



ISSN 0123-2479

ISSN ELECTRÓNICO: 2346-3473

REVISTA DEL
INSTITUTO COLOMBIANO
DE DERECHO PROCESAL

ISSN 0123-2479

ISSN ELECTRÓNICO: 2346-3473

Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal

No. 44 • Julio - Diciembre de 2016

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

Corrección de estilo: Alejandra Karina Flórez Bayona

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 2016

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. Miembro de los Institutos Colombiano de Derecho e Iberoamericano de Derecho Procesal. Secretario General de la Revista del Instituto Colombiano 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, Candidata a 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

Álvaro Pérez Ragone

Abogado (Universidad Nacional de Tucumán/Argentina). Magister en Derecho (Universidad de Colonia/Alemania). Doctor en Derecho (Universidad de Colonia/Alemania). Profesor de la Universidad Gabriela Mistral, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Chile. Autor de diversas obras y artículos jurídicos. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Investigador del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. Ex becario de la fundación Konrad Adenauer y de la Alexander von Humboldt.

Antônio Pereira Gaio

Júnior: Pós Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra-PT. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae/ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – PT. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Pós-Graduado em Direito Processual pela Universidade Gama Filho. Advogado.

Arturo Felipe Onfray Vivanco

Abogado del Consejo de Defensa del Estado, Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Licenciado en Derecho y Educación, Magíster en Sociología del Derecho (MA) y en Teoría del Derecho (LLM) y Doctor en Derecho (PhD) de la Universidad Católica de Lovaina.

Carina Gómez Fröde

Es abogada egresada de la Facultad de Derecho de la UNAM (1985). Magister por el Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM (2007) y Doctorado en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (2011). Ha sido profesora de las materias Teoría Política, Teoría General del Proceso, Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Familiar en la UNAM y en el ITAM. Actualmente es la Directora General de Arbitraje en la Comisión Nacional de Arbitraje Médico CONAMED. Es miembro de asociaciones dedicadas al derecho procesal: Instituto Mexicano de

Derecho Procesal, la Asociación Internacional de Derecho Procesal, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y los Colegios de Profesores de Derecho de la UNAM y el Colegio Nacional Dr. Cipriano Gómez Lara, A.C. Es autora de una serie de libros y ensayos relacionados con temas jurídicos, pedagógicos y cinematográficos.

Diego Iván Palomo Vélez

Magíster y Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor asociado de la Universidad de Talca en Chile. A partir de su doctorado y estancias sucesivas en las Facultades de Derecho de la Universidad de Génova (Italia), de Valencia, de Barcelona y Rovira i Virgili (España) ha aportado trabajos en torno a la reforma que necesita el orden jurisdiccional civil chileno, contribuyendo como integrante del Consejo Asesor para la reforma procesal civil nombrada por el Ministerio de Justicia de Chile. Ha investigado y publicado en diversas obras jurídicas. Miembro del Instituto chileno de Derecho Procesal.

Francisco Oliva Blázquez

Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla (España). Licenciado en Derecho por la misma Universidad. Tesis doctoral con calificación Sobresaliente Cum Laude. Profesor titular de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

José María Peláez Mejía

Abogado egresado de la Universidad Libre de Cúcuta, magíster en Derecho Penal, magíster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica y candidato a Doctor en Derecho. Actualmente se desempeña como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Cúcuta y profesor investigador en las áreas de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.

Luis-Andrés Cucarella Galiana

Profesor Titular de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia. Doctor en Derecho por la Università degli Studi di Bologna (Italia) y por la Universidad de Valencia. Es miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, y es miembro del consejo editor de la Revista General de Derecho Procesal. Además de las actividades docentes e investigadoras señaladas, entre los años 2003 y 2005 ha desempeñado el cargo de Secretario del Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia. Desde 2005 hasta la actualidad es el coordinador del Área de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la citada Universidad. Autor de diversas obras jurídicas. Tratadista internacional.

Orión Vargas Vélez

Doctor en filosofía, magister en derecho procesal, magíster en administración de negocios, abogado e ingeniero químico. Actualmente profesor titular de teoría de la prueba y jefe de maestría en Derecho Probatorio de la Universidad de Medellín. Profesor de cátedra de la Universidad EAFIT.

Pablo Darío Villalba Bernié

Abogado. Profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad Católica, Campus Itapúa, Encarnación. Doctorando en la Universidad Nacional de Asunción. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Paraguayo de Derecho Procesal. Presidente del Instituto Itapuense de Derecho Procesal. Autor de diversas obras jurídicas.

Sérgio Cruz Arenhart:

Doutor e mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná. Pos-doctor em Direito. Autor de diversas obras jurídicas.

Silvia Patricia Bermejo

Abogada, Especialista en Derecho Empresario (UADE y UBA); Especialista en Derecho Procesal Profundizado (U.N.A.); Especialista en Derecho Civil (UNLP). Autora de diversos textos jurídicos. Profesora Titular por concurso de la Cátedra II de Derecho Procesal Civil y Comercial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

CONTENIDO

Editorial <i>Miguel Enrique Rojas Gómez</i>	17
Procedimientos preliminares y prueba anticipada como instrumentos para la decisión temprana de los conflictos <i>Roberto Omar Berizonce</i>	19
Os standards probatórios como métrica da verdade: em busca de parâmetros objetivos para a racionalização das decisões sobre os fatos <i>Marcella Alves Mascarenhas Nardelli y Fabiana Alves Mascarenhas</i>	45
El proceso monitorio en Colombia: razones para una objeción <i>Semillero de Derecho Procesal, Universidad del Rosario, Bogotá - Colombia</i>	67
A efetividade da tutela judicial em tempos de processo cooperativo <i>Felipe Augusto Loschi Crisafulli</i>	103
Medidas cautelares en el arbitraje: algunas notas a propósito de la anotación de la existencia del proceso arbitral en los registros públicos <i>Javier Anaya Castillo</i>	141
Atacando el dogma de la no conciliación de la legalidad de los actos administrativos y la aprobación judicial <i>Rodrigo Pombo Cajiao</i>	173
El derecho a la confrontación en Puerto Rico: de Guerrido López hasta Williams vs. Illinois <i>Vivian I. Neptune Rivera</i>	197
La transformación de los recursos extraordinarios en el derecho procesal brasileño <i>Handel Martins Dias</i>	223

EDITORIAL

En un área de constante cambio como el derecho procesal, la investigación científica cumple un rol de gran importancia en el desarrollo y mejoramiento de los sistemas jurídicos.

Con la inequívoca intención de contribuir a tal empresa desde la academia, nuestra revista presenta la edición No. 45 julio- diciembre con amplios estándares de calidad, investigación e innovación.

En este último volumen de 2016 se encuentran artículos de elevada calidad académica, enfocados en investigaciones jurídicas en torno a los principales cambios que está atravesando el derecho procesal en Iberoamérica.

Los procedimientos preliminares y pruebas anticipadas como instrumentos para la decisión temprana de los conflictos, estándares probatorios, proceso monitorio, tutela judicial efectiva, medidas cautelares en arbitraje, la exclusión de la conciliación de la legalidad de los actos administrativos y la aprobación judicial, el derecho a la confrontación en Puerto Rico, y la transformación de los recursos extraordinarios en el derecho procesal brasileño, son temas de indiscutible actualidad que podrán ser consultados en esta versión, cuyos escritos provienen de autores de Estados Unidos, Perú, Brasil, Argentina y Colombia.

Nuestra revista sigue trabajando para entregar a estudiantes, docentes, juristas de todas las especialidades y al público en general, los mejores escritos sobre derecho procesal, con el fin de aportar soluciones a la realidad que atraviesan los sistemas jurídico-procesales contemporáneos.

El grupo editorial de la revista agradece a los autores por sus valiosas investigaciones y aportes a la academia, cuya contribución al fortalecimiento del derecho procesal en Iberoamérica es inocultable.

Miguel Enrique Rojas Gómez
Director
Revista ICDP

PROCEDIMIENTOS PRELIMINARES Y PRUEBA ANTICIPADA COMO INSTRUMENTOS PARA LA DECISIÓN TEMPRANA DE LOS CONFLICTOS*

*Roberto Omar Berizonce***

Resumen

A partir de la premisa de la creciente judicialización de los conflictos que conduce a la sobrecarga de la labor de los tribunales y la excesiva duración de los procesos, se propone analizar modelos, instituciones y técnicas que se exhiben en el Derecho comparado, especialmente en la experiencia de los países iberoamericanos. Se sostiene que los regímenes de mediación oriundos del Derecho norteamericano no se compatibilizan con el sistema de valores y creencias de nuestras sociedades, en particular la mediación sólo “facilitadora”. Existen otras instituciones superadoras, que se analizan, que en su conjunto resultan más apropiadas a los fines perseguidos. Entre ellas, la instrucción preliminar probatoria, que puede convertirse en mecanismo auxiliar de la negociación entre las partes para facilitar en la antesala del debate judicial acuerdos de “justa composición” del conflicto; y que, al mismo tiempo, sirve como procedimiento de instrucción temprana de la causa.

Recibido: marzo 22 de 2016 – Aprobado: julio 17 de 2016

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: BERIZONCE, Roberto Omar. Procedimientos preliminares y prueba anticipada como instrumentos para la decisión temprana de los conflictos. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 44, julio- diciembre. 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 19-43.

** Profesor Emérito de La Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Presidente Honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Palabras clave: Sobrecarga, mediación, instrucción preliminar, prueba anticipada, justa composición.

Abstract

From the premise of the increasing conflicts judicialization leading to overload the work of the courts and the excessive process length, it is propose to analyze models, institutions and techniques exhibited in comparative law, especially in the experience of Latin American countries. It is argued that the mediation regimes natives of North American law don't sympathize with the system of values and beliefs of our societies, especially the "facilitator" only mediation. There are other overcoming institutions, which are analyzed, that together are more appropriate to the aims pursued. Including the preliminary probative instruction, which can become an auxiliary mechanism of negotiation between the parties to facilitate "fair composition" agreements of the conflict in the anteroom of the judicial debate; and, at the same time, it serves as early instruction procedure of the cause.

Keywords: Overload, mediation, preliminary instruction, anticipated test, fair composition.

