8. Los fundamentos de derecho.

El CGP en su numeral 8, art. 82, exige que la demanda señale en un aparte los fundamentos de derecho en los cuales apoya las pretensiones de la demanda, es decir, determinar dentro del ordenamiento jurídico las normas en las que se basa el demandante para creer que tiene derecho a que la jurisdicción atienda sus peticiones, de manera que no se trata de una mera ritualidad, sino que atiende a relacionar las normas que considera aplicables al proceso. Sin embargo, si el demandante se equivoca en el derecho aplicable, no se podría tomar esta hipótesis como una excusa para inadmitir la demanda o denegar el derecho al acceso a la administración de justicia, pues se presume

¹⁰ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Ley 1395 de 2010, *Reformas al Código de Procedimiento Civil*, Dupre Editores, Bogotá, 2010.

¹¹ Cfr., BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*, Editorial Temis S.A., Bogotá 2016.

que el juez conoce del derecho (*iura novit curia*) y que en todo caso deberá fallar aplicando al caso las normas correctas.

9. La cuantía del proceso, cuando su estimación sea necesaria para determinar la competencia o el trámite.

En los procesos en que la competencia se determine por el valor de las pretensiones, es necesario establecer si se trata de un proceso de mínima, menor o de mayor cuantía, con el objeto de que ello sirva de base para saber si la demanda está dirigida al juez competente para conocer el asunto.

10. El lugar, la dirección física y electrónica que tengan o estén obligados a llevar, donde las partes, sus representantes y el apoderado del demandante recibirán notificaciones personales. Esta disposición es nueva respecto del anterior Código de Procedimiento Civil, que sólo consideraba las direcciones físicas de notificación.

Las notificaciones contribuyen a materializar una de las reglas orientadoras del sistema procesal, como es el principio de publicidad, es decir que las providencias emitidas por el juez, deben ser comunicadas a las partes o sus apoderados, para que conocidas por estos puedan hacer uso de los derechos que la ley consagra para impugnarlas, aclararlas, complementarlas o, simplemente, para que enteradas de su contenido, se dispongan a cumplir lo allí ordenado.

Notificar significa hacer saber, hacer conocer y el sentido que toma la ciencia procesal el vocablo, es el medio con el que se “quiere comunicar a las partes y terceros autorizados para intervenir en el proceso las providencias judiciales que dentro de él se profieren”¹².

Es tal su importancia, que el inciso segundo del art. 289 del CGP, dispone que “Salvo los casos expresamente exceptuados, ninguna providencia producirá efectos antes de haberse notificado”, directriz que cumple un papel central en el desarrollo del derecho fundamental al debido proceso, pues impide que se puedan hacer efectivas decisiones judiciales sin dar la oportunidad previa de su controversia.

Las normas del CGP que se refieren a la notificación personal¹³ y a la notificación por aviso¹⁴ a través de correo electrónico, afirman que se presume

¹² DEVIS HECHANDIA, Hernando, *Estudios de Derecho Procesal*, Bogotá, Ed. ABC, 1979.

¹³ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso*, art. 291.

¹⁴ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso*, art. 292.

que el destinatario ha recibido la comunicación o el aviso cuando el iniciador recepcione acuse de recibo, y en estos casos, deberá dejarse constancia de esto en el expediente y adjuntar una impresión del mensaje de datos. Para el caso de la notificación personal, a partir de la recepción del correo por el destinatario, este tendrá el término previsto en el art. 291 del CGP para comparecer al juzgado; y en el caso de la notificación por aviso, el art. 292 del CGP establece que el destinatario del correo electrónico, una vez se ha acusado recibo del mismo, se entendería notificado al finalizar el día siguiente a esa fecha.

El art. 20 de la Ley 527 de 1999, que regula los mensajes de datos y el comercio electrónico, establece que si al enviar o antes de enviar un mensaje de datos, el iniciador solicita o acuerda con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos, pero no se ha acordado entre ellos una forma o método determinado para efectuarlo, se podrá acusar recibo mediante: i). Toda comunicación del destinatario, automatizada o no, o ii). Todo acto del destinatario que baste para indicar al iniciador que se ha recibido el mensaje de datos¹⁵. En el mismo sentido, el art. 21 de esta misma ley consagra que cuando el iniciador recepcione acuso de recibo del destinatario, se presume que este ha recibido el mensaje de datos¹⁶. Se ha definido al iniciador del mensaje de datos como aquella persona que por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado, genera, crea o envía el documento, mensaje, o correo electrónico¹⁷.

Bajo estas consideraciones, se deberán configurar los correos de los juzgados¹⁸ y de las partes para que, una vez enviada la comunicación para la

¹⁵ Colombia, Congreso de la República, Ley 527 de 1999, literales a) y b), inciso 1, art. 20.

¹⁶ Colombia, Congreso de la República, Ley 527 de 1999, inciso 1, art. 21.

¹⁷ Numeral 2, Art. 3, Decreto 333 de 2014. En el mismo sentido, la doctrina se ha pronunciado afirmando que el iniciador de un mensaje de datos o de un correo electrónico es aquél que crea el documento o el mensaje. Cfr. FLÓREZ, Germán Darío, “La validez jurídica de los documentos electrónicos en Colombia a partir de su evolución legislativa y jurisprudencial”, *Revista Verba Iuris* No. 31, enero-Junio de 2014, Bogotá, pp. 43-71. Disponible en: <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/31/la-validez-juridica-de-los-documentos-electronicos-en-colombia-a-partir-de-su-evolucion-legislativa-y-jurisprudencial.pdf>, fecha de consulta: 17 de junio de 2016.

¹⁸ Así, por ejemplo, en Bogotá, hay varios juzgados como el 45 civil del circuito que ya poseen un correo oficial y realiza comunicaciones y notificaciones a través de él. El acuso de recibo que da ese despacho consiste en un mensaje automatizado de respuesta a todo correo que se reciba, el que no se supedita a que el mensaje haya sido abierto y leído, sino únicamente a que efectivamente haya sido recibido en la cuenta oficial. Cuando envían una comunicación o una notificación solicitan acuso de recibo, el que puede darse por cualquier medio, pues la ley no indica cuál es el método

notificación personal o el aviso a la persona que debe ser notificada, se pida confirmación de recibo, y una vez se reciba dicha confirmación, esta pueda ser impresa junto con el correo para dejar constancia en el expediente y que se puedan producir los respectivos efectos procesales, independientemente de si se abrió por error o no el correo electrónico.

En caso de que el correo electrónico rebote, deberá usarse por el interesado la dirección física de notificaciones del demandado y enviar la comunicación o el aviso a través de servicio postal autorizado, puesto que, de acuerdo con el art. 82 del CGP, es forzoso que el demandante indique la dirección física y electrónica del demandado. En caso de que se manifieste que no se conoce la dirección de notificaciones del demandado, se deberá proceder a la notificación por emplazamiento, de la forma prevista en el CGP¹⁹. Actualmente, será necesario que se indique expresamente que no se conoce ni la dirección física ni la dirección electrónica de notificaciones del demandado, so pena de inadmisión de la demanda.

11. Los demás requisitos que la ley señale que deban ser incluidos en la demanda.

para tal verificación, lo que incluye un mensaje de datos emitido por el proveedor del servicio de correo del destinatario, un mensaje automatizado de recepción del correo, un mensaje personalizado u otros medios, aún distintos a mensajes de datos, tales como confirmación telefónica o escrita. Los archivos adjuntos son tratados de acuerdo con la ley que rige el determinado caso, en los términos de la Ley 527 de 1999 y en especial el art. 625 del Código General del Proceso. De otra parte, en juzgados como el 25 civil del circuito, aunque este despacho también posee un correo electrónico oficial, las notificaciones por correo electrónico solo se han implementado en las acciones de tutela, y la función actual del correo se limita únicamente a intercambiar comunicaciones o informaciones con otras dependencias judiciales o administrativas de la judicatura. Además, tampoco cuentan con un método para verificar el acuse de recibo de los correos y notificaciones. Fuente: preguntas vía correo electrónico a los miembros de dichos despachos judiciales.

¹⁹ Parágrafo primero, art. 82, arts. 293 y 108 del CGP. La novedad de la notificación por emplazamiento respecto al anterior Código de Procedimiento Civil, está en que, además de incluir a la persona emplazada, la clase de proceso, las partes que intervienen y el juzgado que lo requiere, en el listado que se publicará por una sola vez en un periódico de amplia circulación nacional, es necesario que la parte interesada en la notificación remita una comunicación al Registro Nacional de Personas Emplazadas, que es una base de datos que lleva el Consejo Superior de la Judicatura, incluyendo el nombre del sujeto emplazado, su número de identificación si se conoce, las partes del proceso, la naturaleza del proceso, y el juzgado que lo requiere. Una vez se haya publicado la información en dicho registro, la notificación por emplazamiento se entenderá surtida a los 15 días siguientes.

Además de estos requisitos formales, el art. 84 del CGP prescribe una serie de anexos obligatorios que debe contener la demanda:

- a. El poder para iniciar el proceso, cuando se actúe por medio de apoderado.

Bien es sabido que puede constituirse el apoderado mediante dos sistemas previstos en el art. 74 del CGP que dispone: “Los poderes generales para toda clase de procesos solo podrán conferirse por escritura pública. El poder especial para uno o varios procesos podrá conferirse por documento privado. En los poderes especiales los asuntos “deberán estar determinados y claramente identificados”, con los cuales se determina que si se trata de poder general únicamente se puede mediante escritura pública, pues si se trata de poderes especiales para uno o varios procesos debidamente especificados basta el escrito privado que requiere de presentación personal, es decir autenticación. Este documento es uno de los pocos documentos privados en los que se exige la formalidad de la autenticación cuando se confiere por escrito, debido a que respecto a ellos no rige la presunción de autenticidad prevista en el art. 244 del CGP, inciso tercero: “También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución”, de modo que respecto a los poderes tan solo para las sustituciones del poder es que se presume su autenticidad.

Formalidades como la presentación personal es para el poderdante no para el abogado. Esto, debido a una infortunada interpretación de la Corte Suprema de Justicia²⁰, bajo la cual se recomienda por razones prácticas que el abogado, al aceptar el poder, lo que es usual hacerlo en el mismo escrito al suscribirlo en señal de aceptación, autentique su firma, cuidándose de que se tome nota de la existencia de su tarjeta profesional.

La Corte, basada en el art. 22 del decreto 196 de 1971 que prescribe: “Quien actúe como abogado deberá exhibir su tarjeta profesional al iniciar la gestión, de lo cual se dejará testimonio escrito en el respectivo expediente. Además, el abogado que obre como tal, deberá indicar en todo memorial el número de su tarjeta. Sin el cumplimiento de estas formalidades no se dará curso a la solicitud”, afirmó que “para poder asumir válidamente la defensa de la parte a quien se dice apoderar, ineludiblemente el abogado, al iniciar su gestión, debe acreditar esa calidad, para de esa manera tener plenamente satisfecho el derecho de postulación”²¹.

²⁰ Colombia, Corte Suprema de Justicia, auto de junio 3 de 1990, Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez, expediente 7657.

²¹ Lo más criticable de la decisión de la Corte fue que inadmitió el recurso extraordinario de casación interpuesto por un abogado que al hacerlo no había exhibido la tarjeta profe-

Olvidó la Corte que los abogados preponderadamente actúan a través de documentos denominados memoriales y que estos, salvo excepciones expresas, están dotados de la presunción de autenticidad, aspecto que ligado a la buena fe que se presume de todas las actividades de los particulares ante las autoridades públicas como son los jueces, permiten aceptar que, sin formalidad especial, se admita que quien se anuncia como abogado y cita el número de la tarjeta que lo acredita, no deba cumplir con otra formalidad para ser escuchado²², pues el art. 83 de la Constitución Política, representa un cambio esencial al destacar que la buena fe “se presumirá en todas las gestiones que aquellos (los particulares) adelantan ante estas (las autoridades públicas)”, de modo que al enunciarse como abogado y señalar el número de tarjeta profesional, se deba de creer y proceder en el estudio de reconocerle personería jurídica.

- b. La prueba de la existencia y representación de las partes y de la calidad en la que intervendrán en el proceso, teniendo en cuenta los parámetros establecidos en el art. 85 de este mismo código.
- c. Las pruebas extraprocesales y los documentos que se pretenda hacer valer y se encuentren en poder del demandante.
- d. Los demás que la ley exija.

La demanda debe radicarse, sin necesidad de presentación personal, ante el secretario del respectivo despacho judicial al que se dirija o ante la oficina judicial de reparto, quien dejará constancia de la fecha de su recepción. Con la demanda debe acompañarse copia para el archivo del juzgado, y tantas copias de ella y de sus anexos cuantas sean las personas a quienes deba correrse traslado²³. La fecha de presentación de la demanda se hace importante, pues ella determina en qué momento se interrumpe la prescripción o se hace inoperante la caducidad, si se cumplen con los requisitos del art. 94 del CGP.

Además, deberá adjuntarse la demanda como mensaje de datos junto con sus pruebas y anexos (en CD) para el archivo del juzgado y el traslado de los demandados. Si se ha habilitado el plan de justicia digital, en dicho lugar no será

sional quien, no obstante, presento su tarjeta después de sustentada la casación y antes de que se inadmitiera el recurso, con el argumento de que “no se puede sostener que una vez cumplida la formalidad sus efectos se extiendan hacia el pasado, no solo porque las actuaciones judiciales no puedan quedar al capricho de las partes, sino porque ello desconocería el principio procesal de la preclusión.

²² Cfr, ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique, *Código General del Proceso Comentado*, Ed. ESAJU, Bogotá, 2012.

²³ Incisos 1 y 2 (parcial), art. 89, CGP.

necesario presentar copia física de la demanda²⁴. Las demandas que se presenten en mensaje de datos no requerirán de la firma digital definida en la Ley 527 de 1999, sino que en estos casos bastará con que el suscriptor se identifique con su nombre y documento de identificación en el mensaje de datos²⁵.

Una vez es recibida la demanda en el despacho del juez, este último deberá verificar si la demanda reúne todos los requisitos de ley, y deberá decidir una de tres cosas²⁶:

1. Admitir la demanda: En este caso, si el juez encuentra que la demanda cumple con todos los requisitos y anexos de ley, la admitirá y le dará el trámite que legalmente le corresponda, aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada.
2. Inadmitir la demanda: El juez podrá inadmitir la demanda cuando:
 - a. No reúna los requisitos formales. Dados los cambios sustanciales del CGP para adaptarse a las nuevas tecnologías al servicio de los procesos judiciales, se puede afirmar que los juzgados podrán inadmitir las demandas si no se incluye en el escrito de demanda la dirección electrónica de notificaciones del demandado. En esta hipótesis, para evitar la inadmisión de la demanda, se deberá manifestar expresamente en ella que no se conoce la dirección electrónica y/o física del demandado.
 - b. No se acompañen los anexos ordenados por la ley. Los juzgados también podrán inadmitir las demandas si no se allega copia de la demanda en CD para el archivo del juzgado y para los traslados.
 - c. Las pretensiones acumuladas no reúnan los requisitos legales.
 - d. El demandante sea incapaz y no actúe por conducto de su representante.
 - e. Quien formule la demanda carezca de derecho de postulación para adelantar el respectivo proceso.
 - f. No contenga el juramento estimatorio siendo necesario.
 - g. Cuando no se acredite que se agotó la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad. En este supuesto, en el caso de los procesos verbales siempre será necesario agotar la conciliación como requisito de

²⁴ Inciso 2 (parcial), art. 89, CGP.

²⁵ Parágrafo segundo, art. 82, CGP. Además, es necesario resaltar en relación con la firma electrónica que el artículo 7 de la Ley 527 de 1999, que fue reglamentado por el Decreto Nacional 2364 de 2012, afirma que este requisito se entenderá surtido si por cualquier medio se puede identificar al iniciador del mensaje de datos, sin que sea obligatorio crear la firma a través de las entidades de certificación digital.

²⁶ Art. 90, CGP.

procedibilidad, salvo que se demande o sea obligatoria la citación de indeterminados, se desconozca el paradero del demandado, o se solicite la práctica de medidas cautelares²⁷.

La inadmisión de la demanda es la posposición de la admisión del escrito inicial, que el juez debe declarar de oficio y mediante auto que no admite ningún recurso, cuando encuentra alguna de las situaciones taxativamente contempladas en los numerales 1 a 7 del art. 90 del CGP, las que se refieren a circunstancias de forma mas no de fondo.

Para inadmitir una demanda el juez debe proferir un auto motivado que específicamente señale los “defectos que se encuentra en ella con el fin que el demandante lo subsane dentro el término de cinco días hábiles, so pena de que no se subsane dentro del término se rechace la demanda”²⁸.

Es deber del juez, señalar concretamente cuales son los requisitos que no se cumplieron, porque él a diferencia del legislador, decide para el caso en específico y es su obligación precisar exactamente cuál es la falla o fallas que deben ser subsanadas y no mencionar en abstracto que las encuentra, errada forma de decisión que debe ser proscrita de nuestros estrados judiciales.

Cabe advertir que las posibilidades de inadmisión de la demanda se predicen de idéntica manera del escrito de reforma o adición de la demanda, de ahí que una vez presentado el mismo como el juez debe pronunciarse acerca de su inadmisibilidad o no, bien puede acontecer que encuentre alguna falla la cual ordenara corregir dentro el plazo de los cinco días siguientes so pena de rechazo de escrito de corrección o adición, advirtiendo desde ahora que igualmente goza de la facultad para rechazar *in límite* el escrito de corrección de la demanda por las causales que le hubieran permitido hacerlo respecto del inicial, hipótesis en las cuales queda incólume la inicial demanda.

3. Rechazar la demanda: El juez únicamente puede rechazar la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia, o haya caducado la respectiva

²⁷ Inciso 1, art. 38, Ley 640 de 2001, modificado por el artículo 621, CGP: “Si la materia de que se trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad deberá intentarse antes de acudir a la especialidad jurisdiccional civil en los procesos declarativos, con excepción de los divisorios, los de expropiación y aquéllos en los que se demande o sea obligatoria la citación de indeterminados”; y parágrafo 1, Art. 590, CGP: “En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad”. Cfr. En el mismo sentido: BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*, Sexta Edición, Bogotá, Ed. Temis, año 2016, pp. 10-12.

²⁸ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Normas vigentes de la Ley 1564 de 2012*, Dupre Editores, Bogotá, 2013.

acción. En los casos de rechazo por falta de competencia o de jurisdicción, el fallador ordenará enviar la demanda junto con sus anexos al juez que considere competente; y en el caso del rechazo por caducidad, ordenará devolver los anexos de la demanda sin necesidad de desglose.

El auto que rechaza la demanda es susceptible del recurso de reposición y de apelación. El recurso de alzada, se concederá en el efecto suspensivo y se resolverá de plano, toda vez que aún no se encuentra trabada la litis, y, por lo tanto, no se requiere correr traslado a la contraparte.

Si se admite la demanda conforme a los parámetros descritos en los párrafos anteriores, el auto admisorio se deberá notificar por estado al demandante y personalmente al demandado²⁹, y en él se ordenará el traslado de la demanda al demandado por un término de 20 días³⁰. El traslado de la demanda se surtirá mediante su entrega, en medio físico o como mensaje de datos (CD), de copia de la demanda y sus anexos al demandado, a su representante o apoderado, o al curador *ad litem*. Si la notificación del auto admisorio de la demanda se surtió por conducta concluyente, por aviso o mediante comisionado, el demandado podrá solicitar en la secretaría que se le suministre la reproducción de la demanda y de sus anexos dentro de los 3 días siguientes, vencidos los cuales comenzará a correr el término de ejecutoria y de traslado de la demanda³¹.

En el término de traslado, el demandado podrá contestar la demanda formulando excepciones de mérito, demandar en reconvencción, llamar en garantía o algún tercero, allanarse a la demanda, y proponer excepciones previas.

1. Allanamiento a la demanda:

En este caso, el demandado se puede pronunciar aceptando expresamente los hechos y pretensiones de la demanda, es decir, reconociendo sus fundamentos de hecho, y en esta hipótesis, el juez deberá dictar sentencia a favor del demandante, salvo que decrete pruebas de oficio por advertir posible colusión o fraude, “lo cual implica disponer de los poderes disciplinarios y correccionales que se le confieren por mandato legal.”³² Si el allanamiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones de la demanda o no proviene de

²⁹ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, art. 296.

³⁰ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, art. 369.

³¹ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, incisos 1 y 2, art. 91.

³² BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*, Sexta Edición, Bogotá, Ed. Temis, 2016.

todos los demandados, el juez deberá proferir sentencia parcial y el proceso deberá continuar su curso respecto de las pretensiones no allanadas y/o de los demandados que no se allanaron³³.

El demandado puede asumir esta conducta no solo dentro del término de traslado de la demanda sino también hasta antes de la sentencia de primera instancia, puesto que si se profiere el fallo y el demandado quiere acogerse a lo dispuesto en él, el camino ya no será el del allanamiento a la demanda sino el de cumplir las disposiciones contenidas en la sentencia³⁴.

2. Contestación de la demanda formulando excepciones de mérito:

De acuerdo con el art. 96 del CGP, la contestación de la demanda deberá contener:

- a. El nombre del demandado, su domicilio y los de su representante y apoderado en caso de no comparecer por sí mismo, el número de documento de identificación del demandado y el de su representante; y en tratándose de personas jurídicas y patrimonios autónomos, deberá indicarse el número de identificación tributaria (NIT).
- b. Un pronunciamiento expreso y concreto sobre las pretensiones y los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten, los que se niegan y los que no le constan, y en estos dos últimos casos el demandado deberá manifestar de manera precisa y unívoca las razones de su respuesta, so pena de que se presuma como cierto el respectivo hecho que admita confesión.
- c. Las excepciones de mérito que se quieran proponer contra las pretensiones de la demanda, con expresión de su fundamento fáctico, el juramento estimatorio (si fuera necesario para pedir compensación o mejoras, por ejemplo), y la alegación del derecho de retención si fuere el caso. Si es necesario en el respectivo caso realizar juramento estimatorio por parte del demandado, y este no cumple con esta carga procesal, el juez le hará un requerimiento para que lo realice, y una vez vencido este término sin que el demandado cumpla, la falta de juramento estimatorio impedirá que sea considerada la respectiva reclamación del demandado³⁵.

Las excepciones de mérito se han definido por la doctrina como la alegación de circunstancias de hecho que tienen como propósito enervar la pretensión del demandante, y por esta razón no tienen un *nomen iuris* propio en la ley,

³³ Incisos 1 y último, art. 98, CGP.

³⁴ Cfr. BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, *op. cit.*, p. 25.

³⁵ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, art. 97.

no hay una lista taxativa de ellas y para proponerlas no es necesario asignarles rótulo³⁶.

De ellas se correrá traslado al demandante por 5 días por fijación en lista y sin necesidad de auto que lo ordene, para que este pida pruebas adicionales sobre los hechos en que ellas se fundan³⁷, y estas excepciones se resuelven por el juez en la sentencia.

- d. La petición de pruebas que el demandado pretenda hacer valer, sino obran en el expediente.
- e. El lugar, la dirección física y de correo electrónico que tengan o estén obligados a llevar, donde el demandado, su representante legal o apoderado recibirán notificaciones personales.

La contestación de la demanda no es obligatoria para el demandado, pero constituye un valioso instrumento que la ley otorga para el adecuado ejercicio de su derecho de contradicción, ya que podrá encauzar su defensa mediante ese escrito. El juez está obligado a pronunciarse sobre si admite o no la respuesta, verificando todos los escritos de la contestación. Si el juzgador rechaza la contestación de la demanda, este auto será apelable conforme al numeral 1 del art. 321 del CGP.

A la contestación de la demanda deberá acompañarse el poder, la prueba de la existencia y representación del demandado, si a ello hubiere lugar, los documentos que se encuentren en su poder y que hayan sido solicitados por el demandante o la manifestación de que no los tiene, y las pruebas que pretende hacer valer dentro del proceso.

Si el demandado no contesta la demanda, o no se pronuncia de manera expresa respecto de los hechos y pretensiones de la misma, indicando por qué los niega y/o por qué no le constan, estas conductas harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda³⁸.

3. Llamar en garantía o vincular a algún tercero:

En este caso el demandado en el escrito de contestación de la demanda o en uno separado podrá solicitar la intervención de un tercero, como por ejemplo un llamado en garantía o la vinculación del verdadero tenedor o poseedor.

En el caso del llamamiento en garantía, a la demanda inicial deberá acompañarse la demanda donde se llama en garantía al tercero, y el secretario

³⁶ Cfr. ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique, *El proceso civil colombiano*, cuarta edición, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 196.

³⁷ Art. 370, CGP.

³⁸ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, inciso 1, art. 97.

pasará el expediente al despacho para que se decida si se admite o no esta vinculación. Si se admite, se ordenará la notificación personal del llamado y correrle traslado de la demanda de llamamiento por el mismo término de la demanda inicial. Si la notificación no se logra dentro de los 6 meses, esta vinculación será ineficaz³⁹.

El llamado en garantía podrá contestar en un solo escrito la demanda inicial y el llamamiento, y solicitar las pruebas que pretenda hacer valer. Se ha afirmado por la doctrina que el traslado al demandante de las excepciones de mérito que realiza el demandado dependerá de si el llamado fue oportunamente citado, compareció al proceso y también excepcionó de fondo. En este sentido, si el llamado en garantía contesta la demanda y formula excepciones de mérito, se correrá traslado simultánea y conjuntamente de estas y de las propuestas por el demandado al demandante para que pida pruebas adicionales, pero si por el contrario, transcurrió el término de los 6 meses sin que se haya efectuado la notificación del llamado, deberá correrse el traslado normal de los 5 días para que el demandante se pronuncie sobre las excepciones de mérito formuladas por el demandado⁴⁰.

Todo lo anterior sucede de igual manera cuando el demandado, dentro del término de traslado de la demanda, solicita la vinculación del verdadero tenedor o poseedor, en los términos del art. 67 del CGP⁴¹.

4. Proposición de excepciones previas:

Para el caso de las excepciones previas, se afirma por los artículos 100 y 101 del CGP que el demandado las puede proponer dentro del término de traslado de la demanda, para sanear aspectos formales del proceso, pero sin que se le imponga la carga de contestar la demanda⁴². Se establecen además, causales taxativas por las cuales el demandado podrá interponer excepciones previas, y se afirma que aquellas se deben formular en escrito separado al de la contestación de la demanda, acompañado de todas las pruebas⁴³ que se pretendan hacer valer y que se encuentren en poder del demandado.

³⁹ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, arts. 65 y 66.

⁴⁰ BEJARANO GUZMÁN Ramiro, *“Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos”*, Sexta Edición, Bogotá D.C, Colombia, Ed. Temis, 2016.

⁴¹ Cfr. BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, *op. cit.*, p. 27.

⁴² Cfr. *Ibidem*.

⁴³ Aunque de la lectura literal de esta disposición podría entenderse que es válido para el demandado presentar cualquier medio probatorio para sustentar las excepciones previas y lograr un estado de convencimiento en el juez sobre este punto, existen doctrinantes

Es necesario en este punto hacer alusión a las excepciones mixtas que existían bajo el régimen del Código de Procedimiento Civil, y que fueron introducidas por la Ley 1395 de 2010. Este régimen le daba la posibilidad al demandado de interponer las excepciones como previas en escrito separado, aun cuando en su esencia fueran excepciones de mérito, para que fueran resueltas por el juez en sentencia anticipada y no al final del proceso. Estas excepciones eran la transacción, la caducidad, la cosa juzgada, prescripción extintiva y falta de legitimación en la causa. Sin embargo, el art. 100 del CGP eliminó esta posibilidad y estas excepciones tendrán que proponerse ahora como lo que son: como excepciones de mérito, dentro del escrito de contestación de la demanda. Sin embargo, se deja a salvo la posibilidad de que cuando se encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa, el juez las pueda declarar probadas en sentencia anticipada⁴⁴.

Ante esto, surge una situación particular con la excepción de prescripción extintiva. El art. 282 del CGP establece expresamente que la excepción de prescripción extintiva debe ser obligatoriamente propuesta en la contestación de la demanda, pues si no se interpone oportunamente se entenderá renunciada por el demandado.

Así entonces, en caso de que excepciones como la transacción, la caducidad, la cosa juzgada, y la ausencia de legitimación en la causa se aleguen fuera del término para contestar la demanda, si se alegan con posterioridad y el juez encuentra que están probadas, igualmente podría dictar sentencia anticipada para declararlas, bajo el amparo del art. 278 del CGP. Pero, en el caso de la prescripción extintiva, aun cuando la encuentre probada, sólo podrá reconocerla si se alegó a tiempo, es decir, dentro del escrito de contestación de la demanda.

Del escrito que contenga las excepciones previas se dará traslado al demandante por tres días a través de fijación en lista, de conformidad al art. 110 del CGP, para que se pronuncie sobre ellas y si fuere el caso, subsane los defectos formales anotados⁴⁵. Luego de surtido este traslado, el juez decidirá sobre las excepciones previas que no requieren práctica de pruebas adicionales a las que ya se encuentran en el expediente, y si se requiere práctica de pruebas,

que consideraran que, aun con el CGP, las únicas pruebas conducentes e idóneas para sustentar las excepciones previas, son las documentales. Cfr. *Ibíd.*

⁴⁴ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, numeral 3, inciso último, art. 278.

⁴⁵ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, numeral 1, inciso 3, art. 101.

las decretará, y las practicará y resolverá las excepciones en la audiencia inicial⁴⁶. En todo caso, el juez se deberá abstener de decretar pruebas de otra clase, salvo cuando se alegue falta de competencia por el domicilio de persona natural o por el lugar donde ocurrieron los hechos, o la falta de integración del litisconsorcio necesario, caso en el cual el juez podrá decretar la práctica de hasta dos testimonios⁴⁷. El auto que decide las excepciones previas no es susceptible de apelación, pero sí lo será de reposición.

Respecto a la norma anteriormente mencionada, ¿a qué se refiere la prohibición para el juez de decretar pruebas “de otra clase” para resolver las excepciones previas?, ¿se refiere a la prohibición de decretar pruebas distintas a las documentales?, o ¿se refiere a decretar pruebas distintas a las allegadas con el escrito? Si es esto último, esta disposición entraría en contradicción manifiesta con la norma que permite al demandado allegar cualquier medio probatorio con el escrito que sustenta sus excepciones previas.

5. Demanda en reconvencción:

El art. 371 del CGP también permite que el demandado, dentro del término de traslado de la demanda, demande en reconvencción o contrademande a la parte demandante, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a. Que dicha reconvencción se dirija contra la parte demandante. Si se afirma que la reconvencción constituye un caso de acumulación de acciones⁴⁸, sólo puede contrademandarse a aquella parte que ha formulado líbello, y la única forma en la que resultaría viable la hipótesis de demandar en reconvencción a quien inicialmente no haya tenido la calidad de demandante, es cuando el demandado, además de reconvenir a aquella parte, solicita que se vincule a un

⁴⁶ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, numeral 2, Inciso 3, art. 101.

⁴⁷ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, inciso 2, art. 101.

⁴⁸ Autores como el Dr. Bejarano, postura con la que estamos de acuerdo, afirman que la reconvencción configura una hipótesis de acumulación de acciones, en la medida en que las dos demandas se llevan de forma paralela y sólo puede demandarse a quién fue demandante inicialmente. Sin embargo, autores como el profesor Jairo Parra Quijano consideran por el contrario que lo que la reconvencción produce es un fenómeno de acumulación de pretensiones, y que en este sentido se puede reconvenir a sujetos que no sean demandantes, a los cuales el auto que admite la reconvencción deberá notificárseles personalmente y no por estado. Estamos de acuerdo con la primera postura presentada, en la medida en que se compagina con el tenor literal de la norma, donde se afirma que la demanda de reconvencción se propone contra el demandante. En: Cfr. BEJARANO GUZMÁN Ramiro, *op. cit.*, p. 28.

tercero como litisconsorte necesario de la parte actora, o cuando prospera la excepción previa en ese sentido. Esta hipótesis sería posible en la medida en que el tercero adquiriría la calidad de parte demandada como litisconsorte necesario⁴⁹.

Dentro de este requisito se plantea también por la doctrina la posibilidad de que, si son varios los sujetos que integran la parte demandante y/o demandada, no será necesario que el demandado formule reconvencción contra todos los demandantes, sino que podrá reconvenir a uno, a alguno o a todos; y en el mismo sentido, tampoco será necesario que todos los demandados formulen reconvencción, sino que podrá realizarla uno, algunos o todos ellos. Sin embargo, si existe litisconsorcio necesario en cualquiera de los extremos de la relación procesal, la reconvencción deberá ajustarse a esta situación en la medida en que como es una sola la relación procesal y sustancial que rige a los sujetos que integran la parte demandante o demandada, la demanda de reconvencción deberá formularse por todos los demandados y/o dirigirse contra todos los demandantes⁵⁰.

- b. Que sea el mismo juez competente para conocer de la demanda de reconvencción y de la demanda original, aunque el mencionado art. 371 establece que se podrá reconvenir sin consideración a la competencia por cuantía ni por factor territorial.

Sin embargo, también es conveniente tener presente que si se presenta demanda de reconvencción con pretensiones de mayor cuantía, se produce una alteración de la competencia, y el juez civil municipal que esté conociendo en primera instancia del proceso verbal perderá competencia sobre el asunto y deberá remitir de manera inmediata el expediente al juez civil del circuito para que este continúe con el trámite del proceso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 27 del CGP⁵¹.

- c. Que exista conexidad entre la demanda principal y la demanda en reconvencción, en la medida en que, de haberse formulado en proceso separados, hubiera procedido su acumulación.
- d. Que las pretensiones de la demanda en reconvencción no estén sometidas a trámite especial.

Si el juez admite la demanda en reconvencción, este auto se notificará por estado y se dispondrá correrle traslado al demandante por el mismo término de

⁴⁹ Cfr. *Ibidem*.

⁵⁰ Cfr. BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, *op. cit.*, p. 29.

⁵¹ Inciso 2, art. 27, CGP. Cfr. En el mismo sentido: Cfr. BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, *op. cit.*, p. 29.

la demanda inicial, es decir por veinte días⁵². Sin embargo, debe esperarse a que se venza el término de traslado de la demanda inicial a todos los demandados, para que empiece a correr el término de traslado de la demanda en reconvencción, y en lo sucesivo ambas se sustanciarán de manera conjunta y se resolverán en una misma sentencia⁵³.

Si el demandado propone excepciones previas y a su vez formula demanda en reconvencción, se dará traslado en primer lugar de la demanda en reconvencción y luego se dará traslado de las excepciones previas, puesto que, debido a que el demandante se convierte el demandado, el válidamente puede asumir la postura de contestar la demanda, interponer excepciones de fondo, llamar a un tercero e interponer excepciones previas. Si el demandante reconvenido propone a su vez excepciones previas, se establece que estas y las propuestas contra la demanda inicial se decidirán de manera conjunta⁵⁴.

En el mismo sentido, se sugiere por la doctrina que cuando hay demanda en reconvencción, contestación con excepciones de mérito y proposición de excepciones previas, el juez se pronuncie primero respecto de la demanda de reconvencción y le dé traslado al demandante, y luego de surtido este traslado, si el demandante propone excepciones de mérito y/o previas, estas se puedan tramitar conjuntamente con las propuestas contra la demanda inicial y se pueda correr traslado común⁵⁵.

1.2 Fase oral

La fase oral del proceso verbal se desarrollará en audiencias, las cuales, por disposición del CGP, se iniciarán en el primer minuto de la hora hábil señalada pero podrán continuarse en horas inhábiles con habilitación expresa, deberán ser presididas de manera presencial por el juez que conozca del caso so pena de nulidad, se deberán adelantar sin solución de continuidad, para lo cual se deberá reservar el tiempo suficiente para objeto de cada audiencia; y se deberán grabar en medios de audio, audiovisuales o en cualquiera otro que ofrezca seguridad para el registro de lo actuado, dejando constancia de su celebración en un acta que contendrá el nombre de las partes, apoderados, testigos y auxiliares de la

⁵² Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, inciso último, art. 371.

⁵³ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, inciso 2, art. 371.

⁵⁴ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, inciso 3, art. 371.

⁵⁵ Cfr. BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, *op. cit.*, p. 31.

justicia, y en dado caso, la parte resolutive de la sentencia. Se prohíbe además la reproducción escrita por parte del juzgado de las grabaciones de las audiencias y de las intervenciones orales que se hagan en el transcurso de las mismas⁵⁶.

Las audiencias del proceso verbal en el nuevo CGP son dos: i). La audiencia inicial, y ii). La audiencia de instrucción y juzgamiento.

1.2.1 Audiencia inicial

Esta audiencia está prevista en el art. 372 del CGP, norma que afirma que el juez deberá señalar hora y fecha para esta audiencia, “lo cual implica la implementación de la regla técnica de la oralidad”⁵⁷; una vez se ha vencido el término de traslado de la demanda, de la reconvenición, del llamamiento en garantía, de las excepciones de mérito, de las excepciones previas que deban decidirse antes de audiencia, o realizada la notificación, citación o traslado que el juez ordene al resolver dichas excepciones, según el caso. El auto que fija fecha y hora para la audiencia se notifica por estados y no tiene ningún recurso⁵⁸.

A la audiencia deberán concurrir tanto las partes como sus apoderados. Si alguna de las partes no comparece, sin perjuicio de las consecuencias probatorias que se puedan generar por su inasistencia, la audiencia se llevará a cabo con su apoderado, quien tendrá la facultad para confesar, conciliar, transigir, desistir y, en general, para disponer del derecho en litigio⁵⁹. Sin embargo, surge la duda de que el apoderado judicial esté facultado para conciliar, transigir y disponer de derechos sustanciales de los que no es titular, incluso en perjuicio de su cliente ausente, pues el apoderado judicial al tener derecho de postulación, solamente tiene la facultad general de actuar ante la jurisdicción para defender intereses ajenos, a nombre de su poderdante. Por esta razón, en el art. 70 del C.P.C. se disponía que el apoderado no podía realizar actos que implicaran disposición del derecho en litigio ni los reservados por la ley a la parte misma, salvo que la parte lo hubiera autorizado de manera expresa.