1. Planteamiento del tema. Tutela judicial efectiva, razonable, duración del proceso y simplificación de los trámites

Es harto conocida, y no sólo entre nosotros pues se trata de fenómenos generizados que aquejan la prestación del servicio de justicia en todas las latitudes, la insatisfacción por la falta de virtualidad en múltiples casos de la garantía fundamental de la tutela judicial eficaz y eficiente, que se proclama enfáticamente desde la Constitución y las convenciones internacionales. Claro que son plurales y confluyentes las causas profundas del fenómeno, entre las cuales ocupan un lugar destacado tanto una creciente demanda de justicia, expresada en progresión geométrica, como la correlativa complejidad de las cuestiones que se litigan. Una mayor conciencia individual y colectiva y el empoderamiento de los "nuevos" y tradicionales derechos generan inevitablemente una marcada, y siempre en ascenso, judicialización de los conflictos y, con ello, la acentuación del activismo de los jueces manifestado de modos diversos y cambiantes¹. Por un lado, están compelidos a resolver esa masa incesante de reclamos, pero al mismo tiempo el modelo procesal no les brinda las

¹ Nos permitimos remitir a nuestra obra *Tutelas procesales diferenciadas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni ed. cap. VI., 2009.

herramientas necesarias para encausarlos en forma adecuada. La mayoría de los procedimientos tradicionales –baste pensar en el ordenamiento nacional argentino vigente prácticamente sin reformas desde 1968– se muestran a todas luces ineficaces, insuficientes para el logro de los objetivos centrales sintetizados en el *proceso justo*².

De ahí el denodado empeño por encontrar nuevos o reformados procedimientos, instituciones y técnicas procesales que permitan simplificar y acelerar los desarrollos litigiosos, sin menoscabo del principio básico del contradictorio. Arribar a la decisión en tiempo razonable implica el apetecido resultado útil de la jurisdicción. Claro que son diversos y a menudo confluyentes los caminos que puedan tentarse. Tradicionalmente se vinculan con la abreviación y simplificación de los trámites en general y aun, en el pensamiento procesal contemporáneo, en la articulación de los denominados mecanismos de justicia “temprana”³ –tutelas anticipatorias de urgencia y de evidencia, juzgamiento anticipado del mérito, ejecutoriedad de las sentencias recurridas, estructuras monitorias y similares–. Hay todavía apuestas más drásticas, draconianas, como las que tienden a operar sobre el propio flujo, por diversas razones desmesurado, de la litigiosidad; no para impedir u obturar el legítimo acceso a la jurisdicción, ni desincentivarlo con cargas económicas como en el modelo economicista planteado en los años noventa, sino, en todo caso, para canalizar los reclamos por otras vías, en especial por los revalorizados medios alternativos para su decisión.

Precisamente nuestras reflexiones tratarán de centrarse en estos últimos para analizar su virtualidad, confrontarlos, en particular, con el modelo del proceso justo constitucional y las tradiciones culturales y para concluir sobre su insuficiencia e inutilidad. A partir de esa premisa nos proponemos plantear un modelo recogido de la experiencia comparativa, superador de la mediación “facilitadora”, “de espaldas a la justicia”. Un mecanismo que, a través de la instrucción preliminar probatoria, posibilite al juez la justa resolución del conflicto, en armonía con los

² COMOGLIO L.P. “Garantías mínimas del ‘proceso justo’ civil en los ordenamientos hispano-latinoamericanos”. En: *Rev. Iberoam.* v. 2. Der. Procesal, Buenos Aires 2002. pp. 217 y ss. VALLESPÍN PÉREZ D. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2002, *passim*. MORELLO A.M. *El proceso justo*. 2ª. ed., Buenos Aires: Lexis Nexis-LEP, 2005, *passim*.

³ BIAVATTI, P. *Tendencias recientes de la justicia civil en Europa*. Santa Fe: RDP, 2008-1. pp. 513 y ss. MARINONI, L.G., ARENHART, S.C. y MITIDIERO, D. “Curso de Processo Civil”. En: *Rev. dos Trib.* v. 2, São Paulo, 2015. pp. 195 y ss., 223 y ss. MITIDIERO, D. *Anticipação da tutela*. São Paulo: Edit. dos Trib., 2013. pp. 129 y ss. PEYRANO, J.W. *El dictado de decisiones judiciales anticipadas. El factor “evidencia”*. Buenos Aires: La Ley, 2011-B. pp. 733 y ss.; *id.*, *La tutela anticipada de evidencia*. Buenos Aires: La Ley, 2011-C, pp. 678 y ss. DE LAZZARI, E.N. *La ejecución provisoria de la sentencia como tutela de urgencia y de evidencia*. Buenos Aires: La Ley, 2013-F. pp. 585 y ss.

principios constitucionales que sustentan la jurisdicción, sobremanera, el logro de decisiones judiciales que, en términos de calidad, resulten “justas y equitativas” (*fair and equitable*)⁴.

2. La búsqueda de soluciones a través de los medios alternativos y especialmente la mediación

No está en discusión que los “equivalentes jurisdiccionales” brindan instancias diferenciadas de particular utilidad para dirimir *cierta categoría de conflictos*, situaciones excepcionales en realidad, ya que la regla sigue siendo el sometimiento pleno a la decisión judicial. Sin embargo, de entrada, cabe alertar respecto de un equívoco conceptual que, de común, empaña el entendimiento de los fines de política judicial en juego. La implantación de los medios alternativos en general, y en particular de la mediación en la modalidad prevaleciente entre nosotros –generalmente en los países latinoamericanos–, no puede encontrar su justificación en el argumento de constituir un remedio para la creciente sobrecarga del sistema de impartición de justicia⁵. El razonamiento es falaz porque no se repara en que dichos medios alternativos responden y se legitiman, en tanto que las soluciones típicas que traen consigo, precisamente, resultan ser las más adecuadas para la decisión de los conflictos de que se trata. Así ocurre en los de familia y los derivados de las relaciones de “coexistencialidad”, en general. Son diferendos que encuentran respuestas más propias, “a medida”, en aquellas técnicas, lo cual constituye razón suficiente para consagrarlas, más allá de que –además– ello pueda coadyuvar a la descongestión judicial. Se confunde, en realidad, el objetivo esencial del proceso judicial de brindar a los litigantes vías especiales simples y desformalizadas más adecuadas para la resolución –o la “disolución”– de ciertas cuestiones, con los medios para tornar eficaz el servicio.

En lo que sigue, se intentará demostrar la notoria insuficiencia del método de la mediación, en el modelo prevaleciente entre nosotros, para satisfacer el objetivo áureo de la tutela judicial efectiva y el proceso justo.

3. Los métodos de solución de conflictos como expresión de la cultura comunitaria

A partir de la premisa indisputada de que los métodos de resolución de conflictos se encuentran profunda y recíprocamente conectados con los determinados y

⁴ CAPPELLETTI, M. y GARTH, B. *El acceso a la Justicia*. La Plata: ed. Col. Abogados La Plata, 1982. p. 124. COMOGLIO, L.P. *Garantías mínimas...* *Ob. cit.* pp. 223 y ss.

⁵ GIANNINI, L.J. “¿Es la mediación obligatoria en Argentina un instrumento de acceso a la justicia?”. *En: Rev. Iberoam. Der. Proc., Rev. dos Tribunais*. vol. 2, São Paulo, 2015. pp. 193 - 202.

específicos elementos que configuran, de modo genérico, el contexto social y cultural y la idiosincrasia de las sociedades en que se aplican⁶, lejos de constituir sistemas aislados, producto de expertos, especialistas o burócratas de turno⁷, debemos preguntarnos si el modelo de raíz norteamericana adoptado abiertamente, y casi sin concesiones de “adaptabilidad” en diversas legislaciones de Iberoamérica y especialmente en Argentina por la Ley 26.589 de 2010, responde a nuestras particularidades culturales o, si se prefiere, si refleja (y se refleja en) los sistemas de creencias, valores y principios más arraigados que prevalecen en la estimativa comunitaria en torno de la justicia.

3.1 El método de la mediación en la experiencia norteamericana

Se ha señalado que la aparición de los ADR (Medios alternativos de solución de conflictos) en la última parte del siglo XX se insertó en un esquema de progresivo abandono del método tradicional de enjuiciamiento jurisdiccional, en consonancia con diversas corrientes sociales. En su génesis influía una importante crisis de litigiosidad, aunque también notorias causas institucionales, políticas y culturales. Estas estaban, más específicamente, atadas a cambios en los valores en conflicto, la desconfianza en el gobierno, las políticas neoliberales de privatizaciones, la humanización de las instituciones a gran escala, el progreso social a través de la mejora individual y el escepticismo posmoderno acerca de la realidad objetiva, que expresaban ingredientes fundamentales de la cultura norteamericana: la libertad, el individualismo, el populismo, la igualdad y el liberalismo⁸. Los ADR, en realidad, abarcan allí un abanico de métodos y procedimientos que incluyen la negociación, la mediación, el arbitraje, la evaluación neutral previa, los juicios sumarios con jurado e inabarcables combinaciones de algunos o varios de ellos. Bien que han sido la mediación y el arbitraje las formas más difundidas y utilizadas en vinculación, no siempre certera ni pacífica, con la labor de los tribunales jurisdiccionales. De hecho,

⁶ CAPPELLITTI, M. “Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil (reformas y tendencias evolutivas en la Europa occidental y oriental)”. *En: Proceso, ideologías y sociedad*. trad. S. Sentís Melendo y T.A. Banzhaf, Buenos Aires: Ediar, 1974. pp. 34 y ss., especialmente pp. 83 - 90. Asimismo, sobre la profunda vinculación de las instituciones para la resolución de conflictos con su contexto cultural: DAMASKA, Miriam. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago de Chile: ed. Juríd. de Chile, 2000. *passim*.

⁷ CHASE, O. *Law, culture and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context*. New York: New York University Press, 2005. Seguimos la traducción castellana de Martín Diz, Fernando. *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2011. *passim*.

⁸ CHASE, O. *Ob. cit.* p. 133.

su expansión ha sido crecientemente significativa a partir de los años ochenta y está vinculada al influjo de los cambios en el Derecho, impulsados tanto por el Congreso como por el propio Poder Judicial, a través de diversos programas de utilización “intrajudiciales”. Así ha ocurrido con la mediación gestionada discrecionalmente por los jueces y puesta a cargo, generalmente, de abogados que actúan honorariamente sin retribución⁹.

Las bases de semejante movimiento en verdad se encontraban profundamente arraigadas en las raíces y en el pasado histórico del país, que puede reconocerse ya en la ética y la práctica de los primeros colonos ingleses. Desde entonces, claro que con fluctuaciones, las alternativas al proceso judicial han sido una característica del modelo norteamericano de resolución de conflictos. Antes del gran impulso de fines del siglo anterior, la conciliación estaba reducida a la “periferia” del sistema jurídico, mientras el arbitraje había quedado reconducido a las necesidades del mundo empresarial –podríamos colegir que semejante realidad era, de alguna manera, similar a la nuestra–. La explosión sucesiva y el radical cambio de tendencia a partir de los años ochenta en verdad no habrían sido consecuencia, como corrientemente se piensa, del desborde de la litigiosidad –fenómeno prácticamente universal–, sino que este último habría tenido un papel mucho más modesto, desde que, afirma Chase¹⁰, la verdadera y fundamental causa de semejante cambio de tornas debe buscarse en la conformación de una verdadera y propia *cultura* de los ADR que asienta en diversos pilares: la reacción contra el “hiperlegalismo”; la “contracultura” de los años sesenta; la congoja por la “pérdida de la certidumbre” de la tardía modernidad y el crecimiento de las privatizaciones como un ideal.