El inciso tercero del art. 77 del CGP señala en su primera parte que: “El poder para actuar en un proceso habilita al apoderado para recibir la notificación del

⁵⁶ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, art. 106; incisos 1 y 3, numeral 1; inciso 1, numeral 2; numeral 4, y numeral 6, art. 107.

⁵⁷ LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, *“Código General Del Proceso, Parte Especial”*, cuarta edición, Bogotá, Ed. Dupre Editores Ltda, 2017.

⁵⁸ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, numeral 1, art. 372.

⁵⁹ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, inciso 3, art. 77 y art. 193

auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, prestar juramento estimatorio y confesar espontáneamente. Cualquier restricción sobre tales facultades se tendrá por no escrita.”

Coordinadamente en cuanto a la confesión por parte del apoderado, menciona la norma, como aquella que se realiza por fuera de la diligencia formal de interrogatorio de parte, y es la manifestación que verse sobre hechos que produzcan consecuencias adversas al confesante y que no necesariamente provienen de las partes pues la ley admite que también ciertas manifestaciones que realice el apoderado pueden conllevar a ese efecto, según lo señala el art. 193 del CGP al indicar que: “ La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita.”

Esta norma plantea incongruencia con el art. 77 del CGP que no establece limitación a la confesión espontánea, mientras que el art. 193 la acepta para los actos que allí se enlistan taxativamente que si bien es cierto abarcan casi todas las posibilidades de actuación de los apoderados, no las agotan⁶⁰.

En efecto, piénsese en el caso de que el apoderado judicial en el alegato de conclusión realice una confesión espontánea respecto de lo que no tiene autorización expresa de su poderdante, a la luz del art. 193 no se le podría tener como confesión porque no está dentro de las actividades enlistadas, mientras que siguiendo el art. 77, que no establece cualificaciones, si lo sería.

Por ser norma posterior y especial el art. 193, en nuestra opinión esta última norma es la que debe aplicar cuando existan casos de confesión por apoderado judicial.

Frente a lo anterior, la Corte Constitucional admitió una acción pública de inconstitucionalidad en contra de algunos apartes del art. 193 del Código General del Proceso (CGP), el cual define la confesión por apoderado judicial⁶¹.

El accionante indicó que esta normativa trasgredía los art. 1°, 14 y 29 de la Constitución Política, pues al trasladar la voluntad de confesar de la parte hacia su apoderado se afectaba la dignidad humana, toda vez que esta facultad se

⁶⁰ NISMIBLAT MURILLO, Nattan; *Código General del Proceso, derecho probatorio: introducción a los medios de prueba en particular. Principios y técnicas de oralidad*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2014, p. 338.

⁶¹ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Auto admisión de acción de inconstitucionalidad, Expediente D- 11304.

entiende otorgada tácitamente a través del poder conferido y recae sobre hechos personales, personalísimos e incluso íntimos del poderdante.

De igual forma, afirmó que el abogado únicamente tiene una relación contractual con el extremo procesal, desconociendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre los hechos para brindar la confesión, por lo que resulta absurdo que sus aseveraciones tengan validez, interfiriendo en el derecho a la intimidad.

El demandante también aseveró que se vulnera el principio de no incriminación, ya que el profesional puede indicar los hechos que inculpan a quien representa y, además, le priva el derecho al debido proceso en atención a las consecuencias que esto puede acarrearle.

Se argumenta que el apoderado se inmiscuye de manera arbitraria, inconsulta y desproporcionada en la intimidad de la parte en un proceso judicial, sea esta persona natural o jurídica⁶². Además, los hechos susceptibles de confesión, en estricto sentido y sana lógica, deben estar reservados exclusivamente a la parte misma que comparece al proceso judicial⁶³.

Se hace especialmente grave cuando se dispone que dicha facultad de confesar se entiende extendida al apoderado para la demanda, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la del proceso verbal sumario.

Trayendo a colación que una de las manifestaciones concretas de la dignidad humana es el principio de no incriminación y, en el sentido de lo anterior, “en la medida en que la confesión judicial del apoderado puede traer consecuencias adversas a los intereses de la parte que representa, dicha situación implica que en últimas, al permitirse la confesión judicial a través de apoderado, se esté

⁶² Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso. Artículo 195. *Declaraciones de los representantes de personas jurídicas de derecho público. No valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas.*

Sin embargo, podrá pedirse que el representante administrativo de la entidad rinda informe escrito bajo juramento, sobre los hechos debatidos que a ella conciernan, determinados en la solicitud. El juez ordenará rendir informe dentro del término que señale, con la advertencia de que, si no se remite en oportunidad sin motivo justificado o no se rinde en forma explícita, se impondrá al responsable una multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes (smlmv)."

⁶³ BOHÓRQUEZ, Ángel María, *De la confesión como prueba en juicio*, tesis elaborada y sostenida para optar por el título de Doctor en derecho; Universidad Nacional, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas; Imprenta Bohórquez, Bogotá: 1918 En <http://www.banrepcultural.org/blaaavirtual/derecho/de-la-confesion-como-prueba-en-juicio>. Consultado el 27/02/2017.

vulnerando el principio de la no incriminación de la parte litigante, toda vez que su apoderado puede confesar, por acción o por omisión, hechos que terminen incriminando a la parte que representa”.

Considerando que la personalidad jurídica prevista en el art. 14 de la Constitución Política no solo es la capacidad de contraer obligaciones y ejercer derechos, sino que, adicionalmente comporta un ser humano dotado de atributos de la personalidad, por tanto, se desconoce que toda persona es única, irrepetible e intransmisible y que, por tanto, goza de autonomía y voluntad; lo que hace imposible que un sujeto diferente como es su apoderado, confiese en su nombre y representación.

Se aduce que se trasgrede igualmente el art. 29 de la Constitución Política, toda vez que está privando a la parte que otorga el poder de la garantía constitucional, en atención a las trascendentales consecuencias procesales que una confesión judicial de un apoderado pueda acarrearle a sus derechos o intereses. Que el art. 77 del CGP establece que la confesión debe ser autorizada expresamente y que permitir lo contrario es disponer del derecho del poderdante de manera tácita, máxime si la misma norma informa que cualquier estipulación en contrario (sobre el efecto dado por el hecho de otorgar poder y su facultad para confesar en tales momentos procesales), se debe tener por no escrita.

Respecto de esto último se precisa que el art. 193 del CGP le impide a la parte que otorga el poder, reservarse para sí misma la facultad de confesar, en atención a que la parte final del mismo expresamente consagra que cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, lo cual se constituye en una injerencia arbitraria en la voluntad de la parte por parte del legislador colombiano, en tanto se le está afectando de manera directa el Derecho al Debido Proceso, en tanto la norma en mención, está privando a la parte de la facultad de confesar, para, en su lugar, otorgársela incondicionadamente al apoderado que la está representando. Y esta situación conlleva, de facto, a que en el apoderado esté radicada la facultad de disponer del derecho en litigio, agravándose de esta manera el Derecho al Debido Proceso que le asiste a la parte.

Sin embargo, la Corte Constitucional consideró que el artículo 193 del CGP era exequible pues contribuye a la buena y eficaz administración de justicia e impone una carga de responsabilidad a los abogados sobre las afirmaciones y negaciones que realizan en los procesos judiciales⁶⁴.

De otra parte, si los apoderados no concurren a la audiencia inicial, se establece por el CGP que esta se desarrollará con las partes.

⁶⁴ Cfr. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2016, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio.

Sin embargo, tanto las partes como sus apoderados se pueden excusar por no asistir a la audiencia inicial. Dicha excusa puede ser antecedente o posterior. Si la excusa es anterior a la fecha de celebración de la audiencia, sólo podrá justificarse mediante prueba siquiera sumaria de una justa causa. Si el juez acepta la justificación, se fijará nueva fecha y hora para la celebración de la audiencia mediante auto que no es susceptible de ningún recurso, y la nueva audiencia deberá celebrarse dentro de los 10 días siguientes, sin posibilidad de que haya otro aplazamiento.

En tratándose de la excusa posterior a la audiencia, esta sólo se apreciará por el juez si se aporta dentro de los 3 días siguientes a la celebración de la audiencia, y si está fundamentada en fuerza mayor o caso fortuito; y sólo tendrá el efecto de exonerar de las consecuencias procesales, probatorias y pecuniarias que se deriven de la inasistencia. En esta hipótesis, si el juez acepta la excusa, prevendrá a la parte que la presentó para que concurra a la audiencia de instrucción y juzgamiento a absolver el interrogatorio de parte. Esto se prevé de esta forma por el Código, debido a que el interrogatorio de parte es una prueba obligatoria, oficiosa y exhaustiva.

Por el contrario, la inasistencia injustificada del demandante hará presumir como ciertos los hechos en que se fundan las excepciones propuestas por el demandado siempre que sean susceptibles de confesión; y la inasistencia del demandado hará presumir como ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se funde la demanda. Si ninguna de las partes concurre a la audiencia y no presentan justificación ni antecedente ni posterior de este hecho, el juez declarará terminado el proceso, y no se entenderá interrumpida la prescripción o inoperante la caducidad con la presentación de la demanda⁶⁵.

Además de las consecuencias procesales y probatorias, las partes y los apoderados que no concurren injustificadamente a la audiencia se harán acreedores de una multa de 5 SMLMV.

El art. 106 del CGP señala en el inciso primero que las “audiencias y diligencias judiciales se adelantaran en días y horas hábiles, sin perjuicio de los casos en que la ley o el juez dispongan de realizarlos en horas inhábiles”, para sentar como regla general que será en días laborales y dentro del horario señalado para el respectivo despacho judicial, que no necesariamente tiene que ser igual en todo el país, que se debe fijar la fecha y hora de iniciación, lo que no es obstáculo para que en casos excepcionales el juez puede fijar un día inhábil, ejemplo un domingo, o en un día hábil pero en hora fuera del despacho como sería, por ejemplo, a las 10 p.m., si por índole especial de la prueba a recepcionar o la

⁶⁵ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, numeral 7, art. 95.

diligencia a practicar se impone especial fijación y respecto de la cual se estima el juez debe motivar sucintamente el porqué de esa decisión.

Como es frecuente que la audiencia o diligencia se señala en día y hora hábil, pero que se dilate de la práctica de ella a una hora inhábil, puede el juez proseguir en su desarrollo sin necesidad de “habilitación expresa”, según el inciso segundo del art. 106, con lo que se expide carta de defunción a la costumbre de que en tal hipótesis era menester que el juez expresamente habilitara la hora judicial, so pena de ineficacia de lo citado a partir del momento en que la hora paso a ser inhábil.

En resumen, iniciada la audiencia o diligencia en hora hábil puede seguir la actuación para tratar de agotar la misma y, salvo motivos especiales, pero jamás por el hecho de llegar por ejemplo las 6 p.m., podrá el juez suspender su trámite.

El art. 107 del CGP en el inciso tercero del numeral primero dispone: “las audiencias y diligencias, se iniciarán en el primer minuto de la hora señala para ellas, aun cuando ninguna de las partes o sus apoderados se hallen presentes”, lo que implica que la iniciación del acto judicial para la cual se ha fijado la respectiva hora deberá hacerse dentro de los sesenta minutos que la integran, esto es, que si una audiencia o diligencia se ha señalado para las 10 de la mañana, debe dársele comienzo antes que venza la hora judicial, es decir antes de las once.

Infortunadamente, el concepto de la hora judicial había sido malinterpretado tanto por los jueces como los abogados⁶⁶ debido a que algunos estimaron que la diligencia no se podría realizar sino hasta segundos antes del vencimiento de la hora señalada. En absoluto, si señala una hora judicial, lo lógico, lo legal y lo correcto es que la diligencia se inicie al empezar la correspondiente hora y no cuando está a punto de culminar; de ahí que se observa con sorpresa algunas circunstancias de ciertos abogados que llegan al despacho pasados 45 minutos de comenzada la hora judicial, y encuentran que la diligencia ya empezó o, inclusive, que terminó, alegan para excusar supuesta parcialidad o incumplimiento de los deberes del juez, en los que han debido esperar hasta antes de vencer los respectivos sesenta minutos.

Si las partes o sus apoderados han concurrido a la audiencia, esta se iniciará, se instalará y en ella se desarrollarán los siguientes actos procesales:

1. Decisión de excepciones previas: En esta etapa procesal el juez practicará las pruebas que decretó como necesarias para resolver las excepciones previas pendientes⁶⁷, y luego las decidirá.

⁶⁶ Cfr., 5 *Ibidem*.

⁶⁷ Se considera que las excepciones previas pendientes no pueden ser otras que la falta de integración del litisconsorcio necesario y la falta de competencia por la persona natural o

2. Conciliación judicial entre las partes: Desde el inicio de la audiencia y en cualquier etapa de ella, el juez está facultado para exhortar de manera diligente a las partes a conciliar sus diferencias, para lo cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello constituya prejuzgamiento.

Cuando una de las partes esté representada por curador *ad litem*, el curador debe concurrir a la audiencia so pena de sanciones pecuniarias que le podrá imponer el juez, pero para efectos distintos de la conciliación y de la admisión de hechos perjudiciales a aquella, puesto que el curador *ad litem* no puede confesar.

3. Interrogatorio de parte: Los interrogatorios de parte se practican en esta audiencia, y el juez también interrogará de modo exhaustivo a las partes sobre el objeto del proceso, y podrá ordenar el careo entre ellas. El interrogatorio de parte es uno de los pocos casos, dentro del principio dispositivo que rige los procesos civiles, en los cuales se debe decretar de oficio un medio de prueba.

De otra parte, una duda que surge respecto a esta disposición es ¿Qué valor probatorio tienen los careos entre las partes? Es claro que estos hechos, atendiendo al principio de intermediación y de oralidad, influyen en la subjetividad del juez y en la manera cómo percibe las hipótesis fácticas del caso, sin embargo, no es claro y la norma no establece si los careos tienen un valor probatorio independiente o hacen parte integrante del interrogatorio de parte, pues las partes no pueden constituir su propia prueba a partir de afirmaciones que hagan.

El careo procesal no es nuevo dentro del ordenamiento jurídico colombiano, e incluso tiene su origen en los careos que podía promover el funcionario penal en la fase de investigación, entre los testigos y el procesado cuando hubiese versiones contradictorias.

Así entonces, la Ley 94 de 1938, que consagró uno de los primeros Códigos de Procedimiento Penal, afirmaba que el funcionario competente en la fase de instrucción tenía la potestad de promover careos entre los testigos y los

por el lugar de ocurrencia de los hechos, que son las dos únicas que necesitarán máximo dos testimonios para su reconocimiento y declaratoria, adicional a las pruebas que se encuentren presentes en el expediente, so pena de la facultad que tendría el juez para decretar pruebas de oficio. Estos testimonios serían los que se deberán decretar antes de la audiencia inicial, para que se puedan practicar al inicio de ella y se puedan decidir sobre estas excepciones previas pendientes. Cfr. En el mismo sentido: TEJEIRO DUQUE, Octavio, "Los procesos declarativos y el desarrollo de la audiencia", En: *Código General del Proceso comentado*, Bogotá, 2014, Instituto Colombiano de Derecho Procesal (ICDP), pp. 347-360, p. 353.

procesados entre sí o entre aquéllos y estos cuando sus versiones sobre los hechos fueran contradictorias, y los hacía comparecer y exhortaba a decir la verdad unos frente a los otros, sin que tuvieran oportunidad de leer sus declaraciones anteriores⁶⁸.

Con posterioridad, se profiere el decreto 409 de 1971, decreto reformativo al Código de Procedimiento Penal de 1938, en el cual se establecen también los careos procesales en la fase investigativa entre los testigos o entre los procesados y entre aquéllos y estos, de la misma manera que en el Código Procesal Penal del 38⁶⁹.

La figura de los careos procesales se traspasa luego al ordenamiento procesal civil, y el C.P.C. estableció en su art. 230 que, en el marco de la práctica de la prueba testimonial, el juez podía ordenar, de oficio, y cuando lo considerara conveniente, el careo de los testigos entre sí y de éstos con las partes⁷⁰. Sin embargo, esta figura se derogó expresamente por el CGP a partir de la fecha en que entrara a regir de forma integral, y, por el contrario, como se

⁶⁸ Colombia, Congreso de la República, Ley 94 de 1938: art. 376: “Cuando los testigos o procesados entre sí, o aquéllos con éstos discordaren acerca de algún hecho o de alguna circunstancia que interesen a la investigación, el funcionario podrá ordenar el careo de los discordantes. El careo debe hacerse sólo entre dos personas”. Art. 377: “Para verificar el careo el funcionario hará comparecer a las personas cuya declaración sea contradictoria, juramentará a los que sean testigos y exhortará a todos a decir la verdad; sin leer a los careados sus declaraciones, hará que éstos declaren de nuevo en presencia el uno del otro y en el orden que el Juez considere oportuno. En seguida, el funcionario ordenará que cada uno de los careados haga al otro las preguntas que estimare conducentes y las observaciones a que dieran lugar”.

⁶⁹ Colombia, Decreto 409 de 1971: art. 413: “<Decreto derogado por el artículo 678 del Decreto 50 de 1987> Cuando los testigos o procesados entre sí, o aquéllos con éstos discordaren acerca de algún hecho o de alguna circunstancia que interese a la investigación, el funcionario podrá ordenar el careo de los discordantes. El careo debe hacerse solo entre dos personas”. Art. 414: “Procedimiento para el careo. <Decreto derogado por el artículo 678 del Decreto 50 de 1987> Para verificar el careo el funcionario hará comparecer a las personas cuyas declaraciones sean contradictorias, juramentará a los que sean testigos y exhortará a todos a decir la verdad; sin leer a los careados sus declaraciones, hará que éstos declaren de nuevo en presencia el uno del otro y en el orden en que el juez considere oportuno. En seguida, el funcionario ordenará que cada uno de los careados haga al otro las preguntas que estimare conducentes y las observaciones a que diere lugar y procederá luego a interrogarlos”.

⁷⁰ Art. 230, CPC: “Careos. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> El juez podrá ordenar, cuando lo considere conveniente, careos de los testigos entre sí y de éstos con las partes, en las oportunidades indicadas en el artículo 180” El Art. 180 de este mismo estatuto procesal se refería a la prueba de oficio.

mencionó en párrafos anteriores, se estableció el careo entre las partes en el interrogatorio de parte.