- a. En lo que nos interesa para nuestro análisis, las políticas neoliberales y de impulso a la privatización en época de Reagan influyeron en el ámbito de la resolución de conflictos: los derechos de los litigantes podrían ser remitidos fuera de la órbita de los tribunales y el arbitraje se extendió masivamente a partir de las cláusulas compromisorias en los contratos de empleo, compraventa y corretaje, alentado por la jurisprudencia de la Suprema Corte.
- b. Por otro lado, la falta de certidumbre y seguridad, también jurídica, característica de los tiempos posmodernos, influyó en la visión de los procedimientos judiciales: escepticismo y consecuente descalificación de ciertos medios tradicionales de prueba, como el testimonio de testigos directos, el interrogatorio y aun el valor de ciertas pruebas periciales, por la virtualidad y desprecio de la

⁹ *Ibidem*. pp. 135-140, donde reseña numerosas estadísticas que avalan sus conclusiones, como también significativos pronunciamientos del Tribunal Supremo y normativas legales que influyeron decisivamente en el desarrollo de los ADR; entre estas últimas, la ADR Acta de 1998.

¹⁰ *Ibidem*. pp. 146 y ss.

“ciencia basura”. El escepticismo no se limita a la averiguación de los hechos sino que se extiende a la decisión judicial. Si no hay una “realidad” que pueda determinarse independientemente de la metodología empleada, se arguye, ¿por qué buscarla? Precisamente por ello, afirman, la mediación es particularmente atractiva como opción en cuanto que su objetivo es el logro de un resultado que no depende de la “justicia”, ni del “sueño” de la certeza absoluta.

- c. En definitiva, se concluye: la entronización y el auge de los ADR en los EE.UU. fue producto de peticiones institucionales, maniobras políticas y el movimiento cultural de la época, que han sido fuertemente cuestionados desde su aparición¹¹.

3.2 El trasplante de la mediación norteamericana y su recepción en Iberoamérica y, en particular, en la normativa nacional argentina

- a. Es bien conocida la génesis del desembarco de la mediación entre nosotros, inserta en un amplio y ambicioso “paquete” de reformas con pretensiones de erigirse en verdaderas políticas públicas¹², imaginadas para la transformación de las estructuras y los procedimientos civiles. Producto de una visión sesgada y unilateral de los complejos fenómenos incardinados en los sistemas judiciales fueron los estímulos a la reforma que en los años '90 se impulsaron en numerosos países del subcontinente americano, por acción de los bancos multilaterales de crédito que inyectaron préstamos restituibles con esa finalidad. Ello en el marco de la búsqueda de transformaciones estructurales del Estado que, según sus inspiradores, encontraban obstáculo en el sistema de justicia. Desde el punto de vista estratégico, y no sin cierta ingenuidad, los programas auspiciados por las entidades crediticias internacionales partían de la premisa de que en el sector

¹¹ *Ibidem*. p. 155, 182 - 184.

¹² VARGAS VIANCOS, J.E. *Eficiencia en la justicia en sistemas judiciales*. CEJA, S. de Chile, N° 6, 2003. p. 68, donde se sostiene que la búsqueda de la eficiencia está íntimamente relacionada con la idea de la escasez y finitud de recursos, lo que ha de influir en la toma de decisiones, aun por encima de la concepción tradicional que ve en la justicia un tema de principios y de valores trascendentes, que inexorablemente deben ser cumplidos (pp. 68 - 99). Se trata, para nosotros, de una sesgada visión economicista, que desconoce principios básicos del acceso a la justicia y el sistema de valores fundantes de la función pública jurisdiccional, de raigambre constitucional en todos nuestros países. Sobre el tema, nos permitimos remitir a BERIZONCE, R.O. “El costo del proceso (como sacrificio para el erario y como impedimento para el acceso a la justicia)”. En: *Derecho Procesal Civil actual*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot/LEP, 1999. pp. 231 y ss. Asimismo, en cuanto a que la mediación no es instrumento útil, sino, al contrario, para facilitar el acceso a la justicia: GIANNINI, L.J. ¿Es la mediación obligatoria...? *Ob. cit.*

judicial la transformación se lograría, más que al modificar las leyes procesales, por vía de trasladar las nociones de gestión moderna, propias del sector privado, al quehacer jurisdiccional. La incorporación de técnicas de gestión, de la mano de expertos en ellas, sería el camino para las ansiadas soluciones¹³.

En verdad, más preocupante aún era la ideología de neto sesgo economicista, en boga por ese entonces, que se pretendía imponer con semejantes proposiciones, en cuyo centro aleteaba la concepción decimonónica de la justicia civil concebida como “bien privado”, cuyos beneficios son hechos suyos predominantemente por las partes litigantes. De ahí el propósito de desalentar la demanda de justicia, desde que la provisión del servicio como bien público incentivaría a los sujetos a litigar más asiduamente¹⁴. Bajo ese prisma, el funcionamiento óptimo del sistema judicial implica la tutela del derecho al menor costo posible para el erario, como medio para obtener la reducción del costo directo de los recursos destinados a la solución de conflictos y la ocurrencia misma de dichos conflictos por el efecto de disuasión ejercido, a través de las tasas que gravan el servicio¹⁵.

- b. En el balance, por cierto negativo, de esas políticas de cuño neoliberal ha de rescatarse, sin embargo –como bien lo ha destacado VARGAS VIANCOS¹⁶– que los modestos cambios en la gestión judicial –fruto principalmente de la iniciativa de jueces creativos–, tímidamente intentados en nuestra región, no obstante el escaso avance que han significado en la mejora del sistema judicial, han tenido la virtud, de todos modos, de instalar ideas de eficiencia y productividad y han generado un proceso de innovación nada desdeñable. Sobre todo, vale agregar, si no se pierde de vista la organicidad del íntegro sistema de justicia y se atiende concomitantemente a la mejora en los demás segmentos.

¹³ Lo que en el fondo suponía dejar de lado la visión de los procesalistas sobre los problemas judiciales para utilizar la de los expertos en gestión (VARGAS VIANCO, J.A. *Eficiencia en la justicia*. *Op. cit.* pp. 76 - 78).

¹⁴ *Ibidem.* pp. 80 - 81. Sobre el fin público de la jurisdicción por todos: COUTURE, E.J. *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. Montevideo, 1945. p. 92.

¹⁵ Se ha sostenido que para aliviar y racionalizar la carga de trabajo de los tribunales y evitar la “regresividad del gasto en justicia” hay que preocuparse por controlar la demanda, y no solamente la “oferta del bien”; y que, entre otras formas de aliviar aquella carga, además de desahogar los asuntos puramente administrativos y aquellos que pueden canalizarse por mecanismos de resolución alternativos, es menester cobrar por los servicios a través de las tasas judiciales (VARGAS VIANCO, J.A. *Eficiencia en la justicia*. *Op. cit.* pp. 68 -71). Para un análisis profundo de la filosofía economicista y sus reflejos en el Derecho en general: MÉNDEZ, H.O. y MÉNDEZ A.M. *Globalización y justicia*. fasc. 11. Buenos Aires: J.A., 2011-III. p. 3 y ss.

¹⁶ VARGAS VIANCO. *Eficiencia en la Justicia*. *Op. cit.* pp. 90 - 91.

3.3 Superioridad del sistema de la conciliación - mediación “valorativa” frente al modelo norteamericano

- a. En el modelo teórico ortodoxo de la mediación (ADR), el conflicto se resuelve con prescindencia de la aplicación del Derecho y en atención tan sólo de los intereses en pugna, cuyo balance se persigue, lo cual induce a las partes enfrentadas a arribar, por sí mismas, a una solución autocompuesta. La fuga del proceso no significa salir de la jurisdicción judicial –como en el sometimiento a árbitros–, sino, lisa y llanamente, salir de la justicia misma¹⁷, desentenderse de la justa y equitativa composición del conflicto. En buen romance, tanto como contentarse con una justicia “de segunda”, un pobre sustituto de la resolución judicial y, más aún, una retirada de la jurisdicción¹⁸.

En contraposición, los fines públicos del proceso judicial y, consecuentemente, la misión de los jueces –como afirma Fiss¹⁹– es hacer justicia, dar fuerza y hacer realidad los valores contenidos en la Constitución y la ley. En la conciliación, en cambio, aunque los contendientes crean indeliberadamente que el acuerdo satisface sus expectativas, bien podrían haber arribado al mismo sin que con ello se hubiere hecho justicia.

- b. La teoría de la resolución de conflictos que subyace en los medios alternativos presupone de manera implícita que entre los contendientes existe una relación de igualdad. La conciliación de intereses se concibe como una anticipación del resultado del juicio, en la que se asume que sus términos son simplemente el producto de las predicciones de las partes acerca de ese resultado. Sin embargo –señala acertadamente O. Fiss²⁰–, la aludida conciliación de los intereses está condicionada en realidad en función de los recursos en general de que dispone cada parte por asumir el proceso, los cuales, con frecuencia, están distribuidos en manera desigual. Ello afectará inevitablemente el proceso de negociación por la situación de desigualdad de la parte menos favorecida y por la menor capacidad para obtener y analizar la información necesaria, ya sea por la urgencia que pueda traer consigo su reclamo o por la imposibilidad de costear un proceso judicial. Si bien la desigualdad de las partes también puede distorsionar el propio proceso judicial, en este queda siempre la posibilidad de que la intervención del juez contribuya a disminuir, al utilizar las diversas técnicas procesales, el impacto

¹⁷ BIAVATI, P. *Tendencias recientes de la justicia civil en Europa...* Ob. cit. pp. 534. VIGORITI, V., *Giustizia e futuro: conciliazione e class action*. n° 181. São Paulo: RePro, 2010. pp. 300 - 301.

¹⁸ FISS, O. “Contra la conciliación”. En: *El derecho como razón pública*. trad. E. Restrepo Saldarriaga. Madrid – Barcelona - Buenos Aires: Marcial Pons, 2007. p. 144.

¹⁹ *Ibidem*. pp. 140 - 142.

²⁰ *Ibidem*. pp. 131 - 133.

de aquellas desigualdades. En realidad, la creciente utilización de los medios alternativos constituye un indicador elocuente de la tendencia a la privatización de la justicia estatal²¹.

- c. El problema central que plantea la mediación es el de la insuficiencia absoluta como medio de resolución de las disputas para llevar a cabo una adecuada tutela de los derechos involucrados. El principio de la “neutralidad” de los mediadores, esencial al objetivo de que las partes y sólo ellas alcancen, en cualquier caso, sea como fuere, el acuerdo, conduce inevitablemente a que se arribe, a menudo, a soluciones injustas, no sólo porque no se tiene en cuenta la dimensión jurídica del conflicto, sino también porque se posibilita que la parte más fuerte termine imponiendo los términos del acuerdo²². Lo que es peor, nadie será responsable de la pérdida de los derechos o de las chances de la parte desfavorecida en la relación; ya no están los jueces ni el Estado para responder por defectos de la prestación servicial.

3.4 La mediación “facilitadora” no se compadece con el sistema de valores y creencias que prevalece en nuestra sociedad actual

- a. Las formas de resolución de conflictos reflejan la cultura de base de una comunidad –sus valores, sus convenciones sociales y los símbolos a través de los cuáles se representan–. Esa relación es recíproca, los métodos para la resolución de las disputas son un factor de importancia en la tarea inacabada de “configurar” la cultura en la cual se insertan, en el sentido de que los cambios en la litigiosidad repercutirán en la misma cultura. De ahí que cualquier reforma procesal trascendente no puede ser considerada únicamente desde el prisma del tecnicismo legal²³.
- b. Concretamente en relación a la mediación, parece nítido que el empeño de su imposición obligatoria no puede desentenderse de la existencia entre nosotros de una fuerte cultura tradicional que ha sido refractaria, por razones múltiples, a su admisión. Se trata, precisamente, puede argumentarse, de pujar para permear, transformar esa cultura y sustituirla por otra de signo opuesto. Sin embargo, el interrogante central sigue siendo: ¿esa cultura nueva acompaña y se sustenta en los valores y creencias predominantes, en estos tiempos, en nuestras sociedades? O, más simplemente, en términos que plantea Chase, ¿la idea que transmite la

²¹ GILLES, P. *Civil Justice Systems and Civil Procedures in conversión...* pp. 334 - 335.

²² TARUFFO, M. *Una alternativa a las alternativas...* *Op. cit.* pp. 116 - 118.

²³ CHASE, O. *Ob. cit.* pp. 33, 73, 185.

mediación respecto a la adecuada ordenación de la sociedad en su conjunto, es aceptable?²⁴.

- c. Sentada la recíproca y profunda conexión entre cultura y medios de solución de conflictos²⁵, cabe afrontar la remanida cuestión de la “cultura del litigio” o “de los derechos” frente a la “cultura alternativa de la pacificación” o “de los intereses”. Debemos comenzar por admitir que en una sociedad libre y plural los conflictos pueden ser resueltos en modos diversos y la elección de una u otra vía depende exclusivamente de la voluntad de los propios interesados. Hay razones, y sobre todo circunstancias –fácticas y jurídicas–, que hacen preferible, por regla, el camino de la jurisdicción que conduce a la sentencia. En cambio, cuando se trata de ciertos y determinados conflictos –relaciones de familia, de vecindad, de coexistencialidad en general, y de menor cuantía–, el sendero de los medios alternativos resulta más propicio.

En la mediación la razón, la culpa o el error se “disuelven” para fundirse en la ponderación de los intereses. Se evitan ciertamente los riesgos y desventuras del proceso, pero hay que resignarse a la no - justicia. Es posible que sea útil para recuperar la fe recíproca y aun encarrilar las relaciones melladas por el conflicto disuelto por un resultado satisfactorio para ambos.

Sin embargo, como expresa Biavati, el proceso judicial está destinado fisiológicamente a regular sólo la mínima parte de los conflictos sociales, pero cuando el litigio es tan agudo como para requerir la intervención de la jurisdicción, no se puede comprimir la necesidad de litigar, de modo que es necesario encarrilarlo en las vías de una ordenada confrontación judicial. Por otro lado, y quizás lo más importante, nuestras sociedades manifiestan una fuerte necesidad de legalidad. La pérdida de los valores públicos y del bien común, en nombre de un interés privado que se persigue a toda costa, es consecuencia también de la decadencia de la fuerza de la ley y de la falta de aptitud para aplicarla. El proceso jurisdiccional desempeña el rol de decir el derecho y de recordar qué cosa es justa y lícita y qué cosa no lo es para la comunidad. Se trata de un rol esencial al que no se puede renunciar²⁶.

- d. La cultura “adversarial”, ha de admitirse, puede y debe convivir con aquella complementaria de la cooperación pacificadora. Una y otra integran el sistema

²⁴ *Ibidem*. p. 188.

²⁵ *Ibidem*. p. 20 - 21.

²⁶ BIAVATI, P. *Argomenti di Diritto Processuale Civile*. Bologna: Bononia Univ. Press, 2011. pp. 816 - 817. En sentido similar: GUZMÁN, N. L. *Análisis crítico de la implementación de los métodos alternativos de solución de conflictos*. , Buenos Aires: RDP, 2010 - 2. pp. 17 y ss., especialmente pp. 24 - 29. Asimismo: COMOGLIO, L.P. *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionale*. Riv. Dir. Proc., Cedam, Padova, 2000. p. 371.

de resolución de las controversias. Existe consenso social al respecto y ello ha sido el logro y la transformación que opera desde los años noventa.

No obstante, no podría afirmarse que igual consenso social se hubiere generado en torno a la mediación “facilitadora”. Por el contrario, puede aseverarse que ese método va a contrapelo de los principios y valores comunitarios recogidos y expresados en la Constitución y el Pacto de San José que la integra, válidos y exigibles *en lo sustantivo para todas las formas de solución de conflictos, incluyendo a la regulación de la mediación*. En el balance de los valores y principios implicados, han de prevalecer aquellos de justicia e igualdad que conforman y se expresan en el “núcleo duro” de las garantías y, en especial, el derecho a la tutela judicial efectiva y al acceso irrestricto a la justicia.

Ninguna de las ventajas que se adjudican a la mediación puramente “asistida”, de concertación de los intereses, justifica dispensar la persecución de aquellos valores y principios. El ciudadano tiene la prerrogativa, cuando está en juego el reconocimiento de sus derechos vulnerados, de utilizar el método de composición más adecuado. Pero al Estado Constitucional de Derecho le está vedado propiciar procedimientos, cualesquiera fueren, que lo embreten en esquemas reductores que no puedan asegurarle soluciones justas y equitativas. Es que la mediación neutral de intereses, al colocarse “de espaldas” al Derecho, renuncia a la misión pública esencial, que corresponde al íntegro sistema de justicia del que forma parte, de esclarecer a la comunidad en relación a los casos concretos acerca de qué conducta o situación es justa y legítima y cuál no lo es, para dar significado a los valores públicos²⁷. Esto es tanto como resignar la función constructiva de las instituciones jurídicas y la influencia de las decisiones en las relaciones interpersonales, lo que confirma la vinculación recíproca entre litigiosidad y cultura, tanto como la importancia de las actuaciones procedimentales en cuanto a su repercusión en el mantenimiento de las creencias y convenciones sociales²⁸. La idea que transmite la mediación de intereses, en definitiva, colisiona con la adecuada ordenación de la sociedad en su conjunto, para usar la ya referida expresión de Chase.

4. Algunas experiencias superadoras que se destacan en la legislación comparada

De entre la amplísima gama de modelos que muestra el Derecho Comparado, resulta conducente resaltar algunas instituciones novedosas típicas de legislaciones del sistema del *civil law* continental europeo, como son las de Italia y Alemania, y, por otro lado, aquellas propias del *common law* inglés. Presentan todas ellas

²⁷ FISS, O. *Ob. cit.* p. 49.

²⁸ CHASE, O. *Ob. cit.* pp. 173 - 182, 184.

particulares características que despiertan nuestro interés de confrontación con nuestras instituciones.

4.1 En el ordenamiento italiano consagrado por el decreto legislativo n° 28, del 4 de marzo de 2010, en implementación de la Directiva de la Unión Europea del 21 de mayo de 2008, se introduce la denominada *mediación estructurada*²⁹ o institucional que, en lo que aquí interesa, puede ser dispuesta por el juez, toda vez que durante el desarrollo del proceso considere de utilidad (art. 5°, inc. 2°). Esta presenta la particularidad de poner el acento en la comprobación fáctica de los derechos que invocan las partes. A ese fin, se admite en la instancia de mediación la presentación de documentos y otras pruebas, en especial las periciales, incluidas las comprobaciones especializadas (art. 3°, inc. 3°; art. 17, inc. 2° y concordantes). Los acuerdos arribados requieren homologación judicial, acto que no se agota en la mera verificación de la regularidad formal de los procedimientos, sino que se integra con la constatación de que su contenido no es contrario al orden público o a normas imperativas (art. 18). En suma, se estructura un sistema que se aleja de modo palmario de la simple mediación “facilitadora”³⁰, bien que la intervención legislativa viene generando vivas disputas doctrinarias³¹.

4.2 También, ciertamente en las antípodas del sistema norteamericano, aunque por razones diversas, se ubica el modelo desarrollado en la legislación alemana. La tendencia hacia la privatización mediante la adopción de los ADR no tuvo mayor receptividad, entre otros motivos –según se afirma–, porque el proceso judicial ordinario funciona adecuadamente y, por lo demás, ofrece dentro de sus propios engranajes suficientes posibilidades de composición amigable³². Son los propios tribunales los que extinguen por transacción entre el veinte por ciento y el treinta por ciento de los litigios. El procedimiento conciliatorio está regulado en el § 278 ZPO y se desarrolla a través del diálogo entre el juez y las partes, en reuniones separadas, en las que se destaca que en la audiencia de conciliación este puede interrogar libremente a las partes con el fin del esclarecimiento de la cuestión litigiosa. Igualmente, si las partes no presentan una propuesta de transacción por escrito, el propio tribunal

²⁹ BIAVATI, P. *Argomenti... Ob. cit.* pp. 809 y ss. En relación al régimen anterior en confrontación con las garantías constitucionales: COMOGLIO, L. P. *Mezzi alternativi... Ob. cit.* pp. 318 y ss.

³⁰ VIGORITI, V. *Ob. cit.* p. 301. El régimen de referencia no instituye una mediación clásicamente entendida, sino un instrumento a través del cual se induce a las partes en conflicto a aceptar una propuesta de conciliación expresada por un tercero (DALLA BONTÁ, S. “La original actuación en Italia de la Directiva 2008/52/CE...” *En: Civil Procedure Review*. v. 2, n° 2, 2011. pp. 93 y ss. Disponible en: www.civilprocedurereview.com).