De igual forma, el careo procesal desapareció, en materia penal de los posteriores códigos de procedimiento penal (Ley 600 de 2000, y Ley 906 de 2004). Sin embargo, la sala penal de la Corte Suprema de justicia se pronunció en relación con el valor probatorio del careo procesal, afirmando, en primer lugar, que el careo presupone la comparecencia simultánea de las personas cuyas versiones son contradictorias, y al llevarlo a cabo deben preservarse todas las formalidades, el debido proceso y las garantías sustanciales inherentes a la posición que cada sujeto ocupe dentro del proceso. Además, a juicio de la Corte, el careo aunque es un medio probatorio, no está regulado de manera autónoma en el Derecho Procesal Penal, por lo que el juez deberá valorarlo conforme a la sana crítica y guiándose por regulaciones de medios probatorios correlacionados, tales como el interrogatorio de parte o indagatoria o el testimonio, según cada caso⁷¹.

En este sentido, si uno extrapolara estas afirmaciones dadas por la sala penal de la Corte Suprema de Justicia a la valoración de los careos dentro del interrogatorio de parte en el proceso verbal del CGP, tendría que afirmar que las afirmaciones que se produzcan en el marco de dichos careos deberán ser parte integrante del interrogatorio de parte, valorándose por el juez de acuerdo a las normas que lo regulan, de acuerdo a su sana crítica y en conjunto con los demás medios de prueba, para afirmar que si en dichos careos las partes dicen algo que los desfavorezca o favorezca a la contraparte, dichas afirmaciones deberán valorarse como confesiones, o en caso contrario, deberán valorarse como simples declaraciones de parte.

4. Fijación del litigio: A continuación, el juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determinen los hechos en los que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, y fijará el objeto del litigio, precisando los hechos que se consideran demostrados y los que requieran ser probados. El juzgador al momento del decreto de las pruebas, deberá prescindir de los medios probatorios que estén dirigidos a acreditar los hechos que se aceptaron como probados por las partes en esta fase de la fijación del litigio.
5. Control de legalidad o saneamiento del proceso: El juez debe ejercer un control de legalidad de todos los actos procesales que se hayan surtido y sanear los vicios que puedan acarrear nulidades u otras irregularidades procesales, para asegurar el pronunciamiento de una sentencia de fondo. Además, se

⁷¹ Cfr. Colombia, Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal, sentencia del 9 de noviembre de 2006, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz, Exp: 2006-23775.

deberá verificar la integración del litisconsorcio necesario, cuando en el caso concreto se presente por razones sustanciales o legales.

6. Decreto de pruebas: El juez decretará, a través de auto, todas las pruebas aportadas y solicitadas por las partes y las que de oficio considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos objeto del proceso. Si, en casos excepcionales, decreta la práctica de un dictamen pericial, en este auto se deberá señalar el término para que se aporte, teniendo en cuenta que deberá presentarse con no menos de 10 días de antelación a la audiencia de instrucción y juzgamiento.

En los procesos en los que sea obligatorio practicar inspección judicial⁷², el juez deberá fijar fecha y hora para practicarla antes de la audiencia de instrucción y juzgamiento.

7. Fijación de la audiencia de instrucción y juzgamiento: si el juez advierte que es posible y conveniente practicar las pruebas en la audiencia inicial, de oficio o a petición de parte, decretará las pruebas en el auto que fija fecha y hora para la audiencia inicial, con el fin de agotar también el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata del art. 373 del CGP, y en una única audiencia se proferirá la sentencia⁷³.

De otra parte, si el proceso es de aquellos casos fáciles o de aquéllos que no requiere práctica de pruebas, al finalizar el control de legalidad, se oirán los alegatos de conclusión de 20 minutos de las partes, y se dictará sentencia anticipada.

Y finalmente, si ninguna de estas dos hipótesis se cumple, el juez, antes de finalizar la audiencia inicial, fijará fecha y hora para la audiencia de instrucción y juzgamiento, audiencia en la cual se practicarán todas las pruebas decretadas.

Partiendo del hecho de que se permite que la audiencia inicial se lleve a cabo sin la presencia de las partes, so pena de que presenten justa causa de inasistencia, surge la duda de qué pasaría si el juez cree posible y conveniente llevar a cabo en una sola audiencia todas las actuaciones procesales de la audiencia inicial y de la

⁷² En los únicos procesos verbales en los cuales es obligatoria la práctica de la inspección judicial es en aquellos con disposiciones especiales, como la declaración de pertenencia y el proceso de sucesiones.

⁷³ En un mismo sentido se pronuncia la doctrina al afirmar que existe la posibilidad de realizar una o dos audiencias (inicial y/o de instrucción y juzgamiento) de acuerdo con la complejidad del caso, y ésta sólo es una decisión del juez, que obedece a lo indicado por el numeral 1 del art. 42 del CGP, en cuanto le impone la obligación de velar por la rápida solución del proceso y procurar la mayor economía procesal. Cfr. TEJEIRO DUQUE, Octavio, *op. cit.*, pp. 349-350.

audiencia de instrucción y juzgamiento y proferir el fallo allí mismo, y una de las partes no asiste a dicha audiencia y se excusa con posterioridad a ella cuando ya se ha proferido el fallo.

No se podría afirmar que la sentencia es nula, puesto que todas las actuaciones procesales dentro de la audiencia fueron completamente válidas e incluso se notificaron por estrados aún sin la presencia de dicha parte. Sin embargo, si se considera que en este evento por cuestiones de fuerza mayor o caso fortuito la parte ausente no tuvo la oportunidad de ejercer de una manera eficaz su derecho de defensa y contradicción dentro del proceso, y no tuvo opción de absolver el interrogatorio de parte, pues el apoderado judicial no puede absolverlo él solo, aunque se presuma que puede confesarse por el cliente, porque esta última hipótesis de confesión es espontánea y no provocada.

Por esta razón, se considera que en este evento el juez debería instalar la audiencia, pero suspenderla antes de emitir el fallo y esperar los tres días de plazo que posee la parte ausente para presentar una excusa justificada de su inasistencia, aún en contravía de la prohibición que establece el art. 5 del CGP, de no aplazar ni suspender las audiencias y diligencias, pues los artículos 11 y 12 de este estatuto procesal establecen que al interpretar y aplicar la ley procesal el juez debe tener en cuenta la efectividad de los derechos sustanciales de los intervinientes en el proceso, los principios constitucionales, los derechos fundamentales, el debido proceso, y el derecho de defensa; y debe determinar la forma de realizar los actos procesales procurando hacer efectivo el derecho sustancial y los principios constitucionales⁷⁴.

1.2.2 Audiencia de instrucción y juzgamiento y sentencia

Una vez se haya fijado mediante auto la fecha y hora para la celebración de la audiencia de instrucción y juzgamiento, el art. 373 del CGP establece que el juez deberá disponer de tiempo suficiente para practicar todas las pruebas decretadas, oír los alegatos de las partes, y proferir la sentencia.

⁷⁴ Art. 11, CGP: *“Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias”*. Art. 12, CGP: *“Cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de éstas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial”*. En el mismo sentido: TEJEIRO DUQUE Octavio, *op. cit.*, p. 351.

Si alguna de las partes justificó su inasistencia a la audiencia inicial, se practicará el interrogatorio a la respectiva parte. En seguida, el juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determinen los hechos en los que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, fijará nuevamente el litigio, precisando los hechos que considera demostrados y rechazará las pruebas decretadas en la audiencia inicial que estime innecesarias. Esta disposición se considera criticable en la medida en que el filtro de la fijación del objeto del litigio y de la utilidad, pertinencia, conducencia y licitud de la prueba ya se debió haber surtido en la audiencia inicial con el auto que decretó las pruebas. Proponer que se vuelva a realizar este análisis en la audiencia de instrucción y juzgamiento va en contra de los principios de economía y celeridad procesal.

La única hipótesis en la que se consideraría posible que el juez fije nuevamente el litigio en la audiencia de instrucción y juzgamiento es cuando existe excusa justificada de alguna de las partes y debe practicarse el interrogatorio de parte, pues el juez, de acuerdo con lo que diga dicha parte, podría volver a delimitar el objeto de prueba en el respectivo proceso y hacerse a la idea de un nuevo panorama fáctico, que lo conduciría a tener que fijar nuevamente el litigio.

A continuación, si no hubo necesidad de practicar el interrogatorio de parte pendiente o practicado este, el juez practicará los demás medios de prueba en el siguiente orden:

1. Practicará el interrogatorio a los peritos que hayan sido citados a la audiencia, de oficio o a solicitud de parte⁷⁵.
2. Recibirá las declaraciones de los testigos que se encuentren presentes y en relación con los testigos ausentes prescindirá de ellos.
3. Practicará la exhibición de documentos, si se hubiese pedido, y las demás pruebas que hubieren sido decretadas.

Practicados todos los medios de prueba, el juez oirá los alegatos de conclusión de las partes, escuchando en primer lugar al demandante, luego al demandado y finalmente a las demás partes que intervinieron en el proceso, hasta por 20 minutos cada uno. Sin embargo, por solicitud de alguna de las partes, el fallador, mediante auto que no será susceptible de recurso alguno, podrá autorizar un tiempo superior para rendir las alegaciones, atendiendo

⁷⁵ Con el CGP, la regla general es que el dictamen pericial sea de parte, y para que sea controvertido la contraparte puede allegar un nuevo dictamen pericial o solicitar en la audiencia inicial que el perito asista a la audiencia de instrucción y juzgamiento para ser interrogado. En esta última hipótesis, el art. 228 del CGP afirma que si el perito citado no asiste a la audiencia de instrucción y juzgamiento, el dictamen no tendrá ningún valor.

a las circunstancias particulares y de complejidad del caso y garantizando la igualdad⁷⁶.

Finalmente, y luego de escuchados los alegatos de conclusión, en esta misma audiencia de instrucción y juzgamiento, el juez deberá proferir sentencia que resuelva el litigio de manera oral, aunque las partes o sus apoderados no hayan asistido o se hubieran retirado, y esta sentencia se notificará por estrados⁷⁷. Si fuera necesario, el fallador podrá decretar un receso hasta de 2 horas para el pronunciamiento de la sentencia. En la nueva dinámica de los procesos orales, y en específico con el nuevo proceso oral que trae el CGP, proferir la sentencia de forma verbal por parte de los jueces es la regla general y la posibilidad de proferirla por escrito sólo se producirá en casos excepcionales.

Si no le fuera posible al juez dictar la sentencia en forma oral, el art. 373 del CGP afirma que aquél deberá dejar constancia expresa de las razones concretas por las cuales no pudo emitir el fallo, deberá informar a la Sala Administrativa del actual Consejo Superior de la Judicatura, deberá anunciar el sentido de la sentencia con una breve exposición de sus fundamentos, y finalmente deberá emitir el fallo escrito dentro de los 10 días siguientes a la fecha de celebración de la audiencia, sin que en ningún caso se pueda desconocer el término general de duración del proceso, previsto en el art. 121 del CGP.

Si la sentencia se profiere de forma oral, se entenderá notificada en estrados y la apelación deberá interponerse por la parte afectada de manera oral e inmediata, conforme lo establece el inciso 1 del numeral 1 del art. 322 del CGP. Por el contrario, si la sentencia se profiere finalmente por escrito, el fallo se notificará por estado⁷⁸, y la apelación por la parte inconforme deberá interponerse por escrito dentro de los 3 días siguientes a su notificación por estado, de acuerdo con lo previsto en el inciso 2 del numeral 1 del art. 322 del CGP.

Finalmente, el proceso verbal mencionado en el Código General del Proceso y abordado con detalla en este texto, se puede describir gráficamente de la siguiente manera:

⁷⁶ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, art. 11.

⁷⁷ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, art.294, CGP.

⁷⁸ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, art.295, CGP.

El proceso verbal en el Código General del Proceso

FASE PREPARATORIA O INTRODUCTORIA	AUDIENCIA INICIAL	AUDIENCIA INSTRUCCIÓN Y JUZGAMIENTO →								
Demanda: Art. 82 a 89	<p>Decisiones excepciones previas con pruebas: Sólo aportadas y dos testimonios: a. Falta competencia domicilios o lugar hechos b. Falta de integración litisconsorte necesario</p> <p style="text-align: center;">Conciliación:</p> <p>1. Diligentemente - En cualquier etapa 2. Fórmulas no significan prejuzgamiento 3. Para incapaces implica autorización</p> <p style="text-align: center;">Interrogatorios de oficio, exhaustivo. Careos</p> <p>Fijación objeto litigio: Requerimiento previo hechos admitidos Demostrados y a probar</p> <p style="text-align: center;">Control de legalidad: Fondo, no vicios y litisconsorte necesario</p> <p style="text-align: center;">Sentencia: Salvo otras pruebas previo alegatos</p> <p style="text-align: center;">Práctica de otras pruebas: Presencia partes</p> <p>Decreto de pruebas: Partes y oficio - Rechazo a. Inspección: <u>Obligatoria:</u> Previa a audiencia de instrucción y juzgamiento todo en Inspección; <u>No obligatoria:</u> En audiencia de instrucción y juzgamiento. b. Dictamen: Presentado 10 días antes de la En audiencia de instrucción y juzgamiento</p>	Fijación: Antes de finalizar la inicial y disponiendo de tiempo y lo necesario								
Admisión: 90 Inadmisión Rechazo		<p style="text-align: center;">Conciliación:</p> <p>1. Diligentemente - En cualquier etapa 2. Fórmulas no significan prejuzgamiento 3. Para incapaces implica autorización</p> <p style="text-align: center;">Interrogatorios de oficio, exhaustivo. Careos</p> <p>Fijación objeto litigio: Requerimiento previo hechos admitidos Demostrados y a probar</p> <p style="text-align: center;">Control de legalidad: Fondo, no vicios y litisconsorte necesario</p> <p style="text-align: center;">Sentencia: Salvo otras pruebas previo alegatos</p> <p style="text-align: center;">Práctica de otras pruebas: Presencia partes</p> <p>Decreto de pruebas: Partes y oficio - Rechazo a. Inspección: <u>Obligatoria:</u> Previa a audiencia de instrucción y juzgamiento todo en Inspección; <u>No obligatoria:</u> En audiencia de instrucción y juzgamiento. b. Dictamen: Presentado 10 días antes de la En audiencia de instrucción y juzgamiento</p>	Práctica de pruebas: Interrogatorio no practicado en audiencia inicial-fijación objeto de litigio y otras pruebas							
Traslado: 20 días			<p style="text-align: center;">Conciliación:</p> <p>1. Diligentemente - En cualquier etapa 2. Fórmulas no significan prejuzgamiento 3. Para incapaces implica autorización</p> <p style="text-align: center;">Interrogatorios de oficio, exhaustivo. Careos</p> <p>Fijación objeto litigio: Requerimiento previo hechos admitidos Demostrados y a probar</p> <p style="text-align: center;">Control de legalidad: Fondo, no vicios y litisconsorte necesario</p> <p style="text-align: center;">Sentencia: Salvo otras pruebas previo alegatos</p> <p style="text-align: center;">Práctica de otras pruebas: Presencia partes</p> <p>Decreto de pruebas: Partes y oficio - Rechazo a. Inspección: <u>Obligatoria:</u> Previa a audiencia de instrucción y juzgamiento todo en Inspección; <u>No obligatoria:</u> En audiencia de instrucción y juzgamiento. b. Dictamen: Presentado 10 días antes de la En audiencia de instrucción y juzgamiento</p>	Alegaciones: Hasta por 20 Minutos						
Retiro, corrección aclaración, reforma Art. 92 y 93				<p style="text-align: center;">Conciliación:</p> <p>1. Diligentemente - En cualquier etapa 2. Fórmulas no significan prejuzgamiento 3. Para incapaces implica autorización</p> <p style="text-align: center;">Interrogatorios de oficio, exhaustivo. Careos</p> <p>Fijación objeto litigio: Requerimiento previo hechos admitidos Demostrados y a probar</p> <p style="text-align: center;">Control de legalidad: Fondo, no vicios y litisconsorte necesario</p> <p style="text-align: center;">Sentencia: Salvo otras pruebas previo alegatos</p> <p style="text-align: center;">Práctica de otras pruebas: Presencia partes</p> <p>Decreto de pruebas: Partes y oficio - Rechazo a. Inspección: <u>Obligatoria:</u> Previa a audiencia de instrucción y juzgamiento todo en Inspección; <u>No obligatoria:</u> En audiencia de instrucción y juzgamiento. b. Dictamen: Presentado 10 días antes de la En audiencia de instrucción y juzgamiento</p>	Sentencia: 1. Oral. Inmediata o previo receso por 2 h. Apelación verbal en la audiencia 2. Excepción: escrita 10 días "cuando no fuere posible" con constancia "razones concretas", Informe al CS de la J y anuncio sentido del fallo con fundamentos. Apelación en notificación o por escrito en 3 días					
Contestación: Art. 96 y 97					<p style="text-align: center;">Conciliación:</p> <p>1. Diligentemente - En cualquier etapa 2. Fórmulas no significan prejuzgamiento 3. Para incapaces implica autorización</p> <p style="text-align: center;">Interrogatorios de oficio, exhaustivo. Careos</p> <p>Fijación objeto litigio: Requerimiento previo hechos admitidos Demostrados y a probar</p> <p style="text-align: center;">Control de legalidad: Fondo, no vicios y litisconsorte necesario</p> <p style="text-align: center;">Sentencia: Salvo otras pruebas previo alegatos</p> <p style="text-align: center;">Práctica de otras pruebas: Presencia partes</p> <p>Decreto de pruebas: Partes y oficio - Rechazo a. Inspección: <u>Obligatoria:</u> Previa a audiencia de instrucción y juzgamiento todo en Inspección; <u>No obligatoria:</u> En audiencia de instrucción y juzgamiento. b. Dictamen: Presentado 10 días antes de la En audiencia de instrucción y juzgamiento</p>					
Reconvenión Art. 371 1. Si precedería acumulación 2. Notificación por estado 3. Traslado 20 días 4. Trámite conjunto						<p style="text-align: center;">Conciliación:</p> <p>1. Diligentemente - En cualquier etapa 2. Fórmulas no significan prejuzgamiento 3. Para incapaces implica autorización</p> <p style="text-align: center;">Interrogatorios de oficio, exhaustivo. Careos</p> <p>Fijación objeto litigio: Requerimiento previo hechos admitidos Demostrados y a probar</p> <p style="text-align: center;">Control de legalidad: Fondo, no vicios y litisconsorte necesario</p> <p style="text-align: center;">Sentencia: Salvo otras pruebas previo alegatos</p> <p style="text-align: center;">Práctica de otras pruebas: Presencia partes</p> <p>Decreto de pruebas: Partes y oficio - Rechazo a. Inspección: <u>Obligatoria:</u> Previa a audiencia de instrucción y juzgamiento todo en Inspección; <u>No obligatoria:</u> En audiencia de instrucción y juzgamiento. b. Dictamen: Presentado 10 días antes de la En audiencia de instrucción y juzgamiento</p>				
Excepciones previas Art. 100							<p style="text-align: center;">Conciliación:</p> <p>1. Diligentemente - En cualquier etapa 2. Fórmulas no significan prejuzgamiento 3. Para incapaces implica autorización</p> <p style="text-align: center;">Interrogatorios de oficio, exhaustivo. Careos</p> <p>Fijación objeto litigio: Requerimiento previo hechos admitidos Demostrados y a probar</p> <p style="text-align: center;">Control de legalidad: Fondo, no vicios y litisconsorte necesario</p> <p style="text-align: center;">Sentencia: Salvo otras pruebas previo alegatos</p> <p style="text-align: center;">Práctica de otras pruebas: Presencia partes</p> <p>Decreto de pruebas: Partes y oficio - Rechazo a. Inspección: <u>Obligatoria:</u> Previa a audiencia de instrucción y juzgamiento todo en Inspección; <u>No obligatoria:</u> En audiencia de instrucción y juzgamiento. b. Dictamen: Presentado 10 días antes de la En audiencia de instrucción y juzgamiento</p>			
Allanamiento Art 98								<p style="text-align: center;">Conciliación:</p> <p>1. Diligentemente - En cualquier etapa 2. Fórmulas no significan prejuzgamiento 3. Para incapaces implica autorización</p> <p style="text-align: center;">Interrogatorios de oficio, exhaustivo. Careos</p> <p>Fijación objeto litigio: Requerimiento previo hechos admitidos Demostrados y a probar</p> <p style="text-align: center;">Control de legalidad: Fondo, no vicios y litisconsorte necesario</p> <p style="text-align: center;">Sentencia: Salvo otras pruebas previo alegatos</p> <p style="text-align: center;">Práctica de otras pruebas: Presencia partes</p> <p>Decreto de pruebas: Partes y oficio - Rechazo a. Inspección: <u>Obligatoria:</u> Previa a audiencia de instrucción y juzgamiento todo en Inspección; <u>No obligatoria:</u> En audiencia de instrucción y juzgamiento. b. Dictamen: Presentado 10 días antes de la En audiencia de instrucción y juzgamiento</p>		
Prescripción, mora y caducidad Art 94 y 95									<p style="text-align: center;">Conciliación:</p> <p>1. Diligentemente - En cualquier etapa 2. Fórmulas no significan prejuzgamiento 3. Para incapaces implica autorización</p> <p style="text-align: center;">Interrogatorios de oficio, exhaustivo. Careos</p> <p>Fijación objeto litigio: Requerimiento previo hechos admitidos Demostrados y a probar</p> <p style="text-align: center;">Control de legalidad: Fondo, no vicios y litisconsorte necesario</p> <p style="text-align: center;">Sentencia: Salvo otras pruebas previo alegatos</p> <p style="text-align: center;">Práctica de otras pruebas: Presencia partes</p> <p>Decreto de pruebas: Partes y oficio - Rechazo a. Inspección: <u>Obligatoria:</u> Previa a audiencia de instrucción y juzgamiento todo en Inspección; <u>No obligatoria:</u> En audiencia de instrucción y juzgamiento. b. Dictamen: Presentado 10 días antes de la En audiencia de instrucción y juzgamiento</p>	