³¹ VIGORITI V. *Ob. cit.* pp. 300 - 301. BIAVATI, P. *Argomenti... Ob. cit.* p. 816.

³² STÜRNER, R. *Sobre as reformas recentes no direito alemão...* São Paulo: RePro, n° 193, 2011. pp. 355 y ss., 364 - 365.

puede hacerlo (§ 278, apart. 6). El acuerdo homologado constituye título ejecutivo (§ 794 apart. 1)³³. La satisfacción con el sistema parece ser grande, porque las partes raramente recurren a la mediación privada, sino que prefieren negociar ante un juez estatal en el marco de una instrucción judicial completa. Sólo en algunos campos especiales y, por ello, residuales ha tenido suceso la mediación privada, así en las cuestiones de familia y divorcio³⁴.

Más allá de las notorias singularidades del esquema germánico, parece significativo resaltar la reivindicación que supone, en tanto que sustenta la solución amistosa en la propia sede judicial, bajo gestión del juez, que al actuar según su “libre convicción” puede llegar a proponer acuerdos transaccionales. Es en el marco de la instrucción del proceso que se facilita la búsqueda de la conciliación, que, si bien depende enteramente de la voluntad de las partes, no queda condicionada por el desconocimiento de la situación fáctica o de las chances que en el plano jurídico son decisivas para el acierto, en términos de justicia, del resultado. No podría afirmarse que el acuerdo así logrado quede “de espaldas a la justicia”, ni que la transacción asistida judicialmente fuere un simple sucedáneo “de segunda”.

4.3 Un modelo no menos singular pero que encuadra en las líneas tendenciales prevalecientes, no obstante insertarse en la tradición del *common law*, es el que se articula en Inglaterra, con resultados altamente satisfactorios, en tanto que la transacción es el epílogo más frecuente de las controversias, gracias a una política pública de promoción de la cultura de las soluciones autocompuestas, que se refleja en diversos momentos. Ya en la fase preprocesal, los *pre - action protocols* regulan las tratativas encaminadas al logro de la transacción, como uno de sus objetivos principales. Fracasado el intento e iniciado el proceso, el CPR de 1998 enfatiza la necesidad de que tanto el juez como los abogados impulsen una transacción. Los deberes del tribunal incluyen la obligación, propia del *case management*, de asistir a las partes a esos fines, además, el asunto puede derivar a alguno de los medios alternativos específicos (ADR), incluida la intervención a solicitud de parte de un tercero neutral (*early neutral evaluation*). Para forzar a las partes remisas a la utilización de esos mecanismos, cuando el juez los considera como la alternativa más propicia, se admite la postergación en su caso del trámite del proceso. De todos modos –como

³³ *Ibidem*. p. 365. Asimismo PÉREZ RAGONE, A.J. y ORTIZ PRADILLO, J.C. *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*. Montevideo: K. Adenauer Stiftung, 2006. pp. 81 - 83. HAAS, U. y BOCUCCI, D. *Il rapporto tra il giudice e le parti nell diritto tedesco*. n° 197. São Paulo: RePro, 2011. pp. 235 y ss.

³⁴ STÜRNER, R. *Ob. cit.* p. 365. De todos modos, con referencia a los resultados prácticos de los medios alternativos y el grado de calidad alcanzado en comparación con los que se asigna al sistema judicial oficial, habrá que convenir que existen dificultades casi insalvables para una evaluación racional. Conf.: KERN, C.A. *Percepção, performance e política: recentes formas de abordagem da comparação qualitativa dos sistemas de justiça civil*. n° 198. São Paulo: RePro, 2011. pp. 321 y ss.

se ha sostenido— resulta fundamental comprender que la conciliación no ha de tener lugar “a la sombra del Derecho”³⁵, que es tanto como decir que su resultado no puede ser injusto a la vista del Derecho.

4.4 Ahora, veremos una referencia siquiera sucinta al régimen que consagra el CPC brasileño en vigor desde 2016. Entre sus múltiples novedades se establece como política pública que los tribunales crearán centros judiciales de solución consensual de conflictos, responsables por la realización de sesiones y audiencias de conciliación y mediación y por el desenvolvimiento de programas destinados a auxiliar, orientar y estimular la autocomposición. Estatuye el régimen singular de los conciliadores y mediadores como auxiliares de la justicia (CPC, art. 149). Se regula una audiencia obligatoria de conciliación o de mediación en sede judicial antes de la presentación de la defensa del demandado, con la finalidad de estimular la solución consensual de los litigios (art. 334)³⁶; sin perjuicio de la mediación previa o extrajudicial a que pueden someterse los interesados. Si la petición inicial se ajusta a los requisitos esenciales y no fuere el caso de improcedencia liminar, el juez designará audiencia de conciliación o de mediación con antelación mínima de treinta días. El conciliador o mediador, que es un auxiliar del juez (art. 139, § 5) actuará necesariamente en la audiencia, sin perjuicio de la intervención de aquel en ciertos supuestos de excepción. En el curso del procedimiento se observarán los principios de independencia, imparcialidad, autonomía de la voluntad, confidencialidad, oralidad, informalidad y de decisión informada (arts. 165 y ss.). La incomparecencia injustificada de cualquiera de las partes a la audiencia se considera acto atentatorio a la dignidad de la justicia y sancionado con multa. Obtenida la autocomposición, será homologada por sentencia (art. 334, § 11). Se estima que la conciliación es la herramienta más adecuada para los conflictos puramente patrimoniales; el conciliador puede sugerir soluciones para el litigio. En cambio, la mediación está pensada para las hipótesis de conflictos referidos a relaciones de continuidad, de “coexistencialidad”, con el objetivo principal de preservar o restaurar los vínculos entre las partes; de ahí que el mediador las auxilia para que identifiquen, por sí, alternativas de beneficio mutuo (art. 165 §§ 2 y 3)³⁷. Entre las primeras evaluaciones del nuevo sistema, se ha

³⁵ ANDREWS, N. “O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra” trad. T. Arruda Alvim Wambier. *Rev. dos Trib.* São Paulo, 2009. pp. 30 y ss.; *id.* *Controversie colettive, transazione e conciliazione in Inghilterra*, RePro, n° 169, 2009. pp. 81 y ss.; *id.*, *Relações entre a Corte e as partes na era do case management*. n° 217. São Paulo: RePro, 2013, pp. 181 y ss.

³⁶ MARINONI, L.G.; ARENHART, S.C. y MITIDIERO, D. *Curso de Processo Civil*. *Ob. cit.* v. 2., pp. 173 - 174.

³⁷ PINHO, H.D.B. de. *A mediação judicial no novo CPC em Desvendando o novo CPC*. D.G. Ribeiro y M.F. Jobim org. Porto Alegre: Liv. Do Advogado ed., 2015. pp. 72 y ss., especialmente, pp. 81 - 84. ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. “Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil”. *En: Rev. dos Tribunais*. São Paulo, 2015. pp. 311 - 312.

afirmado³⁸ que no parece ser ideal la solución que preconiza apenas un sistema de mediación incidental cuando ya ha sido puesta en movimiento la máquina judicial. Asimismo, desde un sector de la doctrina se ha propiciado, en una línea similar, la creación de un procedimiento probatorio extrajudicial facultativo, desvinculado de la futura demanda, con la finalidad de intercambiar informaciones para facilitar la búsqueda de una solución negociada, sin la intervención judicial³⁹. De todos modos, será menester esperar la aplicación práctica de los novedosos mecanismos, típicos del Derecho brasileño, si bien se reconoce su filiación en la legislación argentina de 1995⁴⁰.

4.5 Por último, algunas someras consideraciones acerca del régimen vigente en Colombia, que puede considerarse un buen ejemplo de la evolución de los sistemas iberoamericanos. A partir de la década de los años noventa del siglo pasado y especialmente con la Ley 640 de 2001, se estatuye el régimen actualmente vigente, con algunas modificaciones. Se erige una audiencia de conciliación extrajudicial en derecho y en equidad como requisito de procedibilidad en los procesos declarativos que deben tramitarse a través del procedimiento ordinario –ahora procedimiento verbal (CGP, art. 368, 2012)– o abreviado –ahora, verbal sumario (art. 390, *id.*)– y en ciertos procesos de familia. Este procedimiento se lleva a cabo ante los conciliadores de los centros de conciliación, delegados de la Defensoría del Pueblo, agentes del Ministerio Público y notarios. La denominada conciliación extrajudicial en verdad constituye una mediación, en el sentido de que se trata de un mecanismo a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la resolución de sus diferencias con ayuda de un tercero imparcial y calificado, denominado conciliador⁴¹. La conciliación judicial, por su lado, puede ser provocada por el juez en cualquier momento del proceso y tiene lugar, especialmente, en ocasión de la audiencia inicial o preliminar, donde aquel “exhortará diligentemente a las partes a conciliar sus diferencias, para lo cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento” (CGP, art. 372, inc. 6). La Ley 1395 de 2010, a su turno, estableció que con la solicitud de conciliación extrajudicial se debe acompañar copia informal de las pruebas documentales o anticipadas que se tenga en su poder y que se pretenda hacer valer en el eventual proceso. Lo anterior, bajo la prevención de que, si fracasare la conciliación, no serán admitidas en aquel

³⁸ PINHO, H.D.B. de. *Ob. cit.* pp. 67 y ss., especialmente, pp. 81 - 84. ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. *Primeiros comentarios... Ob. cit.* pp. 309 y ss., 622 - 627.

³⁹ GRECO L. *A reforma do direito probatorio no processo civil brasileiro*. n° 240. São Paulo: RePro, 2015. pp. 61 y ss.

⁴⁰ PINHO, H.D.B. de. *Ob. cit.* p. 67.

⁴¹ LÓPEZ BLANCO, H.F. *Procedimiento Civil. Parte General*. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. 8ª. ed., t. I. Bogotá: Dupré ed., 2002. pp. 565 y ss. BEJARANO GUZMÁN, R. *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*. 5 a. ed. Bogotá: Temis, 2001. pp. 9 y ss.

(art. 35). Además, la incomparecencia no excusada a la audiencia conlleva que “se considerará como indicio grave en contra de sus pretensiones o excepciones de mérito en un eventual proceso judicial”⁴².

Fuera de ello, resulta de interés consignar que el CGP regula las pruebas extra-procesales (arts. 183 a 190) –antes denominado procedimiento para pruebas y exhibición anticipada–, que incluyen el interrogatorio de parte, declaración sobre documentos, exhibición de documentos, testimonios anticipados, inspecciones judiciales y periciales. En todos los supuestos no se requiere urgencia e incluso se pueden practicar dichas medidas probatorias de común acuerdo fuera del proceso para ser aportadas antes de la sentencia (art. 190). Importa señalar en relación a la pericial que mientras el anterior artículo 300 CPC regulaba de modo independiente el pedido de dictamen de peritos, con o sin inspección judicial⁴³, el texto del artículo 189 CGP liga la intervención de perito a la inspección judicial.

5. La instrucción preliminar probatoria como instrumento para la decisión temprana de los conflictos

Hay todavía otras experiencias que muestra la legislación comparativa y que son útiles a los propósitos de esta indagación. Nos referimos a aquellas modalidades superadoras que radican las soluciones autocompositivas en la etapa preliminar del proceso. Es conocida la tendencia a acentuar la importancia de la instrucción preliminar de las causas y a articular procedimientos que anteceden al desemboque en la acción judicial que, precisamente, tienden a eliminar el conflicto en esa instancia temprana⁴⁴.

5.1 Así, en el Derecho alemán, la reforma de 1991 a la ZPO introdujo un nuevo texto al § 485, en cuya virtud puede solicitarse el costo de la reparación del daño, anticipada la prueba pericial sobre el estado de una persona o el estado o valor de una cosa, la causa de un daño a personas, a una cosa o vicio de esta. El interés jurídico se tiene por existente cuando el dictamen puede ayudar a evitar un proceso⁴⁵.

⁴² BEJARANO GUZMÁN, R. *Ob. cit.* pp. 9 - 10, 22 - 23.

⁴³ LÓPEZ BLANCO, H.F. *Ob. cit.* t. III, *Pruebas*. pp. 249 - 252.

⁴⁴ BIAVATI, P. “Tendencias recientes de la justicia civil en Europa, *ob. cit.*, p. 525. VILLA P.S., *La etapa preliminar al proceso civil... En: XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal... Ponencias generales...* Buenos Aires: Fac. de Derecho UBA-AADP, 2009. pp. 390 y ss. El tema fue objeto de debate, asimismo, en el XIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, con relato general de N. ANDREWS y B. GROEN, insertos en *Direito Processual Comparado, XIII Word Congress of Procedure Law*. A. PELLEGRINI GRINOVER y P. CALMON coord., Forense, R. de Janeiro, 2007.

⁴⁵ LEIBLE, S., *Proceso civil alemán*. Bib. Jur. Dike; K. Adenauer S., Bogotá, 1999. pp. 269 y ss.

5.2 Al mismo objetivo apunta la reforma italiana de la Ley 80 de 2005, al ampliar las formas de obtención preventiva de las pruebas, con prescindencia del requisito de urgencia, e introducir la *consulenza tecnica* anterior al proceso, con función conciliatoria. Según el artículo 696 *bis* CPC, las partes, antes de comenzar una causa, pueden solicitar que el juez designe un experto para que presente un informe orientado a “comprobar y determinar” los créditos derivados del incumplimiento contractual, o por hechos ilícitos, “intentado, al mismo tiempo, la conciliación de la *litis*”⁴⁶. Se persigue allegar una valoración técnica objetiva⁴⁷ que permita a las partes embarcarse en una negociación fructífera, tan pronto como queda identificado el conflicto, y desempeñar una función reductiva en relación al sistema de justicia, dirigida a evitar el pleito⁴⁸, especialmente cuando las pruebas tienen eficacia dirimente, además del efecto eventual de la formación de prueba temprana para el futuro proceso⁴⁹.

5.3 La misma finalidad persigue la *acción autónoma de producción de prueba*, significativa novedad del CPC brasileño de 2012⁵⁰. La producción anticipada⁵¹ de prueba será admitida conforme al artículo 381 –además del supuesto común en que haya fundado recelo de que venga a tornarse imposible o muy difícil la verificación de ciertos hechos–, en otras dos hipótesis que aquí nos interesan. Sucede así en los casos en que la prueba a ser producida sea susceptible de viabilizar la autocomposición u otro medio adecuado de solución de conflictos (§ II), o ya cuando el previo conocimiento de los hechos pueda justificar o evitar el enjuiciamiento de la acción

⁴⁶ BIAVATI, P. *Tendencias recientes...* Ob. cit. 526-527. SALETTI, A. “El nuevo régimen de las medidas cautelares y posesorias”. En: *Rev. Peruana de Der. Proc.* Lima: Communitas, 2008, XI. pp. 387 y ss. CARPI, F. y TARUFFO, M. *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*. 5ª. ed., Cedam, Padova, 2006. pp. 1971 - 1972. ANSANELLI, V. *Le prove a futura memoria nel diritto italiano*. n° 227. São Paulo: RePro, 2014. pp. 47 y ss., quien destaca los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales de la reforma.

⁴⁷ El legislador de 2005 concretó una sustancial equiparación, bajo el perfil funcional, entre las modalidades de la adquisición de los conocimientos expertos formados preventivamente o durante el proceso, fruto de una tendencia a extender los espacios de utilización de tales conocimientos antes del proceso (ANSANELLI, V. Ob. cit. pp. 57 - 58).

⁴⁸ MAGGI, F. y CARLETTI, F. “I provvedimenti di istruzione preventiva”. En: *Il processo cautelare*. 3a. ed., a cura di G. Tarzia e A. Saletti. Cedam, Padova, 2008. pp. 159 y ss.

⁴⁹ BIAVATI, P. *Tutela cautelare, anticipatoria y sumaria en la reforma italiana*. RDP. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni ed., 2009-2. pp. 507 y ss. ANSANELLI, V. Ob. cit. pp. 72 y ss.

⁵⁰ ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. y otros. *Primeiros comentários...* Ob. cit. pp. 659 y ss. MARINONI, L.G.; ARENHART, S.C. y MITIDIERO, D. *Novo Curso de Processo Civil*. Ob. cit. v. 2. pp. 307 y ss.

⁵¹ Se ha señalado que en realidad no se trata de producción anticipada pues la medida se limita a “fijar” la prueba que puede interesar a otro (futuro) proceso, permitiendo que ella sea *aquí* producida (MARINONI, L.G.; ARENHART, S.C. y MITIDIERO, D. Ob. cit. pp. 307 - 308).

(§ III). La prueba pasa a ser considerada no sólo en su función de instrumento para formar la convicción judicial, sino también como medio para auxiliar a las partes en la valoración de sus chances de éxito en una futura demanda –y con ello facilitar la búsqueda de soluciones concertadas– o también para su utilización en el proceso consiguiente. Son claramente medidas tendientes a la reducción de la litigiosidad y el más apropiado encausamiento de las pretensiones de las partes⁵².

En la petición, el requirente presentará las razones que justifican la anticipación de la prueba y mencionará con precisión los hechos sobre los que ha de recaer. El juez procederá a citar a los interesados, salvo si no existiera caso contencioso por tener como único propósito la documentación del actor. No se requiere indicar la acción “principal” que, por otra parte, es posible que no se plantee en el futuro. Los interesados, a su vez, podrán requerir la producción de cualquier prueba en el mismo procedimiento, siempre que esté relacionada con los mismo hechos, salvo si su producción conjunta acarrearía excesiva demora. En el procedimiento no se admitirá defensa o recursos, excepto contra la decisión desestimatoria (art. 382). En realidad, tan sólo se limita el ámbito de la defensa, pero el interesado podrá alegar cuestiones de orden público; lo que no se permite es el debate sobre el derecho material⁵³. Realizada la producción de las pruebas, el juez debe dar por concluido el proceso mediante sentencia que se limita a dar fe de lo actuado de manera regular y legítima. A este le es prohibido formular cualquier juicio de valor sobre dichas pruebas (arts. 383, 382 § 2).

5.4 Tales experiencias demuestran que el legislador no se contenta con fomentar fórmulas compositivas y dejarlas libradas al juego de los puros intereses de las partes bajo la guía de gestores neutrales, como en el modelo de la negociación en boga, sino que se alientan las soluciones autocompuestas en el marco de la justicia oficial, con control del juez y, sobremanera, en la antesala del proceso. Sin clarificación de los hechos, aún en grado de verosimilitud y superficialidad, la negociación “pedalea en el aire”, es algo así como un vuelo a ciegas. Al ensamblarse apropiadamente ambas actividades, las partes llegan al acuerdo amistoso *con conocimiento de causa*, lo que garantiza un consentimiento “maduro” fruto de una evaluación fundada de las circunstancias de hecho y de derecho que particularizan el caso.

5.5 La incorporación a nuestros ordenamientos de los mecanismos y técnicas de instrucción preliminar probatoria constituiría, sin duda, un avance trascendental para el mejoramiento del sistema de justicia común, por todas las razones ya analizadas.

- a. Su implementación requiere de un análisis profundo en relación a las reformas legales necesarias abarcativas tanto de los aspectos orgánico - funcionales, como

⁵² ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. y otros. *Ob. cit.* p. 660.

⁵³ *Ibidem.* p. 662. MARINONI, L.G.; ARENHART S.C. y MITIDIERO, D. *Ob. cit.* pp. 331 - 332.

de las técnicas y procedimientos formales. En el primero de esos aspectos, sentado que la conducción, gestión y búsqueda de las soluciones negociadas corresponde principalmente al órgano jurisdiccional, habrá que acometer la compleja cuestión de la conformación del propio órgano y de los auxiliares que lo integren. En ese sentido, nos parece que un modelo adecuado, al menos para la realidad argentina, lo constituye el que se utiliza en los conflictos de familia en general. Así, entre otros, el régimen de la Provincia de Buenos Aires (L. 14.453 y modif.)⁵⁴, en el que se implementa un cuerpo de consultores o consejeros, funcionarios que toman a su cargo la conducción, impulso y gestión en una etapa previa al juicio, de la búsqueda activa de soluciones concertadas. Actúan bajo supervisión del juez a quien se reserva, por lo demás, la valoración de los acuerdos arribados y su homologación, sin perjuicio, naturalmente, de las potestades de este para provocar, en cualquier tiempo y etapa del proceso, la conciliación de las partes. Otro aspecto, que no es menos esencial, es que el órgano se integra, además, con un cuerpo técnico auxiliar o gabinete multidisciplinario, para intervenir también en la etapa preliminar, sin perjuicio de su actuación en el curso ulterior del procedimiento. En definitiva, se trataría de conformar de un modo singular el propio órgano jurisdiccional para que pueda conducir eficazmente la etapa preliminar con la finalidad de propender a la solución amistosa del diferendo.

Otro modelo al que alternativamente podría recurrirse sería un régimen similar al adoptado en el CPC de Brasil que, como hemos visto, confía las tareas a conciliadores y mediadores, junto con las cámaras o instituciones privadas inscriptas en un registro organizado por las más altas autoridades judiciales –no administrativas–, en las condiciones del artículo 167 del CPC, los cuales se desempeñan como auxiliares de la justicia (art. 149 del mismo). Como tales, están sometidos a un régimen jurídico de Derecho público cuyos principios regula el citado artículo 167 –inscripción en registro del tribunal correspondiente, capacitación, consenso público, catastro público con datos de desempeño, régimen de incompatibilidades–⁵⁵.