Gráfico tomado de: CANOSA SUÁREZ, Ulises, "Novedades pruebas en el Código General del Proceso", Universidad Nacional de Colombia, Auditorio Camilo Torres, Bogotá, 2017.

2. Consideraciones Finales

De las normas anteriormente analizadas, se deduce que el CGP pretende que los procesos civiles, y de forma específica el proceso verbal, sea un proceso célere, donde opere la concentración de actuaciones procesales, donde todos los actos, solicitudes y peticiones de las partes y cuestiones jurídicas se resuelvan de manera oral con la presencia del juez, "garantizando una tutela judicial efectiva con duración razonable"⁷⁹ y en donde el juez disponga de todos los elementos necesarios para poder producir un fallo de fondo y motivado desde el punto de vista fáctico y jurídico, pues ha tenido un contacto permanente con las partes y con la práctica de los diversos medios probatorios que se allegaron al expediente.

Además, estas pretensiones se refuerzan con la obligación de los jueces de tramitar todos los procesos durante el término máximo de 1 año, so pena de que

⁷⁹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Código General del Proceso, Parte Especial*, cuarta edición, Bogotá, Ed. Dupre Editores Ltda, 2017.

pierdan la competencia para seguir conociendo del asunto y de que sean desfavorablemente calificados en su evaluación de desempeño; y con la aplicación práctica de principios como el de la lealtad procesal, que se traduce en un deber de las partes y apoderados de colaborar con el desarrollo del proceso, enviando a las demás partes vía correo electrónico un ejemplar de los memoriales que se presenten en el proceso a más tardar al día siguiente a la presentación del memorial, so pena de ser acreedores de sanciones pecuniarias (multas).

Respecto al término de duración del proceso, el art. 121 del CGP establece que, salvo interrupción o suspensión del proceso por causas legales, no podrá transcurrir un lapso superior a 1 año para dictar sentencia de primera o de única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda a la parte demandada. Sin embargo, si el juez dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la demanda no notifica al demandante del auto admisorio de la misma, este término se contará a partir del día siguiente a la fecha de presentación de la demanda, como una sanción al juez por su falta de diligencia al expedir el auto admisorio de la demanda en un término perentorio⁸⁰.

Del mismo modo, el plazo para resolver el litigio y agotar el proceso en la segunda instancia no podrá ser superior a 6 meses, contados a partir de la recepción del expediente en la secretaría del juzgado o Tribunal.

Si este término vence sin haberse dictado la sentencia correspondiente por el juez, el funcionario perderá automáticamente competencia para conocer del proceso, por lo cual, al día siguiente deberá informar de esta situación a la Sala Administrativa del actual Consejo Superior de la Judicatura y remitir el expediente al juez o magistrado que le sigue en turno, de manera directa, y sin necesidad de reparto ni de participación de las oficinas de apoyo judicial, y este asumirá competencia y deberá proferir el fallo dentro de un término máximo de 6 meses. Además, el vencimiento de estos términos y la pérdida de competencia del juez, deberá ser tenida en cuenta como criterio obligatorio de calificación de su desempeño.

Finalmente, respecto del deber que poseen las partes dentro del proceso de enviar los memoriales a las demás partes después de radicados, el art. 78 del CGP prescribe que se debe enviar una copia de los mismos por correo electrónico a más tardar el día siguiente a su radicación, y el incumplimiento de este deber no afecta la validez de la actuación, pero las demás partes afectadas podrán solicitar al juez la imposición de una multa hasta por 1 SMLMV por cada infracción⁸¹.

⁸⁰ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, inciso 3, numeral 7, art. 90.

⁸¹ Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, numeral 14, Art. 78, CGP.

Aunque esta norma debe ser resaltada por la intención que tuvo el legislador de fortalecer el principio de lealtad procesal dentro del proceso civil, se considera que el legislador realizó una interpretación exagerada y al extremo de este principio, pues si bien es cierto que este implica colaborar con el desarrollo y el transcurso de los procesos judiciales, no realizar actos deshonestos o de mala fe que perjudiquen a la contraparte, no utilizar la propia culpa o negligencia en beneficio propio para obtener de allí consecuencias procesales favorables, no es menos cierto que cada una de las partes o de los apoderados debe tener la carga de revisar los procesos judiciales y de revisar los expedientes para enterarse de las últimas actuaciones que se hayan presentado o surtido. No es contrario a la buena fe radicar memoriales sin que la contraparte sepa desde un inicio de ellos, pues esto hace parte de la estrategia procesal ejercida dentro de los límites de la ley, y no se violaría *per se* el derecho de defensa ni el debido proceso de la contraparte, pues se prevén otros mecanismos en el CGP para garantizar estos derechos, como el traslado y las notificaciones.

Bibliografía

BEJARANO GUZMÁN Ramiro, *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*, Sexta Edición, Bogotá, Ed. Temis, año 2016.

BOHÓRQUEZ, Ángel María, *De la confesión como prueba en juicio*, tesis elaborada y sostenida para optar por el título de Doctor en derecho, Universidad Nacional, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Imprenta Bohórquez, Bogotá, 1918. En: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/derecho/de-la-confesion-como-prueba-en-juicio>. Consultado el 27/02/2017

Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1395 de 2010, ley de descongestión judicial.

Colombia, Gobierno Nacional, Decreto Nacional 1400 de 1970, Código de Procedimiento Civil.

Colombia, Congreso de la República, Ley 527 de 1999, ley sobre mensajes de datos y comercio electrónico.

Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 333 de 2014, mediante el cual se reglamenta la Ley 527 de 1999 sobre mensajes de datos y comercio electrónico.

Colombia, Gobierno Nacional, Decreto Nacional 2364 de 2012, por medio del cual se reglamenta el artículo 7 de la Ley 527 de 1999, ley sobre mensajes de datos y comercio electrónico.

Colombia, Congreso de la República, Ley 640 de 2001, mediante la cual se regula la conciliación.

Colombia, Congreso de la República, Ley 94 de 1938 (Primer Código de Procedimiento penal).

Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 409 de 1971, por medio del cual se reforma la Ley 94 de 1938 (Primer Código de Procedimiento Penal).

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz, sentencia del 9 de noviembre de 2006, Exp: 2006-23775.

DEVIS HECHANDIA, Hernando, Estudios de Derecho Procesal, Bogotá, Ed. ABC, 1979.

FLÓREZ, Germán Darío, “La validez jurídica de los documentos electrónicos en Colombia a partir de su evolución legislativa y jurisprudencial”, *Revista Verba Iuris* No. 31, enero-junio de 2014, Bogotá D.C, Colombia, ISSN: 0121-3474, (pp. 43-71), Disponible en: <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/31/la-validez-juridica-de-los-documentos-electronicos-en-colombia-a-partir-de-su-evolucion-legislativa-y-jurisprudencial.pdf>, fecha de consulta: 17 de junio de 2016.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Ley 1395 de 2010, *Reformas al Código de Procedimiento Civil*, Dupre Editores, Bogotá, 2010.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Código General Del Proceso, Parte General*, cuarta edición, Bogotá D.C, Colombia, Ed. Dupre Editores Ltda, 2016.

NISMIBLAT MURILLO, Nattan, *Código General del Proceso, derecho probatorio: introducción a los medios de prueba en particular. Principios y técnicas de oralidad*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2014.

PARRA QUIJANO, Jairo, Manual de derecho probatorio, 7 °ed., Santa Fe de Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1997.

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, Auto admisión de acción de inconstitucionalidad, Expediente D- 11304.

ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique, *El proceso civil colombiano*, cuarta edición, Bogotá D.C, Colombia, Ed. Universidad Externado, 2011.

TEJEIRO DUQUE, Octavio, “Los procesos declarativos y el desarrollo de la audiencia”, En: *Código General del Proceso comentado*, año 2014, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, pp. 347-360.

DESARROLLO PRÁCTICO DE LAS NOTIFICACIONES JUDICIALES MEDIANTE SISTEMAS ELECTRÓNICOS*

Practical development of the judgment notification through electronic systems

Sebastián Portilla Parra**

Resumen:

Las notificaciones electrónicas tienen como finalidad agilizar el proceso, y para ser eficaces deben cumplir con la integralidad e inalterabilidad de su contenido, pues representan una nueva posibilidad en la función jurisdiccional del Estado. Aquellas, deberían tener aplicación en cualquier tipo de proceso judicial, sin embargo no han logrado posicionarse como un tipo de notificación principal, pues su carácter aún es facultativo y subsidiario. En el presente trabajo se analizará su desarrollo en los procesos judiciales, enfatizando en su evolución dentro del proceso administrativo y verbal. De igual forma, a la posterior recolección, análisis e interpretación de doctrina, legislación, jurisprudencia y derecho comparado correspondiente al tema, tendremos un compendio de características propias como, principios determinados, posibles mecanismos de seguridad y legislación especial. Aunque preocupa la seguridad brindada para su uso, por la poca diligencia del Estado y la necesidad de un sistema seguro para implementarlas a los diferentes procesos.

Recibido: 28 de octubre de 2016 – Aprobado: 30 de abril de 2017

* Artículo Inédito.

Para citar el artículo: PORTILLA PARRA, Sebastián. Desarrollo práctico de las notificaciones judiciales mediante sistemas electrónicos. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 45 Enero – Junio. 2017, pp. 189-213.

** Estudiante de la Facultad de Derecho, cursa VII semestre, Universidad del Cauca.

Palabras clave: Notificaciones electrónicas, implementación, derechos fundamentales, proceso verbal, proceso administrativo.

Abstract

Electronic notifications are intended to streamline the process, and to be effective they must comply with the integrality and inalterability of their content, since they represent a new possibility in the jurisdictional function of the State. These should be applied in any type of judicial process; however they have not been able to position itself as a type of main notification, since its character is still optional and subsidiary. We analyze their development in judicial processes, emphasizing their evolution within the administrative and verbal process. Likewise, to the subsequent collection, analysis and interpretation of doctrine, legislation, jurisprudence and comparative law corresponding to the subject, we will have a compendium of characteristics, certain principles, possible security mechanisms and special legislation. Although it concerns the security offered for its use, by the little diligence of the State and the necessity of a secure system to implement them to the different processes.

Keywords: Electronic notifications, implementation, fundamental rights, verbal process, administrative process.

Introducción

A continuación se abordará la implementación de las notificaciones electrónicas (NE de ahora en adelante) en los procesos judiciales como el verbal, entendiéndose incluido el verbal sumario, y el administrativo. A través de una investigación explicativa se estudiará su implementación a nivel doctrinario, legislativo y jurisprudencial, haciendo una breve reseña del derecho comparado, así también los efectos de la implementación de las NE a nivel procesal, enfatizando las características específicas que poseen.

El artículo circunda en torno a la pregunta ¿Cómo se ha llevado a cabo la implementación de las NE en el proceso verbal y administrativo a partir de la doctrina, legislación, jurisprudencia y derecho comparado? Dado que la notificación personal, por medio electrónico, es subsidiaria pues solo es válida si el interesado acepta ser notificado de esa manera¹. Pero a pesar de su uso facultativo se debe garantizar la integridad, inalterabilidad y confidencialidad

¹ CARRILLO PARADA, José Rafael. 2013. "Procedimiento para las notificaciones administrativas". Revista Electrónica de la facultad de Derecho. Vol.1, Núm. 1. (2013),

del mensaje de datos², por medio del cual se realiza la NE, para poder aplicar el principio de equivalente funcional. Lo anterior aunado a los avances legislativos, paulatinos y apropiados, que se deben realizar, en aras de lograr el carácter principal de las NE por diferentes medios como el correo o dirección electrónica, bases de datos, entre otros, y mancomunadamente a las nuevas tecnologías, que impulsarán la implementación y uso de las NE en todos los procesos judiciales, ya que por medio del uso de skype se podría realizar una notificación en estrados de manera virtual.

Igualmente, se abordará la implementación de las NE, teniendo en cuenta sus principios básicos y evolución en los procesos judiciales, como el verbal y administrativo. Se hará lo correspondiente con los beneficios, y obligaciones, que contrae su implementar, si bien las condiciones de seguridad ofrecidas actualmente no resultan idóneas. Por ello abrimos la puerta a un sistema de mensajería con operabilidad y seguridad adecuada, que sería oportuno para ampliar el uso de las NE.

1. Necesidad de implementar las NE junto a las nuevas tecnologías

Es importante aclarar que la implementación de las NE, como consecuencia de la implementación de las nuevas tecnologías, no representa un simple capricho o esfuerzo banal por parte del poder público en nuestra administración de justicia.

Actualmente la administración de justicia en Colombia, se encuentra colapsada, obtiene muy bajas calificaciones en materia de tiempos de decisión de controversias³, como en materia de percepción por parte de los usuarios del sistema⁴. Por lo cual es menester un cambio en el desarrollo del proceso que

Universidad de Santander, UDES Cúcuta. Véase: <http://service.udes.edu.co/revistas/index.php/Lex-UDES/article/P5.pdf>. [Consultado el 01 de abril de 2017].

² DÍAZ GARCÍA, Alexander. Las notificaciones electrónicas judiciales en Colombia: El notario electrónico (firmado electrónicamente). Enlace [online]. 2008. Vol.5. N° 2, pp. 131-138. Véase: [http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S169075152008000200008&lng=es&nrm=is]. ISSN 1690-7515. [Consultado el 02 de Abril de 2017].

³ Doing Business. “Cumplimiento de Contratos”. Banco Mundial. Junio de 2016. Véase: [<http://espanol.doingbusiness.org/data/exploretopics/enforcing-contracts>], consultado el 21 de Noviembre de 2016.

⁴ World Justice Project. “Rule of Law Index”. 2014. Véase: http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/wjp_rule_of_law_index_2014_report.pdf, [consultado el 25 de Noviembre de 2016].

permita mejoras en la decisión de controversias y percepción que tienen las personas acerca de aquella.

La implementación de las NE permitirá mejorar los aspectos anteriores pues ofrece mecanismos eficientes para superar demoras en el trámite de los procesos, levantando diversas barreras como las geográficas, lingüísticas, físicas, económicas, entre otras, de acceso a la administración de justicia proporcionando un mayor acceso a la misma, permitiendo proteger la tutela jurisdiccional efectiva⁵ y haciendo más ágil el proceso.

Las TIC, entre ellas las NE, pueden aportar a la reducción de los tiempos en los procesos judiciales, para mejorar la administración del despacho judicial, reducir el uso de papel y del espacio disponible en los edificios destinados a oficinas judiciales, lo cual debe ir aunado a un cambio de lógica del juicio por uno basado en la oralidad e inmediatez⁶, como se ha tratado de hacer en nuestra administración de justicia, con diferentes leyes como las 1564 de 2012 y 1437 de 2011.

El uso de las nuevas tecnologías en la administración de justicia puede suponer importantes beneficios a su funcionamiento pues permite; ahorrar tiempo, trabajo, obtener mayor información y transparencia sobre el funcionamiento de la justicia, y ofrecerla de manera eficaz; además las partes pueden relacionarse directamente con la justicia, lo que les puede facilitar el acceso a la misma y obtener mayor eficiencia en el proceso, ahorro de tiempo, disminución de costos y una justicia de mejor calidad.⁷ En igual sentido, al implementar las nuevas tecnologías se daría aplicación al uso de audiencias virtuales, las cuales implicarían la posibilidad de realizar una notificación en estrados de manera virtual, y así aumentar el acceso a la administración de justicia eliminando barreras geográficas.

De igual forma, teniendo en cuenta la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico, usar las tecnologías de la información y la comunicación en los órganos de la administración pública fomenta la mejora sustancial de la infor-

⁵ Pájaro Moreno Nicolás. “Las Tics al servicio del proceso”. *Memorias del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Cartagena. Septiembre de 2014. Véase: [https://www.academia.edu/8867673/Las_TIC_al_servicio_del_proceso], consultado el 17 de Noviembre de 2016.

⁶ LILLO LOBOS, Ricardo. “El uso de las nuevas tecnologías en el sistema judicial: experiencias y precauciones”. II Justicia. 2011. Véase: <http://www.ijjusticia.org/docs/LOBOS.pdf>. [Consultado Abril 2 de 2017].