- b. En cuanto al modelo procesal, se hace menester regular las diversas etapas y procedimientos que conforman la mentada instrucción preliminar, imaginada con una doble finalidad: i.) como mecanismo auxiliario facilitador de la negociación entre las partes⁵⁶, en cuanto contribuye al esclarecimiento, siquiera

⁵⁴ BERIZONCE, R.O.; BERMEJO, S.P. y AMENDOLARA, Z. *Tribunales y proceso de familia*. LEP, La Plata, 2001. pp. 22 y ss., 109 y ss., 135 y ss.

⁵⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. y otros. *Primeiros comentarios...* Ob. cit. pp. 292 - 294; 315 - 317. PINHO, H.D.B. de. Ob. cit. pp. 68 - 70.

⁵⁶ Sobre los estímulos y predisponentes para favorecer la voluntad conciliatoria de las partes: PEYRANO, J.W. *Anotaciones sobre la gestión conciliatoria...* RDP. Buenos Aires: Rubin-

provisional, de los hechos conducentes y decisivos para la solución del conflicto⁵⁷. Lo anterior, de modo que las partes queden en las mejores condiciones de conocimiento e información sobre la fundabilidad de los derechos que esgrimen y, en consecuencia, puedan acordar de modo libre, deliberado y consciente, si vieran que les conviene, una solución amistosa; ii.) como procedimiento de instrucción de la causa en una etapa temprana, sin restricciones por razones de urgencia de conservación de las pruebas como en el tradicional esquema de la prueba anticipada (CPCN argentino, art. 326); y con valor similar a las otras probanzas, en supuesto de fracaso de la conciliación, para ser evaluadas en la sentencia de mérito⁵⁸.

- c. El procedimiento de instrucción preliminar se iniciará a requerimiento de parte, mediante petición simple y concreta que individualice los hechos conducentes y ofrezca las pruebas pertinentes, para lo cual, el juez debe asegurar la igualdad sustancial en el trato procesal sin perjuicio de la informalidad y celeridad del procedimiento. Este propugnará el más amplio intercambio de información y pruebas entre las partes⁵⁹. Las pruebas periciales, en su caso, quedarán a cargo de los peritos competentes del cuerpo asesor interdisciplinario. En el acta final se dejará constancia de las posturas de las partes, especialmente cuando la autocomposición hubiere fracasado. Dichas atestaciones serán consideradas en su momento para evaluar el comportamiento y la buena fe que se requiere de las partes. La homologación judicial del acuerdo constituirá título ejecutorio; no se limitará a la verificación del cumplimiento formal de los procedimientos, sino que ha de valorar la justicia de lo acordado. En su caso, se impondrán las costas del ulterior proceso judicial cuando la sentencia, aun siendo favorable, acordare a quien resultó responsable de la frustración del intento conciliatorio el mismo importe, o uno inferior al ofrecido por la contraria en la negociación⁶⁰.

zal-Culzoni ed., 2010-2. pp. 97 y ss., especialmente pp. 103 - 106. SOSA, T.E., "Instrucción civil preparatoria". En: *XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Ponencias generales y ponencias seleccionadas*. PJ Prov. Jujuy-AADP, San Salvador de Jujuy, 2015. pp. 14 y ss., especialmente pp. 24 y ss. En sentido similar: GIANNINI, L.J. *La homologación judicial de los acuerdos en mediación*. En la misma obra, pp. 31 y ss., especialmente p. 36.

⁵⁷ Ha de evaluarse la conveniencia o no de limitar la instrucción preliminar a aquellos casos en que las partes sólo debaten el monto de los créditos que tienen fundamento contractual o extracontractual, como en el modelo del artículo 969 bis CPC italiano. Conf.: VILLA, P.S. *Ob. cit.* p. 400.

⁵⁸ SOSA, T.E. *Ob. cit.* pp. 27 - 29.

⁵⁹ GRILLO CIOCCHINI, P. "Intercambio de información y prueba antes de la demanda". En: *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal...* *Ob. cit.* pp. 418 y ss.

⁶⁰ En el derecho portugués, el Decreto Ley 34/2008, modificadorio del artículo 447 CPC, establece que el actor que, pudiendo recurrir a medios alternativos opte por el proceso judicial,

- d. Quedan, en fin, otros aspectos complementarios de implementación que –si existiere consenso en cuanto a las propuestas– deberían ser analizados puntualmente⁶¹.

Conclusiones

Estamos ahora en condiciones de formular las siguientes conclusiones sumarias:

1. La creciente concientización de la pertenencia y apropiación de los derechos fundamentales y, en especial, de los derechos económicos, sociales y culturales, impulsa una arrolladora judicialización de los conflictos que, a su vez, conduce de modo inevitable a la sobrecarga de los tribunales y a la excesiva duración de los procesos.
2. Los medios alternativos y, en particular, la mediación tan sólo “facilitadora”, que no se compromete con el resultado justo de las decisiones, no son útiles para el restablecimiento de la paz social ni satisfacen las exigencias de la tutela judicial efectiva. Máxime que no se compadece con el sistema de valores y creencias que prevalece en la actual sociedad.
3. En el Derecho comparado se exhiben diversos modelos, instituciones y técnicas superadoras, entre los cuales se destacan algunos que pueden ser útiles para su adopción entre nosotros.
4. La incorporación de la instrucción preliminar probatoria constituye un avance trascendental para el mejoramiento del sistema de justicia, que se inserta entre las técnicas de la denominada “justicia temprana” –medidas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia, tutelas de evidencia, ejecución provisional de las sentencias, estructuras monitorias y otras–. Con la particularidad de que su implementación requiere reformas legales comprensivas de aspectos orgánico - funcionales y, como técnica procesal adecuada, la amplificación de las tradicionales medidas de prueba anticipada para ser admitidas con amplitud y no supeditadas al requerimiento de la urgencia.
5. La instrucción preliminar atiende a un doble objetivo: a) como mecanismo auxiliar facilitador de la negociación temprana entre las partes, en base al material probatorio recogido y el esclarecimiento siquiera superficial y provisional de los hechos en cuestión. Deviene útil para la eventual decisión judicial

deberá soportar las costas de parte con independencia del resultado de la *litis* (TEIXEIRA DE SOUSA, M. *Um novo processo civil português: a la recherche du temps perdu?* n° 161. RePro, São Paulo, 2008. p. 208).

⁶¹ Una propuesta similar, aunque con variantes dignas de ser analizadas, es la que formula PROTO PISANI, A. *I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012*. n° 218. RePro, São Paulo, 2013. pp. 221 y ss., especialmente pp. 254 y ss.

homologatoria cuando el acuerdo alcanzado represente “una justa composición de los derechos en conflicto”; y b) como procedimiento de instrucción temprana de la causa, en el que las pruebas recogidas en contradictorio adquieren pleno valor suasorio en la eventual apreciación al tiempo de resolver sobre el mérito.

Referencias Bibliográficas

ANDREWS, Neil, “O moderno proceso civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra”. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. *En: Rev. dos Trib.* São Paulo, 2009.

_____. *Relações entre a Corte e as partes na era do case management.* RePro, São Paulo, n° 217, 2013.

ANSANELLI, Vincenzo, *Le prove a futura memoria nel diritto italiano.* RePro, São Paulo, n° 227, 2014.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, “Primeiros comentarios ao Novo Código de Processo Civil”. *En: Rev. dos Tribunais.* São Paulo, 2015.

BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales.* 5a. ed. Bogotá: Temis, 2001.

BERIZONCE, Roberto Omar, BERMEJO, Silvia Patricia y AMENDOLARA, Zulma, *Tribunales y proceso de familia.* La Plata: LEP, 2001.

BERIZONCE, Roberto Omar, *El costo del proceso (como sacrificio para el erario y como impedimento para el acceso a la justicia) en Derecho Procesal Civil actual.* Buenos Aires: Abeledo - Perrot/LEP, 1999.

BIAVATI, Paolo, *Argomenti di Diritto Processuale Civile.* Bologna: Bononia Univ. Press., 2011.

_____. *Tutela cautelare, anticipatoria y sumaria en la reforma italiana.* RDP. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni ed., 2009-2.

_____. *Tendencias recientes de la justicia civil en Europa.* RDP. Santa Fe, 2008-1.

CAPPELLETTI, Mauro, y GARTH, Bryant, *El acceso a la Justicia.* La Plata: ed. Col. Abogados La Plata, 1982.

CAPPELLITTI, Mauro, “Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil (reformas y tendencias evolutivas en la Europa occidental y oriental)”. *En: Proceso, ideologías y sociedad.* trad. S. Sentis Melendo y T.A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediar, 1974.

CARPI, Federico, y TARUFFO, Michele, *Commentario breve al Codice di Procedura Civile.* Cedam, Padova, 5ª. ed., 2006.

CHASE, Oscar, *Law, culture and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context.* New York: New York University Press, 2005. Versión de la traducción castellana de MARTÍN DIZ, Fernando, *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de*

resolución de controversias en un contexto intercultural. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, *passim*.

COMOGLIO, Luigi Paolo, “Garantías mínimas del ‘proceso justo’ civil en los ordenamientos hispano-latinoamericanos”. *En: Rev. Iberoam. Der. Procesal.*, v. 2. Buenos Aires. 2002.

_____ *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionale*. Riv. Dir. Proc., Cedam, Padova, 2000.

Controversie colettive, tranzazione e conciliazione in Inghilterra. RePro, n° 169, 2009.

COUTURE, Eduardo J., *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. Montevideo, 1945.

DALLA BONTÁ, Silvana, “La original actuación en Italia de la Directiva 2008/52/CE”. *En: Civil Procedure Review*. v. 2, n° 2. 2011. Disponible en: (www.civilprocedure-review.com).

DAMASKA, Miriam, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago de Chile: ed. Juríd. de Chile, 2000. *passim*.

DE LAZZARI, Eduardo Néstor, *La ejecución provisoria de la sentencia como tutela de urgencia y de evidencia*. Buenos Aires: La Ley, 2013-F.

FISS, Owen, *Contra la conciliación en El derecho como razón pública*. trad. E. Restrepo Saldarriaga. Madrid – Barcelona - Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.

GIANNINI, Leandro Julio, “¿Es la mediación obligatoria en Argentina un instrumento de acceso a la justicia?”. *En: Rev. Iberoam. Der. Proc., Rev. dos Tribunais*. vol. 2. São Paulo, 2015.