⁷ CERRILLO, Agustí. “E-justicia: las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la justicia iberoamericana en el siglo XXI”. IDP Revista de Internet, Derecho y Política. Número 4. 2007. [Consultado el 3 de Abril de 2017].

mación, oportunidad, eficiencia y eficacia de la gestión pública, generando un mejor servicio.⁸

Lo anterior se tornaría más factible con la creación de un sistema de mensajería con operabilidad y seguridad adecuada el cual, como su nombre lo indica, debe ofrecer unas condiciones mínimas de seguridad para la apropiada transferencia de los mensajes de datos y brindar mayor certeza al ciudadano al usar las NE en el proceso.

2. Notificaciones electrónicas a nivel doctrinario

Los mensajes de datos deben recibir el mismo tratamiento de los documentos físicos cuando aquel sea completo, auténtico, confiable, sincronizado y seguro. De igual forma el artículo 5 de la Ley 527 de 1999 prohíbe negar efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a información, por el solo hecho de que sean mensajes de datos⁹.

Para una debida implementación de las TIC se debe desarrollar en dos planos estrechamente interconectados: el de los usuarios externos¹⁰ de la administración de justicia, de los interesados en el proceso, y el de los usuarios internos¹¹, los funcionarios y empleados que deben trabajar en aras de las funciones judiciales¹².

⁸ MACARENO LÓPEZ, Roger Adolfo (2012) “notificación electrónica de los actos administrativos: ¿hay violación del debido proceso?”. Revista Iter Ad Veritatem 10. Universidad Santo Tomás, Tunja. Véase: <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/view/559/379> [Consultado el 31 de marzo de 2017].

⁹ UMAÑA CHAUX, Andrés. “Algunos comentarios sobre el principio del equivalente funcional en la ley 527 de 1999”. *Revista de derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías* N 1°.2005. Bogotá D.C., p. 78. Disponible en: https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics93.pdf [Consultado en 8, febrero, 2016]

¹⁰ Los usuarios externos son todas las personas que acuden a la administración de justicia para obtener de ella la definición o la ejecución coactiva de sus derechos. es necesario que el diseño de las herramientas tecnológicas se base en la experiencia y necesidades de los jueces, de los abogados litigantes y de las mismas partes, para explotar al máximo sus posibilidades, y generar un valor agregado en su uso, y para que sirva de un soporte efectivo a otros aspectos esenciales de los nuevos esquemas procesales de oralidad.

¹¹ Los usuarios internos son quienes administran justicia, y el personal adicional que soporta, desde escenarios estratégicos o de apoyo, el cumplimiento de la función jurisdiccional. En términos generales, se trata de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial. Las funciones administrativas a través de la correcta implementación de las TIC, pueden ser sistematizadas y automatizadas, en aras de facilitar el trabajo de los empleados de la administración de justicia.

¹² PÁJARO MORENO, Nicolás. “Las TIC al servicio del proceso”. Memorias de XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. ICDP/UniLibre. Septiembre de 2014.

Para implementar las NE se requiere el uso de un sistema de seguridad, o entidades de certificación, que son entidades facultadas, conforme a la ley, para emitir certificados en relación a la recepción, integridad e inalterabilidad de los mensajes de datos y otras funciones que garantizarán su integridad, inalterabilidad y confidencialidad de las NE, lo cual es menester para otorgarle carácter de personal¹³.

2.1 Principios fundamentales para la implementación de las notificaciones electrónicas

En la implementación de las NE se deben tener en cuenta los principios de neutralidad económica y equivalente funcional¹⁴, los cuales permiten un igual tratamiento entre los documentos físicos y mensajes de datos, independiente del soporte que estos usen. A continuación se los explicará brevemente:

Principio de equivalente funcional: Permite dar igual tratamiento a documentos electrónicos y físicos, con la condición de cumplir las características de integridad, rastreabilidad, seguridad, autenticidad, entre otras¹⁵.

Principio de neutralidad tecnológica: Permite la aplicación analógica del derecho cuando la actividad realizada es exactamente la misma independientemente del soporte utilizado¹⁶, busca que la actividad no este ligada a ninguna tecnología.

Para implementar las NE se debe garantizar la inalterabilidad, confiabilidad e integridad de los mensajes de datos, acorde a los anteriores principios, junto a

Disponible en: https://www.academia.edu/8867673/Las_TIC_al_servicio_del_proceso [Consultado 2 Enero de 2017]

¹³ DÍAZ GARCÍA, Alexander. “Colombia. Aspectos fundamentales del proceso, desde la óptica de las nuevas tecnologías. El documento electrónico judicial en Colombia”. *Revista de derecho informático* N° 116. 2008 Lima, p. 2. [Consultado Noviembre 18 de 2016].

¹⁴ FLÓREZ, German Darío. “La validez jurídica de los documentos electrónicos en Colombia a partir de su evolución legislativa y jurisprudencia”. *Revista Verba Iuris* N°31.2014 Bogotá D.C., pp. 46-51. Disponible en: <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/31/la-validez-juridica-de-los-documentos-electronicos-en-colombia-a-partir-de-su-evolucion-legislativa-y-jurisprudencial.pdf> [Consultado en 28 de marzo de 2016].

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ ALONSO ESPINOSA, Carles. “La información en la red y el principio de neutralidad tecnológica: la libertad de expresión y la difusión de información administrativa”. *Revista derecho del Estado* N° 22. Junio de 2009. Bogotá D.C., p. 87. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/480/459> [Consultado Agosto, 9, 2016]

herramientas y medios para salvaguardar los mismos. Así las NE ampliaran su margen de uso y confiabilidad dentro de la administración de justicia y por parte de los particulares, por lo cual los esfuerzos deben dirigirse a salvaguardar los mismos.

3. Notificaciones electrónicas a nivel legislativo

Notificación es el acto mediante el cual se pone en conocimiento de los sujetos procesales el contenido de las providencias proferidas en un proceso, tiene como finalidad garantizar los derechos de defensa y de contradicción como nociones integrantes del debido proceso por lo cual se deben cumplir diferentes requisitos y garantías para lograr su debida realización.¹⁷

Las NE, representan una de las maneras para realizar la notificación¹⁸ y, abren la posibilidad de que las partes en un proceso judicial puedan ser informadas de la totalidad, o parte, de los actos procesales con el uso de mecanismos técnicos o informáticos como el correo electrónico.¹⁹ Aquellas se realizan a través de mensajes de datos, los cuales son, la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, entre otros²⁰, al mencionar “medios similares” refiere que los mensajes de datos no están exclusivamente destinados a las prácticas modernas de comunicación, sino que pretenden ser útiles para involucrar todos los adelantos tecnológicos futuros.²¹

Las NE permitirían agilizar los procesos y hacerlos más eficaces para superar la congestión imperante en aquellos; además permiten aplicar los

¹⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia de constitucionalidad N° 648 del 20 de Junio de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-3365.

¹⁸ Colombia. Congreso de la República. Ley 1564 del 12 de Julio de 2012. Artículo 291 numeral 3°; artículo 292.

¹⁹ QUINTERO NAVAS, Gustavo. “Contencioso administrativo y medios electrónicos: un gran paso hacia la modernización del ejercicio de la justicia administrativa”. *Revista de derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías* N°6. Bogotá. 6 de diciembre de 2011. Universidad de los Andes, pp. 5-7. Véase: https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics103.pdf [Consultado en 13, septiembre, 2016].

²⁰ Colombia. Congreso de la República. Ley 527 del 18 de agosto 1999. Artículo 2° literal A.

²¹ Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia de constitucionalidad N° 831 del 8 de agosto de 2001. M.P. Tafur Galvis Álvaro. Expediente D-3371.

principios de celeridad y economía procesal, por lo que desde 1996²² el Consejo Superior de la Judicatura debe propender su implementación, uso y desarrollo, con las nuevas tecnologías.

El Consejo Superior de la Judicatura siempre debe procurar el respeto y salvaguarda del derecho al debido proceso y publicidad, consagrado el primero por la Corte Constitucional como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia²³. El principio de publicidad consiste en dar a conocer, a través de publicaciones, comunicaciones o notificaciones, las actuaciones judiciales y administrativas a toda la comunidad, como garantía de transparencia y participación ciudadana, así como a las partes y terceros interesados en un determinado proceso para garantizar sus derechos de contradicción y defensa.²⁴ Por lo cual se debe tener como premisa, en la implementación de las NE, la integridad, inalterabilidad y confidencialidad de los mensajes de datos, por los que se transfieren.

Las NE deben implementarse de manera segura, eficaz y eficiente; de manera conjunta con bases de datos, condiciones técnicas y capacitaciones adecuadas para igual fin. De gran ayuda, en aquel sentido, serían las entidades de certificación, las cuales son una persona jurídica, con autorización legal, facultadas para emitir certificados en relación con las firmas electrónicas de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a la seguridad de comunicaciones basadas en las firmas electrónicas²⁵ y se pueden usar en las NE. Cuentan con legislación, actividades²⁶ y requisitos²⁷ específicos, como consecuencia de la función especial de certificación que cumplen, y

²² Colombia. Congreso de la República. Ley 270 del 7 de marzo de 1996. Ley estatutaria de la administración de justicia.

²³ Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia de constitucionalidad N° 980 de 2010. 1° de diciembre de 2010. M.P. Mendoza Martelo, Gabriel. Expediente D-8104.

²⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia de constitucionalidad N° 12 de 2013. 23 de Enero de 2013. M.P. González Cuervo, Mauricio. Expediente D-9195.

²⁵ Colombia. Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo N° PSAA06-3334 del 2 de marzo de 2006. Reglamenta los medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de la administración pública.

²⁶ Colombia. Congreso de la República. Ley 527 del 18 de agosto 1999. Artículo 30.

²⁷ Colombia. Presidente de la República de Colombia. Decreto 333 del 19 de febrero de 2014. Reglamenta el artículo 160 del Decreto-Ley 19 de 2012, define el régimen de aplicación de las entidades de certificación.

proporcionan mayor seguridad al emitir y recibir mensajes de datos, medio por el cual se realizan las NE. Lo anterior para procurar una adecuada notificación, dado que esta trae consigo la efectividad de los principios de celeridad y eficacia de la función pública²⁸.

3.1 Notificaciones electrónicas en el Proceso Verbal

En el proceso verbal, entiéndase incluido el verbal sumario, se espera un cambio en el uso de las NE respecto al proceso ordinario, dado que su uso fue precario en vigencia del Código de Procedimiento Civil, para lo cual cumple una función importante la entrada en vigencia del Código General del Proceso (C.G.P. de ahora en adelante).

A diferencia del Código de Procedimiento Civil, el C.G.P marcó la pauta para que todos los actos de notificación y comunicación del proceso se puedan llevar a través de mensajes de datos, sin importar la tecnología en boga de cada momento, ni las plataformas que decida implementar quien administra la jurisdicción²⁹, otorgándole un enfoque progresivo al proceso verbal, como consecuencia de prepararlo a las diferentes condiciones técnicas, las cuales puede preverse que cambiarán.

En efecto, el C.G.P. no se limitó a vaticinar la posibilidad de que diversas formas de notificación se realicen a través del correo electrónico o de la publicación en bases de datos abiertas al público; en su artículo 103 estipuló que puede hacerse uso de cualquier otro mecanismo de envío, transmisión, acceso y almacenamiento de mensajes de datos siempre que garanticen la autenticidad e integridad de intercambio o acceso de información³⁰, como podrían ser aplicaciones diseñadas para dispositivos móviles, sistemas de mensajería instantánea³¹, entre otros. Pues los medios electrónicos permiten el cumplimiento de los fines del Estado en concordancia a los principios establecidos por el C.G.P., como la eficacia, celeridad, economía, entre otros.³²

²⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela N° 210 de 2010. 23 de Marzo de 2010. M.P. Henao Pérez, Juan Carlos. Expediente T. 2.367.072.

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ Colombia. Congreso de la República. Ley 1564 del 12 de julio de 2012. Artículo 103 párrafo 3°.

³¹ PÁJARO MORENO, Nicolás. “Las TIC al servicio del proceso”. Memorias de XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. ICDP/UniLibre. Septiembre de 2014. Disponible en: https://www.academia.edu/8867673/Las_TIC_al_servicio_del_proceso [Consultado 2 Enero de 2017].

³² PEÑA VALENZUELA, Daniel. *De la firma manuscrita a las firmas electrónica y digital*. Edición 2015. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia., p. 199.

De igual manera equipara el valor demostrativo de los documentos físicos con los mensajes de datos,³³ como las NE, por lo cual no se puede negar eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a información en forma de un mensaje de datos, solo por ser un mensaje de datos.³⁴

El C.G.P. otorga a las NE un carácter facultativo, de manera implícita pero acentuada. Solo permite hacer que estas, en este caso se entenderá como personal, cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado³⁵, pues las personas naturales son quienes deben suministrar al juez su dirección de correo electrónico³⁶ de manera voluntaria, ya que en caso contrario no se podrá realizar la NE.

El C.G.P. ofrece diferentes garantías para la implementación de las NE y las nuevas tecnologías mediante obligaciones para la administración de justicia y las partes; el art. 78, numeral 14, reza que es obligación de las partes remitir copia de los memoriales presentados en el proceso, excepto las medidas cautelares, al correo electrónico de la contraparte cuando hubiese suministrado uno; el art. 82, párrafo segundo, permite que las demandas presentadas a través de mensajes de datos no necesiten firma digital para su validez; el art. 122 permite que los memoriales sean enviados de manera electrónica; el art. 244 presume auténticos los mensajes de datos, respetando el principio de equivalencia funcional de los mensajes de datos; el art. 291 numeral segundo, impone la obligación a las personas jurídicas de derecho privado y los comerciantes inscritos en el registro mercantil de registrar en la Cámara de Comercio o en la oficina de registro correspondiente del lugar donde funcione su sede principal, sucursal o agencia, la dirección física y otra electrónica donde recibirán notificaciones judiciales; el art. 291 reza que cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la comunicación podrá remitirse por el Secretario o el interesado por medio de correo electrónico. Se presumirá que el destinatario recibió la comunicación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo.³⁷

El Consejo Superior de la judicatura intentó avanzar en el tema, al expedir el Acuerdo No. PSAA06-3334, y estableció pautas sobre el uso de medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de la administración de justicia; sin embargo, se limitó a desarrollar definiciones y asignar la

³³ *Ibídem.*

³⁴ Colombia. Congreso de la República. Ley 527 de agosto 8 de 1999. Artículo 10.

³⁵ Colombia. Congreso de la República. Ley 1564 del 12 de Julio de 2012. Artículo 291, numeral 3°.

³⁶ *Ibídem.* Numeral 2°.

³⁷ Colombia. Congreso de la República. Ley 1564 del 12 de Julio de 2012. Artículo 291, numeral 3°.

posibilidad de realizar algunos actos de comunicación por mensajes de datos, pero sin carácter vinculante.

Por último se debe señalar un avance del Código de Procedimiento Civil, cuando define como documento todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo³⁸, definición que integra las grabaciones de audio, vídeo y los mensajes de datos³⁹, lo cual abrió la puerta para el uso de los últimos en el proceso civil.

3.2 NE en el proceso administrativo y la Administración Pública

Las NE han presentado un desarrollo paulatino en la administración pública, desde 1995⁴⁰, cuando las entidades públicas debían habilitar sistemas de transmisión electrónica de datos, como un sistema de correo, para que los usuarios pudieran enviar y recibir información en sus actuaciones ante la administración, esto sin poder restringir a los particulares el uso de tecnologías para su archivo documental.

En el proceso administrativo, las autoridades pueden notificar sus actos a través de medios electrónicos, si el administrado aceptó ese medio de notificación. Pero durante el desarrollo de la actuación el interesado podrá solicitar a la autoridad que las notificaciones sucesivas no se realicen por medios electrónicos, sino conforme con los otros medios previstos⁴¹, si el administrado acepta la NE esta se tomará carácter de personal⁴² –reiteración del carácter facultativo– pero cuando se haga NE debe adjuntarse el texto completo del actuación, o en caso contrario será inválida.⁴³

El acto administrativo solo tiene plenitud cuando se lo hace conocer al administrado, ahí se perfecciona, no produce efectos jurídicos antes. Por lo que para la efectividad del acto administrativo debe realizarse una adecuada NE, que

³⁸ Colombia. Congreso de la República. Ley 1400 del 21 de septiembre de 1970. Artículo 251.

³⁹ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia de 16 de diciembre de 2010. M.P. Pedro Octavo Munar Cadena. Expediente 11001 3110 005 2004 01074 01.

⁴⁰ Colombia. Congreso de la República. Decreto 2150 del 05 de Diciembre de 1995. Art. 26

⁴¹ Colombia. Congreso de la República. Ley 1437 del 18 de enero de 2011. Artículo 56.

⁴² *Ibidem*. Artículo 67.

⁴³ Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. C.P. Vergara Quintero, Luis Rafael. Marzo 11 de 2013. Radicación: 25000-23-37-000-2012-00459-01(AC).

también debe garantizar el debido proceso, y los principios de celeridad, eficacia y publicación.⁴⁴

Un avance importante en la implementación de las NE es la obligación de las entidades públicas, y particulares que cumplan función pública, de tener un buzón de correo electrónico exclusivamente para recibir NE, las cuales se entenderán como personales⁴⁵, lo anterior se ejemplifica con el correo de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁴⁶, la secretaría general de la Alcaldía de Bogotá⁴⁷.

En materia de Aduanas y de Control de Cambios, los actos administrativos que decidan recursos y las actuaciones que deban notificarse se realizarán a la dirección electrónica o sitio electrónico que asigne la DIAN a los contribuyentes que opten por la NE⁴⁸. En materia tributaria las NE se entenderá surtida en el momento que se produzca el acuse de recibido en la dirección o sitio electrónico asignado⁴⁹. En relación a lo anterior, la Corte Constitucional ha declarado que consagrar formas electrónicas de notificación por aviso electrónico como mecanismo subsidiario para suplir trámites de notificación infructuosos, no resulta violatorio del debido proceso ni del derecho de defensa⁵⁰, la impugnación puede ser enviada al correo electrónico del ente de control, que debe recepcionarlo y tramitarlo de manera adecuada y similar a un escrito.⁵¹ En el proceso contencioso administrativo se presumirá que el destinatario ha recibido la notificación cuando el iniciador recepcione acuse

⁴⁴ MACARENO LÓPEZ, Roger Adolfo (2012) “notificación electrónica de los actos administrativos: ¿hay violación del debido proceso?”. Revista Iter Ad Veritatem 10. Universidad Santo Tomás, Tunja. Véase <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/view/559/379>. [Consultado Abril 2, 2017].

⁴⁵ Colombia, Congreso de la República. Ley 1437 del 18 de enero de 2011. Artículo 197.

⁴⁶ Colombia. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Circular Externa 03 del 3 de junio de 2016. Notificación judicial por medios electrónicos.

⁴⁷ Colombia. Secretaria general de la alcaldía de Bogotá. Circular Externa 86 del 14 de agosto de 2012.

⁴⁸ Colombia. Congreso de la República. Ley 1111 del 27 de diciembre de 2006. Modifica el estatuto tributario de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

⁴⁹ Colombia. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Concepto 5473 del 12 de marzo de 2016.

⁵⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia de constitucionalidad N° 016 del 23 de enero de 2013. M.P. Mendoza Martelo, Gabriel. Expediente N° D-9091.

⁵¹ Colombia. Corte Constitucional. Sala sexta de revisión. Sentencia de tutela N° 286 del 20 de mayo de 2013. M.P. Pinilla Pinilla, Nilson. Expediente N° T- 3748679.

de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje⁵².

De igual manera los vigilados de la superintendencia de salud pueden usar las NE en los actos administrativos, para lo cual sus representantes legales deben manifestar expresamente su voluntad de usarlas⁵³ –reiteración al carácter facultativo de las NE–.

Es claro pues que las NE han encontrado su mayor desarrollo a nivel nacional en la administración pública, pero infortunadamente la falta de regulación legal y la delegación excesiva al Consejo Superior de la Judicatura no han permitido avances trascendentales⁵⁴.

3.3 Aplicación y uso de las notificaciones electrónicas y las nuevas tecnologías

La Rama Judicial tiene en funcionamiento el software Siglo XXI⁵⁵ el cual permite; tener un número único de radicación, facilitar el control sobre los términos, el reparto, ubicación de los expedientes con información directa de los despachos y conocer el estado del proceso a través de un computador, aunque el mismo sólo funciona en la medida en que esté instalado en el computador del despacho respectivo, y que además funciona a través de redes locales, lo cual genera que cada despacho cuente con una versión distinta del programa, a veces con problemas de interoperabilidad, que la disponibilidad de la información para el ciudadano dependa de la estabilidad de la red local, y que las consultas dependan de la ubicación física de los despachos judiciales⁵⁶, lo cual lo convierte

⁵² Colombia. Congreso de la República. Ley 1437 del 18 de enero de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 205.

⁵³ Colombia. Superintendencia Nacional de Salud. Carta Circular 2 del 17 de Octubre de 2012.

⁵⁴ PÁJARO MORENO, Nicolás. “Las TIC al servicio del proceso”. Memorias de XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. ICDP/UniLibre. Septiembre de 2014. Disponible en: https://www.academia.edu/8867673/Las_TIC_al_servicio_del_proceso [Consultado 2 Enero de 2017].

⁵⁵ Colombia. Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo 1591 del 24 de Octubre de 2002. Se establece el sistema de información de gestión de procesos y manejo documental (Justicia Siglo XXI).

⁵⁶ PÁJARO MORENO, Nicolás. “Las TIC al servicio del proceso”. Memorias de XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. ICDP/UniLibre. Septiembre de 2014. Disponible en: https://www.academia.edu/8867673/Las_TIC_al_servicio_del_proceso [Consultado 2 Enero de 2017].

en ineficiente. En el caso de las NE, el software Siglo XXI resulta inocuo, por lo cual, se torna indispensable un sistema de operabilidad y seguridad adecuada, y un modo de hacerlo sería una red de mensajería con cifrado de extremo a extremo, que permita la interacción interna de la administración de justicia y los particulares de manera segura.

La Rama Judicial también cuenta con el sistema de gestión de correspondencia SIGOBius⁵⁷, el cual tiene como objetivo realizar de forma integral todas las operaciones inherentes a la adecuada gestión de la correspondencia interna, aquella que se inicia en la institución o como respuesta a una correspondencia externa; su elaboración y posterior despacho a destinatarios internos o externos⁵⁸.

De igual manera todos los juzgados de la Rama Judicial cuentan, por obligación, con un correo electrónico con dominio denominado @notificaciones.ramajudicial.gov.co, para realizar NE, cuando el interesado expresamente manifieste querer ser notificado de esta manera, lo cual reitera la calidad facultativa con la que cuentan las NE.

En el proceso una NE puede tener valor probatorio, para valorar su fuerza probatoria se deben tener en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas,⁵⁹ por lo cual trasciende la confiabilidad de la forma en que se haya; generado, archivado o comunicado el mensaje, conservado la integridad de la información, en que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente, por lo cual es pertinente la creación de un sistema de operabilidad y seguridad adecuada para la transferencia de mensajes de datos, pues si no se realiza se puede afectar la fuerza probatoria de las NE.

Es primordial resaltar que una NE se entiende debidamente surtida desde el momento en que el destinatario recibe efectivamente el mensaje de datos contenido del acto⁶⁰, lo cual significa que sólo en ese momento y no antes,

⁵⁷ Colombia. Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo n° PSAA11-8707 de octubre 3 de 2011 y Acuerdo n°. PSAA14-10163 de junio 16 de 2014.

⁵⁸ Colombia. Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. “procedimiento para la gestión adecuada de la correspondencia interna a través de SIGOBius”. Disponible en: <http://sistemagestioncalidad.ramajudicial.gov.co/modelocsj/archivos/P-AGD-05/PROCEDIMIENTO%20PARA%20LA%20GESTION%20ADECUADA%20DE%20LA%20CORRESPONDENCIA%20INTERNA%20A%20TRAV%20C3%89S%20DE%20SIGOBius.pdf> [Consultado 30 de enero de 2017].

⁵⁹ Colombia. Congreso de la República. Ley 527 del 18 de agosto de 1999. Artículo 11.

⁶⁰ Colombia. Congreso de la República. Ley 1437 del 18 de enero de 2011. Artículo 56.

aquella resulta jurídicamente oponible, siendo el recibo de la comunicación el referente válido para contabilizar los términos en el proceso⁶¹ o de recursos, pues en Colombia existe la posibilidad, a nivel administrativo, de usar las NE respecto a resoluciones de apertura de investigación, las que ponen fin a la actuación y las que deciden los recursos en la vía gubernativa⁶². Consecuentemente en el proceso verbal todas las actuaciones judiciales se pueden realizar a través de mensajes de datos⁶³, lo cual es de carácter facultativo y solo se entienden aceptas de manera expresa⁶⁴ o cuando se proporciona el correo electrónico.

Un modelo a seguir es el sistema MARCO@Online el cual es el portafolio de servicios electrónicos que optimiza la comunicación y la interacción entre las partes y el centro de arbitraje y conciliación MARCO, a través de internet. Permite radicar un caso, efectuar los pagos correspondientes, radicar y consultar documentos, entre otras posibilidades. Habilita la comunicación de dos vías entre los profesionales de MARCO y clientes y abogados. El sistema comenzó a ofrecerse en marzo de 2010 y el mejoramiento e incorporación de funcionalidades se ha venido realizando de manera gradual y actualmente los resultados dan cuenta de ahorros significativos de costos y tiempos de desplazamiento inherentes a una o varias reuniones presenciales entre las partes y los conciliadores o árbitros, transparencia, agilidad en los procesos y en general optimización y eficiencia en los servicios prestados a sus clientes.⁶⁵

Las nuevas tecnologías asisten al derecho con videoconferencias⁶⁶, el aula virtual de la escuela judicial “Rodrigo Lara Bonilla⁶⁷”, Bogotá jurídica digital⁶⁸, entre otras. En concordancia, realizar audiencias por medio de videoconferencias

⁶¹ Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia de constitucionalidad N° 980 del 1 de diciembre de 2010. M.P. Mendoza Martelo, Gabriel. Expediente N° D-8104.

⁶² Colombia. Congreso de la República. Ley 1340 del 24 de julio de 2009. Artículo 23.

⁶³ Colombia. Congreso de la República. Ley 1564 del 12 de julio de 2012. Artículo 103.

⁶⁴ Colombia. Congreso de la República. Ley 1437 del 18 de enero de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 205.

⁶⁵ Corporación excelencia en la justicia. E-Justicia, experiencias internacionales y colombianas en el uso de las TIC para el mejoramiento de la administración de justicia. Tercera versión. 2013. Véase: http://www.cej.org.co/files/Experiencias_TIC-2013.pdf. [Consultado Abril 1 de 2017].

⁶⁶ Corporación excelencia en la justicia. E-Justicia, experiencias internacionales y colombianas en el uso de las TIC para el mejoramiento de la administración de justicia. Tercera versión. 2013. Véase: http://www.cej.org.co/files/Experiencias_TIC-2013.pdf. [Consultado Abril 1 de 2017].

⁶⁷ Véase: <<http://aula.ejrlb.net/inicio>>.

⁶⁸ Véase: <<http://www.cej.org.co/index.php/159-seccionpremio/nominados-3er-premio/2423-bogota-juridica-digital>>

permitiría innovar con la materialización de una notificación por estrados de manera virtual.

3.4 Excepción del carácter facultativo de las notificaciones electrónicas

Las NE ostentan un carácter facultativo, pero hay excepciones como en el registro mercantil, las entidades públicas, o privadas que cumplan funciones públicas, y el Ministerio Público al actuar ante lo contencioso administrativo o las autoridades en general. En el registro mercantil el administrado debe proporcionar la dirección electrónica, personas jurídicas de derecho privado y los comerciantes inscritos en el registro mercantil⁶⁹, y no se hace extensiva la posibilidad a los usuarios de no ser notificado de manera electrónica⁷⁰. Las entidades públicas, privadas que cumplan funciones públicas y el Ministerio Público que actúe ante lo contencioso administrativo, deben tener un buzón de correo electrónico exclusivo para recibir NE.⁷¹ De igual forma, toda autoridad debe tener, mínimo, una dirección electrónica⁷². En concordancia a lo anterior, los esfuerzos legislativos deben ir encaminados a transformar las NE en el medio principal de notificación, y que la subsidiariedad radique en otro tipo de notificaciones, pues así se lograrán diversos beneficios en el proceso mencionados previamente, como su agilización, mayor acceso, eficacia, entre otros. Lo cual encuentra sustento dentro de los casos mencionados al inicio de este acápite, pues los mismos han sido exitosos y han logrado una eficiente aplicabilidad.

4. Notificaciones electrónicas a nivel jurisprudencial

Las NE han tenido un amplio desarrollo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional y Consejo de Estado, subsanando vacíos, ambigüedades y vaguedades normativas, señalando el proceder para su uso e implementación adecuada y las características que deben tener para ser válidas.

⁶⁹ Colombia. Congreso de la República. Ley 794 del 08 de enero de 2003. Artículo 29°.

⁷⁰ FLÓREZ, Germán Darío. "La validez jurídica de los documentos electrónicos en Colombia a partir de su evolución legislativa y jurisprudencial". Revista *Verba Iuris* 31. 2014. Bogotá D.C., pp. 43, 71. Véase <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/31/la-validez-juridica-de-los-documentos-electronicos-en-colombia-a-partir-de-su-evolucion-legislativa-y-jurisprudencial.pdf> [Consultado 28 marzo de 2016].

⁷¹ Colombia. Congreso de la República. Ley 1437 de enero 18 de 2011. Artículo 197°.

⁷² *Ibidem*. Artículo 60.

4.1 NE frente a la notificación personal y los documentos físicos

La notificación tiene como finalidad garantizar el conocimiento de la existencia de un proceso o actuación administrativa y su desarrollo, respetando los principios de publicidad, contradicción y en especial, prevenir que alguien pueda ser condenado sin ser oído⁷³.

El legislador ha establecido la notificación personal como principal, por las garantías que brinda, siendo la forma de notificación más segura con la cual cuenta la administración de justicia aunque también ha regulado formas de notificación de carácter subsidiario, donde se encuentra la NE que permite una notificación ágil, eficaz y económica⁷⁴, la cual en determinados casos se puede tomar como personal. Aunque su carácter es subsidiario y facultativo, representa una posibilidad para mejorar el proceso como consecuencia de una comunicación elocuente y fluida entre las partes y la administración de justicia en el proceso.

La Corte Constitucional ha declarado que la NE, o por correo, representa un mecanismo adecuado, idóneo y eficaz, que garantiza el principio de publicidad y el debido proceso, dado que es una manera legítima de poner en conocimiento la actuación procesal o administrativa, a los interesados⁷⁵ –una muestra de ello es la opción de los vigilados de la Superintendencia de Puertos y Transporte para usarla–.⁷⁶

No se puede obviar que las NE se realizan por medio de mensajes de datos los cuales deben recibir el mismo tratamiento de los documentos consignados en papel, es decir, debe dársele igual eficacia jurídica acorde al principio de equivalencia funcional, por cuanto comportan los mismos criterios⁷⁷. Aquel principio exige que se tenga en cuenta los requisitos de forma, fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a los documentos físicos, con lo cual cumplen

⁷³ Colombia. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela N° 165 del 12 de febrero de 2001. M.P. Hernández Galindo, José Gregorio. Expediente N° T-353539.

⁷⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. M.P. Araujo Rentería, Jaime. Sentencia de Constitucionalidad N° 783 del 18 de agosto de 2004.

⁷⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia de constitucionalidad N° 012 del 23 de enero de 2013 M.P. González Cuervo, Mauricio. Expediente N° D - 9195

⁷⁶ Colombia. Superintendencia de Puertos y Transporte. Circular 16 del 28 de junio de 2012. Notificación Electrónica de Actos Administrativos Ley 1437 del 18 de enero de 2011.

⁷⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia de constitucionalidad N° 662 del 8 de junio de 2000. M.P. Morón Díaz, Fabio. Expediente N° D-2693.

los mensajes de datos y están en capacidad de brindar similares estándares que el papel, e incluso mayor confiabilidad y rapidez si cumplen los requisitos legales⁷⁸.

4.2 La ley 527 de 1999 desde una perspectiva jurisprudencial

La ley 527 de 1999 regula el uso de los mensajes de datos y ha sido fundamental para que el contenido de las NE opere conforme al principio de equivalente funcional, otorgándoles carácter vinculante, en determinados casos, lo cual obliga a los funcionarios y empleados judiciales a darle igual tratamiento.

A través del tiempo ha tenido diversas interpretaciones, dejando en un limbo jurídico su aplicabilidad y uso esencialmente en los mensajes de datos como NE, hasta que la Corte Constitucional declaró que no se restringe a las operaciones comerciales sino que hace referencia en forma genérica al acceso y uso de los mensajes de datos, lo que obliga a una comprensión sistemática de sus disposiciones con el conjunto de normas que se refieren a este tema dentro de nuestro ordenamiento jurídico y en particular con las disposiciones que se han ocupado de esta materia⁷⁹. Los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales pueden utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones y que los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, tendrán la validez y eficacia de un documento original, sí garantizan la autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.⁸⁰

4.3 Requisitos de seguridad de las notificaciones electrónicas

Las NE representan una opción importante para dinamizar los diferentes procesos, pero como consecuencia de los diferentes riesgos en el uso de las tecnologías y los diferentes peligros informáticos se debe dotar a las NE de estándares y requisitos estrictos de seguridad para lograr la integridad, inalterabilidad, confiabilidad que se le exige a los mensajes de datos para darles el mismo tratamiento que a los documentos físicos⁸¹. Por lo anterior, reitero la necesidad

⁷⁸ Ibíd.

⁷⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de constitucionalidad N° 831 del 8 de agosto de 2001. M.P. Tafur Galvis, Álvaro. Expediente N° D-3371.

⁸⁰ Ibídem.

⁸¹ FLÓREZ, Germán Darío. "La validez jurídica de los documentos electrónicos en Colombia a partir de su evolución legislativa y jurisprudencia". *Revista Verba Iuris* N° 31. 2014 Bogotá D.C., pp. 46-51. Disponible en: http://www.unilibre.edu.co/verba_iuris/31/

de un sistema de operabilidad y seguridad adecuada, del cual carece la administración de justicia, y el cual no se puede desatender por razones económicas, o de diversa índole, dado que se encuentra en juego derechos fundamentales, como el acceso a la justicia, debido proceso, etc.

Las NE en toda actuación administrativa o judicial, tendrán validez, eficacia y fuerza obligatoria, si el destinatario avala esta opción y suministra su dirección electrónica⁸², siendo vital la protección de los mismos para garantizar los derechos fundamentales de los usuarios. Por lo cual se indicaran algunos procedimientos, o medidas, que ayudarían a la seguridad de los mensajes de datos.

La Corte Suprema de Justicia ha enfatizado en el procedimiento de “sellamiento” del mensaje, aquel se condensa de forma algorítmica y acompaña al mensaje durante la transmisión, siendo recalculado al final de ella en función de las características del mensaje realmente recibido; de modo pues, que si el mensaje recibido no es exacto al remitido, el sello recalculado no coincidirá con el original y, por tanto, así se detectará que existió un problema en la transmisión y que el destinatario no dispone del mensaje completo⁸³. En igual sentido, la tecnología actual permite que el emisor tenga la opción de conocer si el receptor abrió el buzón de correo electrónico y presumiblemente leyó el mensaje, para proteger la integridad del mensaje de datos. Ambas medidas, anteriormente mencionadas, son válidas para el sistema por el cual propugnamos en esta oportunidad para la adecuada transmisión de mensajes de datos. En igual sentido se podría hacer uso de entidades de certificación, como lo es certicámara a través de certimail, las cuales han tenido un adecuado funcionamiento y garantizarían mayor acceso y confiabilidad a los mensajes de datos. Lo anterior sin ir en contra de la presunción de autenticidad de los mensajes de datos, por el contrario, en aras de garantizar una adecuada notificación y una función jurisdiccional diáfana.

En este sentido, en el proceso civil mediante el software Justicia siglo XXI o gobierno en línea, al optar por las NE, se le exige al interesada hacer un pre-registro que lo habilitará, mediante el uso de contraseña o de certificado digital, para acusar el recibo de su notificación, conocer el texto de la decisión, los recursos que procedan y las condiciones para su ejercicio, teniendo la opción de recibir la misma información que tendría acudiendo al despacho, así pues

la-validez-juridica-de-los-documentos-electronicos-en-colombia-a-partir-de-su-evolucion-legislativa-y-jurisprudencial.pdf [Consultado en 28 de marzo de 2016].

⁸² Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de abril de 2009. M.P. Espinoza Pérez, Sigilfredo. Expediente N° 28909 notificación electrónica de actos administrativos ley 1437 del 18 de enero de 2011.

⁸³ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. M.P. Munar Cadena Pedro. Expediente N°11001 3110 005 2004 01074 01 del 16 de diciembre de 2006.

está en igual condición jurídica respecto de sus posibilidades de defensa a través de recursos y acceso a la justicia⁸⁴. A pesar de lo anterior, el software presenta deficiencias referentes a su interoperabilidad, información al usuario y eficacia, lo que obliga a mejorarlo o crear otra plataforma.

5. Falencias, y posibilidades, en la implementación de las NE

El presente acápite se presenta como una opinión personal. Se puede evidenciar que la implementación de las NE ha hecho hincapié en nuestra administración de justicia desde finales del siglo pasado, siendo de notar diferentes avances un poco tímidos en el tema por parte del legislador, la jurisprudencia y doctrina, pero de forma concreta no se han logrado implementar en la totalidad del territorio nacional.

Existen diversos factores que derivan en lo mencionado previamente como la poca diligencia, falta de capacitación, entre otros. Pero el factor de mayor relevancia es la falta de un sistema de seguridad adecuado para las NE, ya que no se brindan garantías con miras a su integridad, autenticidad y confidencialidad, a pesar de ser un requisito esencial para su adecuada implementación y funcionamiento, por lo que me permito proponer la creación de un sistema de mensajería con operabilidad y seguridad adecuada, el cual debe ser una plataforma que brinde un alto grado de seguridad en el envío y recepción de NE, el mismo podría usar sistemas de seguridad existentes en la actualidad como el sellamiento del mensaje, mensajes con cifrado de extremo a extremo, entre otros, para así garantizar un acceso a la justicia transparente, efectivo y eficaz, lo cual ampliaría el uso de las NE. Lo anterior se deriva de la trascendencia de una adecuada notificación en los procesos judiciales, pues se inmiscuyen derechos fundamentales, los cuales no se pueden pasar por alto, y mucho menos como consecuencia de una ineficaz labor estatal.

6. Notificaciones electrónicas en el derecho comparado

Diferentes países han realizado la implementación de las NE de manera eficaz y eficiente, por ello a continuación se realizará una breve reseña, de la implementación de las NE en España, el Tribunal Virtual de Nuevo León y Costa Rica.

⁸⁴ Colombia. Consejo de Estado. Sala de consulta y Servicio Civil. Oficio N° 234. Radicado N° 1989. 19 de Marzo de 2010 C.P. Arboleda, Enrique José.

Aunque solo trataré los casos anteriormente mencionados me permitiré mencionar que Holanda es el pionero en el uso de las TIC para el intercambio de información entre los tribunales, las partes y el público general. Y en Inglaterra, el sistema XHBIT permite distribuir automáticamente el registro electrónico de lo ocurrido en audiencia a las partes por teléfono móvil, e-mail, vía web, entre otros.

6.1 España

La administración pública debe de impulsar el empleo y la aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad, entre las que se encuentra los actos de notificación, desde el siglo pasado⁸⁵. De igual forma, es una capacidad discrecional de las personas el uso de medios electrónicos en la comunicación con la administración pública, teniendo la capacidad de cambiar el medio de comunicación en cualquier momento, pero al igual que en Colombia existen excepciones donde es obligatoria la comunicación a través de medios electrónicos⁸⁶.

Las partes en el proceso tienen derecho a la igualdad en el acceso electrónico a los servicios de la administración de justicia con independencia de sus circunstancias personales, a la garantía de seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de la administración de justicia, entre otros, y se le confiere la obligación a las oficinas de información y atención al público de poner a disposición de las personas de forma libre y gratuita los medios e instrumentos precisos para ejercer los anteriores derechos. De igual manera, se crearon puntos de acceso electrónico disponibles a los ciudadanos para sus relaciones con la administración de justicia, teniendo la obligación legal de dotar de medios e instrumentos electrónicos necesarios para desarrollar la función eficientemente.⁸⁷

⁸⁵ España. Jefatura de Estado. Juan Carlos I Rey de España. Ley 30 del 26 de Noviembre de 1992. Artículo 45.1.

⁸⁶ Una excepción son las personas jurídicas, las entidades sin personalidad jurídica, Notarios, mercantiles, apoderados de quien escogiere este tipo de comunicación y los empleados de la administración pública en uso de sus funciones. España. Jefatura de Estado. Ley 39 del 2 de octubre de 2015 "Procedimiento administrativo común de las administraciones públicas. Artículo 14".

⁸⁷ España. Jefatura del Estado. Ley 18 del 11 de Julio de 2011.

6.2 Tribunal virtual de nuevo león en México⁸⁸

Se creó en el 2005 y funciona a través de su portal web, cuenta con el tribunal y seis juzgados virtuales a los cuales se tiene acceso desde cualquier teléfono inteligente.⁸⁹ Es un sistema informático que permite administrar expedientes y ofrecer servicios de consulta a las partes y sus representantes legales a través de Internet.⁹⁰

El tribunal se encuentra disponible en todo momento y desde cualquier parte del mundo, permitiendo revisar las actuaciones de los juzgados y el tribunal sin importar el lugar, a través de una computadora y un usuario que el tribunal se encarga de otorgar al iniciar el proceso. Además de contar con la ventaja de haberse desarrollado con una política de cero papel y permite que todos sus trámites se produzcan de manera virtual con el lleno de determinados requisitos. Demostrando que es posible implementar la nuevas tecnologías al proceso judicial.

El objetivo del Tribunal Virtual es apoyar la administración de justicia con seguridad y transparencia mediante una base de datos que se deberá mantener actualizada diariamente y su información se considera parte del archivo judicial, y en caso de presentar evidencia de alteración electrónica el administrador del sistema tomará las medidas pertinentes para impedir tales actos e informar al Tribunal Superior de Justicia y a los usuarios, quienes tendrán la posibilidad de retroalimentación para reportar cualquier circunstancia relacionanda con los servicios y funcionamiento del Tribunal Virtual, éste produce efectos de notificación, como medio informativo, a quien lo solicite y acepte usar este medio de manera expresa.⁹¹

6.3 Costa Rica

El sistema de Mensajería Judicial (SMJ) opera desde 2008, usa servicios de fax, correo electrónico y telefonía celular para el envío automático de notificaciones judiciales. Está integrado al sistema de notificaciones, la agenda única “Cromos”

⁸⁸ Caso similar es el del Tribunal Virtual de Michigan. Véase: <<http://courts.mi.gov/>>

⁸⁹ ELIZONDO, Macarita. “Actualización tecnológica en la administración de justicia (caso México). *Revista TECSISTECATL* Vol. 1 N° 4. Junio 2008. México D.F.

⁹⁰ Corporación excelencia en la justicia. E-Justicia, experiencias internacionales y colombianas en el uso de las TIC para el mejoramiento de la administración de justicia. Tercera versión. 2013. Véase: http://www.cej.org.co/files/Experiencias_TIC-2013.pdf. [Consultado Abril 1 de 2017].

⁹¹ México. Congreso del Estado Libre y Soberano de Nuevo León. Decreto número 160, con última reforma del 15 de abril de 2011.

y el sistema de gestión de despachos judiciales, aunque la notificación se puede generar desde cualquier sistema de información del poder judicial.⁹²

El programa anterior demuestra lo viable de un sistema de mensajería judicial, similar al mencionado sistema de mensajería con operabilidad y seguridad adecuada que necesita Colombia para una adecuada implementación de las NE, es de apreciar que las partes involucradas en los procesos son de los principales usuarios del sistema.

Conclusiones

Las NE son el resultado de una era tecnológica en la cual se ha procurado implementar las nuevas tecnologías en la administración de justicia por su eficacia y eficiencia, y Colombia no es la excepción, por lo cual se desarrolló el tema a nivel doctrinal, legal y jurisprudencial para agilizar los diferentes procesos, y las condiciones se encuentran dadas para que nuestro país siga evolucionando en el tema de la implementación de las nuevas tecnologías en la administración de justicia.

En Colombia se han realizado diversos avances de marcada importancia en el tema, demostrando que su implementación es posible, siendo el proceso administrativo el de más avanzada y el verbal lo opuesto, aunque carecemos de sistemas de seguridad o entidades de certificación que otorgue mayor seguridad a las NE. Por lo anterior se insiste en la necesidad de un sistema de mensajería con operabilidad y seguridad adecuada dado que otorgaría mayor seguridad a las NE y permitiría proteger derechos fundamentales como el debido proceso, acceso a la justicia, seguridad jurídica, entre otros, que el Estado debe garantizar y el uso de las TIC no puede ser excusa para desconocerlos o menoscabarlos, pues son fundamentales en un estado de derecho.

Se deben encaminar los esfuerzos a tornar las NE un tipo de notificación principal, mejorando así la agilidad y eficiencia de los procesos judiciales, para lo cual se deben brindar adecuadas características de seguridad, aunque el Estado no ha tenido la debida diligencia para implementar e informar acerca de este tipo de notificación que tiene unas características y principios, especiales que bien encausados podrían derivar en el mejoramiento de la administración de justicia, agilizando los procesos.

⁹² Corporación excelencia en la justicia. E-Justicia, experiencias internacionales y colombianas en el uso de las TIC para el mejoramiento de la administración de justicia. Tercera versión. 2013. Véase: http://www.cej.org.co/files/Experiencias_TIC-2013.pdf. [Consultado Abril 1 de 2017].

Igualmente, se debe incrementar el estudio e investigación acerca del uso de las NE, pues centros de arbitramento llevan ventaja a la administración de justicia, en la implementación y desarrollo de las mismas. Las NE permiten una comunicación contigua entre la administración de justicia y las partes, aunque se deben respetar determinadas garantías, principios, reglas procesales y de seguridad mínimas para la integridad, autenticidad y confidencialidad de los documentos.

Por último se evidencia el avance por parte de diferentes países, con características socio-culturales diversas, en los cuales se han implementado las NE, junto a las nuevas tecnologías, de manera adecuada y eficaz, con una implementación paulatina, lo cual demuestra la pertinencia de realizar la misma, teniendo en cuenta que nuestra administración de justicia se encuentra colapsada.

Bibliografía

ALONSO ESPINOSA, Carles. “La información en la red y el principio de neutralidad tecnológica: la libertad de expresión y la difusión de información administrativa”. *Revista derecho del Estado* N° 22. Junio de 2009. Bogotá D.C. Disponible en: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/480/459>>.

CARRILLO PARADA, José Rafael. 2013. “Procedimiento para las notificaciones administrativas”. *Revista Electrónica de la facultad de Derecho*. Vol.1, Núm. 1. (2013), Universidad de Santander, UDES Cúcuta. Véase: <http://service.udes.edu.co/revistas/index.php/Lex-UDES/article/P5.pdf>.

CERRILLO, Agustí. “E-justicia: las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la justicia iberoamericana en el siglo XXI”. *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*. Número 4. 2007.

Colombia. Congreso de la República. Ley 527 del 18 de 1999.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de consulta y Servicio Civil. Oficio N° 234. Radicado N° 1989. 19 de Marzo de 2010 C.P. Enrique José Arboleda.

Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia de constitucionalidad N° 012 del 23 de enero de 2013 M.P. González Cuervo, Mauricio. Expediente N° D – 9195.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de abril de 2009. M.P. Espinoza Pérez, Sigilfredo. Expediente N° 28909 notificación electrónica de actos administrativos ley 1437 del 18 de enero de 2011.

Colombia. Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo N° PSAA06-3334 del 2 de marzo de 2006. Reglamenta los medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de la administración pública.

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. E-Justicia, experiencias internacionales y colombianas en el uso de las TIC para el mejoramiento de la administración de justicia. Tercera versión. 2013. Véase: <http://www.cej.org.co/files/Experiencias_TIC-2013.pdf>

DÍAZ GARCÍA, Alexander. “Colombia. Aspectos fundamentales del proceso, desde la óptica de las nuevas tecnologías. El documento electrónico judicial en Colombia”. Revista de derecho informático N° 116. 2008 Lima.

DÍAZ GARCÍA, Alexander. Las notificaciones electrónicas judiciales en Colombia: El notario electrónico. 2008. vol.5. N°.2. Véase: <http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S169075152008000200008&lng=es&nrm=is>.

FLÓREZ, Germán Darío. “La validez jurídica de los documentos electrónicos en Colombia a partir de su evolución legislativa y jurisprudencial”. Revista Verba Iuris 31. 2014. Bogotá D.C. Disponible en: <<http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/31/la-validez-juridica-de-los-documentos-electronicos-en-colombia-a-partir-de-su-evolucion-legislativa-y-jurisprudencial.pdf>>

LILLO LOBOS, Ricardo. “El uso de las nuevas tecnologías en el sistema judicial: experiencias y precauciones”. II Justicia. 2011.

MACARENO LÓPEZ, Roger Adolfo (2012) “notificación electrónica de los actos administrativos: ¿hay violación del debido proceso?”. Revista Iter Ad Veritatem 10. Universidad Santo Tomás, Tunja.

PÁJARO MORENO, Nicolás. “Las Tics al servicio del proceso”. Memorias del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Cartagena. Septiembre de 2014.

Peña Valenzuela Daniel. De la firma manuscrita a las firmas electrónica y digital. Edición 2015. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia.

QUINTERO NAVAS, Gustavo. “Contencioso administrativo y medios electrónicos: un gran paso hacia la modernización del ejercicio de la justicia administrativa”. Revista de derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías N°6. Bogotá. 6 de diciembre. Universidad de los Andes. Véase: <https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics103.pdf>

UMAÑA CHAUX, Andrés. “Algunos comentarios sobre el principio del equivalente funcional en la ley 527 de 1999”. Revista de derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías N 1°. 2005. Bogotá D.C.

INSTRUCTIVO

Los artículos deberán presentarse al Comité Editorial de la Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal para que pasen por un proceso editorial que se realiza de la siguiente manera:

1. **Revisión del Comité Editorial:** Los artículos siguen un proceso de preselección en donde se verifica la tipología del artículo acorde con las categorías establecidas en Colciencias y se observa el cumplimiento de los requisitos formales definidos en este documento. Si el artículo no corresponde a ninguna de las categorías establecidas por la revista o no se ajusta a los requisitos de presentación formal, será devuelto a su autor, quien podrá volverlo a remitir cuando se llenen los requisitos.

Las categorías que se aplican para esta revista según el Servicio Permanente de Indexación de Revistas Colombianas, preferentemente, son: Artículos de investigación científica y tecnológica, de reflexión y de revisión.

2. **Revisión por Pares Externos:** Los artículos preseleccionados son remitidos a pares evaluadores que se pronuncian sobre el mismo. Recibidos los conceptos de los pares con el formulario de evaluación diligenciado, el Comité Editorial procederá a decidir qué artículos se publicarán en la próxima edición de la revista.

Habiéndose presentado el artículo a consideración de la Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, se entiende implícita la autorización de su autor para que se sea publicado y reproducido el mismo en cualquier medio de circulación utilizado por la misma. Las opiniones que se manifiesten en los artículos publicados en esta revista son responsabilidad exclusiva de los autores.

Requisitos formales para la publicación de artículos

1. **Remisión.** Los artículos deben remitirse impresos y en un dispositivo de almacenamiento (CD, USB, etc.), a la sede del Instituto Colombiano de Derecho

Procesal, en la Calle 67 No. 4A-09 de la ciudad de Bogotá D.C., Colombia o por correo electrónico a revista@icdp.org.co.

2. Idioma. Los artículos se reciben en español, inglés y francés.
3. Portada. En la primera página del artículo o su portada debe contener:
 - Título del artículo en mayúscula y sin abreviaturas.
 - Nombre y número de identificación del autor(es).
 - Institución a la cual pertenece.
 - Grados académicos o un breve resumen de la hoja de vida.
 - Dirección completa incluyendo la electrónica.
 - Indicar si el artículo es inédito, ha sido presentado en algún congreso o escrito para una ponencia.
 - Número telefónico y fax.
4. Contraportada. En la segunda página del artículo o su contraportada debe contener:
 - Un resumen (abstract) del artículo no mayor a 150 palabras o 20 líneas en español y en inglés, el cual debe hacer referencia a los objetivos, métodos de estudio, resultados y conclusiones.
 - Unas palabras claves (key words), no mayores a cinco, en español y en inglés que faciliten la indexación del artículo.
5. Instrucciones para la Presentación General del Artículo. Todos los artículos deben cumplir con los siguientes requisitos formales:
 - Elabore el artículo en un procesador de texto.
 - Use márgenes de 3.5 centímetros en cada uno de los lados de la hoja.
 - Escriba todo el artículo en interlineado 1.5, incluso las citas textuales.
 - No inserte tabulaciones o espacios extra entre párrafos.
 - No inserte rompimientos de página.
 - Use tipo de letra Times New Roman de tamaño 12 como predeterminado.
 - El artículo no puede ser superior a 30 páginas tamaño carta, impresas en un solo lado de la hoja.
 - Marque la jerarquía de titulación consecutiva de esta manera:
 1. título 1
 - 1.1 subtítulo 1
 - 1.2 subtítulo 2
 2. título 2

Si requieren incluir figuras o tablas, recomendamos usar un máximo de dos colores (gammas de grises) por figura.

El autor se hace responsable de conseguir los permisos y derechos necesarios para incluir materiales o ilustraciones provenientes de otras fuentes.

6. Referencias. Las referencias bibliográficas deberán estar ordenadas numéricamente. Las referencias deben estar citadas en el texto con un número pequeño y secuencial ubicado en la derecha. Los autores son responsables de verificar las referencias por ellos citadas. Sugerimos emplear el siguiente estilo de referencia y las enunciadas en la normas Icontec NTC 5613:

Las referencias de libros deben incluir:

1. Autor(es). Primero se cita el apellido, luego el nombre y si son varios autores se separan por coma (.). Si son más de seis, incluya sólo los tres primeros nombres y adicione “et al” después del tercer nombre.
2. Título del libro.
3. Edición.
4. Tomo del libro.
5. Ciudad.
6. Editorial que publicó el libro.
7. Año que fue publicado.
8. Páginas que contiene la cita, para separar el rango de las páginas utilice un guión (-) y la sigla “p.” si cita una sola página o la sigla “pp.” si se citan varias páginas.

Las referencias de artículos de revistas deben incluir:

1. Autor(es). Primero se cita el apellido, luego el nombre y si son varios autores se separan por coma (.). Si son más de seis, incluya sólo los tres primeros nombres y adicione “et al” después del tercer nombre.
2. Título del artículo escrito entre comillas.
3. Nombre de la revista escrita en cursiva.
4. Volumen y /o número.
5. Año de su publicación.
6. Ciudad.
7. Editorial que publicó la revista.
8. Páginas donde se ubica la cita, para separar el rango de las páginas utilice un guión (-) y la sigla “p.” si cita una sola página o la sigla “pp.” si se citan varias páginas.

Las referencias de capítulos de libros deben incluir:

1. Autor(es).
2. Título del capítulo escrito entre comillas.

3. Título del libro escrito en cursiva.
4. Edición.
5. Ciudad de publicación.
6. Editorial.
7. Año de su publicación.
8. Páginas que contiene la cita, incluya sólo el número de página inicial y final separados por guión.

Las referencias de artículos buscados a través de la Red Internet deben indicar los datos del artículo como si fuese un artículo de revista, seguido de la dirección electrónica donde se buscó y la fecha de consulta. Las referencias de artículos de periódicos deben incluir:

1. Apellidos y nombre del autor.
2. Título del artículo escrito entre comillas.
3. Nombre del periódico escrito en cursiva.
4. Sección en el periódico.
5. Ciudad donde se publicó.
6. Fecha en que fue publicado.
7. Número de la página.

Las referencias de Jurisprudencia deben incluir:

1. País donde proviene.
2. Organismo Judicial que la profirió.
3. Sala o Sección.
4. Tipo de providencia y número.
5. Fecha del fallo.
6. Magistrado ponente.
7. Número de Expediente.

Las referencias de leyes deben contener:

1. País.
2. Organismo que dicta la norma.
3. Clase, número y fecha de la norma.



REVISTA DEL
INSTITUTO COLOMBIANO
DE DERECHO PROCESAL

La Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal
se terminó de imprimir en los talleres de
Panamericana Formas e Impresos S.A. Bogotá, Colombia.
En el mes de agosto de 2017