_____ *La homologación judicial de los acuerdos en mediación en la misma obra*.

GILLES, Peter, *Civil Justice Systems and Civil Procedures in conversion*. RePro, São Paulo, n° 173, 2009.

GRECO, Leonardo, *A reforma do direito probatorio no processo civil brasileiro*. RePro, São Paulo, n° 240, 2015.

GUZMÁN, Néstor Leandro, *Análisis crítico de la implementación de los métodos alternativos de solución de conflictos*. RDP, Buenos Aires, 2010-2.

HAAS, Ulrich, y BOCUCCI, Daniele, *Il rapporto tra il giudice e le parti nell diritto tedesco*. RePro, São Paulo, n° 197, 2011.

KERN, Christoph A., *Percepção, perfomance e política: recentes formas de abordagem da comparação qualitativa dos sistemas de justica civil*. RePro, São Paulo, n° 198, 2011.

LEIBLE, Stefan, *Proceso civil alemán*. Bib. Jur. Dike, Bogotá: K. Adenauer S., 1999.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil. Parte General. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*. 8ª ed. Bogotá: Dupré ed., 2002.

MAGGI, Francesca, y CARLETTI, Fabrizio, *I provvedimenti di istruzione preventiva en Il processo cautelare, a cura di G. Tarzia e A. Saletti*. 3a. ed. Cedam, Padova, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz y MITIDIERO, Daniel, "Curso de Processo Civil". En: *Rev. dos Trib.* v. 2. São Paulo, 2015.

MENDEZ, Héctor Oscar y MENDEZ, Agustina María, *Globalización y justicia*. J.A., Buenos Aires, fasc. 11, 2011-III.

MITIDIERO, Daniel, *Anticipação da tutela*. São Paulo: Edit. dos Trib., 2013.

MORELLO, Augusto Mario, *El proceso justo*. 2ª. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis - LEP, 2005. *passim*.

PÉREZ RAGONE, Alvaro J., y ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*. Montevideo: K. Adenauer Stiftung, 2006.

PEYRANO, Jorge Walter, *El dictado de decisiones judiciales anticipadas. El factor "evidencia"*. Buenos Aires: La Ley, 2011-B; *id. La tutela anticipada de evidencia*. Buenos Aires: La Ley, 2011-C.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, *A mediação judicial no novo CPC en Desvendando o novo CPC*. D.G. Ribeiro y M.F. Jobim org. Porto Alegre: Liv. Do Advogado ed., 2015.

PROTO PISANI Andrea, *I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012*. RePro, São Paulo, n° 218, 2013.

SALETTI, Achille, "El nuevo régimen de las medidas cautelares y posesorias". En: *Rev. Peruana de Der. Proc.* XI Lima: Communitas, 2008.

STÜRNER, Rolf, *Sobre as reformas recentes no direito alemão*. RePro, São Paulo, n° 193, 2011.

TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *Um novo processo civil português: a la recherche du temps perdu?* RePro, São Paulo, n° 161, 2008.

VALLESPÍN PÉREZ, David, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2002. *passim*.

VARGAS VIANCOS, Juan Enrique, *Eficiencia en la justicia en Sistemas Judiciales*. CEJA, S. de Chile, N° 6, 2003.

VIGORITI, Vincenzo, *Giustizia e futuro: conciliazione e class action*. RePro, São Paulo, 2010, n° 181.

VILLA, Pedro Sebastián, *La etapa preliminar al proceso civil*. En: XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal. Ponencias generales. Fac. de Derecho UBA-AADP, Buenos Aires, 2009.

XIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, con relato general de ANDREWS, Neil y GROEN, Bart, insertos en: *Direito Processual Comparado*. XIII Word Congress of Procedure Law. Ada PELLEGRINI GRINOVER y Petronio CALMON coord., Forense, R. de Janeiro, 2007.

OS STANDARDS PROBATÓRIOS COMO MÉTRICA DA VERDADE: EM BUSCA DE PARÂMETROS OBJETIVOS PARA A RACIONALIZAÇÃO DAS DECISÕES SOBRE OS FATOS*

*Marcella Alves Mascarenhas Nardelli***

*Fabiana Alves Mascarenhas****

Resumen

En este artículo se pretende analizar la búsqueda de la verdad como uno de los principales objetivos del proceso judicial, desde la concepción de Michele Taruffo. Por lo tanto, un enfoque interesante es el del reconocimiento de que el procedimiento de verificación de los hechos debe guiarse por nociones epistemológicas fundamentales para establecer

Recibido: marzo 28 de 2016 – Aprobado: julio 13 de 2016.

- * El artículo es inédito y no hay sido presentado en cualquier congreso o ponencia. Para citar el artículo: MASCARENHAS NARDELLI, Marcella y ALVES MASCARENHAS, Fabiana. Os standards probatórios como métrica da verdade: em busca de parâmetros objetivos para a racionalização das decisões sobre os fatos. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 44, julio- diciembre. 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 45- 66.
- ** Professora Assistente de Direito Processual Penal na Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF (Juiz de Fora, Brasil). Professora do Curso de Especialização em Ciências Penais da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Mestre em Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos (Campos dos Goytacazes, Brasil). Doutoranda em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (Rio de Janeiro, Brasil).
- *** Professora de Direito Processual na Universidade Veiga de Almeida – UVA (Rio de Janeiro, Brasil). Mestre e Doutoranda em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense –UFF (Niterói, Brasil). Mediadora Judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJ/RJ (Brasil). Pesquisadora do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais da Universidade Federal Fluminense – LAFEP/UFF. Bolsista CAPES.

el mejor modo de aproximarse a la verdad. En este contexto, se puede concluir que los estándares de prueba sólo cumplen con el propósito de determinar si es posible considerar las hipótesis fácticas probadas si son elaborados de una manera objetiva y racional, así como preconiza Larry Laudan. Las concepciones de Taruffo acerca de la verdad en el proceso y de Laudan acerca de la objetividad de los estándares contribuyen a la ansiada racionalización de las decisiones judiciales.

Palavras-chave: búsqueda de la verdad; pruebas; epistemología; estándares de prueba; razonamiento probatorio.

Abstract

This essay aims to explore the pursuit of the truth as one of the main goals of the juridical process, based on Michele Taruffo's conception. Thus, an interesting approach is to recognize that procedures of facts verification should be guided by fundamental epistemological notions to establish the best way to approach the truth. In this context, it is possible to conclude that the proof legal standards will only be capable to fulfill its role to determinate if it's possible to consider the main facts as proved if established by objective and rational means, as argued by Larry Laudan. Taruffo's conceptions about the truth in the process and Laudan's view about the objectivity of the standards contribute to the awaited rationalization of judicial decisions.

Keywords: Truth finding; evidence; epistemology; standards of proof; evidential reasoning.

Introdução

Existem opiniões muito variadas em torno do problema de se a verdade dos fatos possa ou deva ser considerada como uma finalidade do processo judicial, bem como em que medida e sob quais limitações deva ser buscada.

A despeito de não ser este um questionamento novo, nem tampouco próprio da ciência jurídica, já que presente também na cultura filosófica, bem como objeto de estudo de outras ciências, o problema da definição da verdade segue relevante e não parece caminhar para um consenso.

Interessante ressaltar que, para além de se estabelecer uma adequada definição de verdade, o que passa necessariamente por uma análise filosófica e será tratado em seguida, é patente que a verdade é um valor de extrema relevância no âmbito do Estado Democrático de Direito.

A verdade buscada no processo não é distinta da que se busca em outras ciências. A mais significativa diferença é que a atividade processual possui algumas regras

específicas guiadas por outros valores –igualmente relevantes– e que acabam por condicionar e limitar tal descoberta. Apesar disso, a função primordial do processo e da atividade probatória é a determinação da verdade dos fatos, compreendida em sua concepção de correspondência com a realidade exterior.

Importa deixar consignado que instituir tal objetivo não significa defender ingenuamente que a decisão adotada sobre os fatos corresponderá, necessariamente, à afirmação da verdade dos mesmos, tal como ocorreram na realidade. No entanto, também não é razoável admitir as concepções que defendem que a decisão adotada corresponde unicamente à crença (ou convicção) do juiz acerca da verdade. A crença situa-se no plano subjetivo e, portanto, insuscetível de controle, o que torna tal visão inapropriada.

Afigura-se mais adequado, portanto, a compreensão da decisão sobre os fatos no sentido da aceitação pelo julgador da verdade de uma dada proposição, em razão de ter a mesma atingido um certo grau de confirmação exigido por um parâmetro aplicável ao caso, com base nos elementos probatórios disponíveis. Isso significa que o juiz deverá valorar as provas segundo os critérios racionais, decidindo em favor da hipótese que possui amplo suporte corroborativo a partir do conjunto probatório, de modo a satisfazer os referenciais de decisão estabelecidos juridicamente. Vale lembrar que isso deve ser feito a despeito de o quanto intimamente convencido esteja ele acerca da verdade da hipótese contrária, uma vez que se reconhece a diferença entre “crença” e “prova”. Crer na verdade de um enunciado não é razão suficiente para considerá-lo provado. Esta última hipótese depende da satisfação de parâmetros objetivos¹.

Por outro lado, a liberdade atribuída ao julgador para formar seu convencimento não deve ser concebida como autorização para decidir segundo sua intuição. A ação de julgar deve ser concebida como uma atividade racional, científica e fundamentada nas provas praticadas, conforme Miranda Estrampes². Deste modo, “el juzgador deberá valorar, ineludiblemente, las pruebas de acuerdo con las ‘reglas de la sana crítica’, del ‘criterio racional’ o del ‘criterio humano’; es decir, de acuerdo con las reglas de la lógica, de la psicología, de la sociología y de la experiencia”³.

Paralelamente, considerando-se que no processo a verdade é geralmente concebida em termos de probabilidade, dada a falibilidade do conhecimento humano, o convencimento judicial poderá ser, nesses termos, mais ou menos sólido, a depender do conjunto probatório levado à sua apreciação. Para tanto, entram em

¹ Sobre o tema ver: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y Verdad en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997, p. 125.

³ MIRANDA ESTRAMPES. *Op. cit.* p. 153.

cena os chamados standards de prova. Também compreendidos como *quantum of proof*, conforme Ian Dennis⁴, referem-se ao grau de probabilidade segundo o qual os fatos devem ser provados para serem tidos como verdadeiros.

Em um primeiro momento será abordada a concepção da verdade que se considera mais acertada dentro da dinâmica processual a fim de orientar a configuração da atividade probatória, o que se fará principalmente a partir das posições defendidas por Michele Taruffo.

Paralelamente, considerando que a definição judicial da verdade dos fatos no processo não pode se limitar à subjetividade de seu convencimento, exsurge a relevância da fixação de determinados graus de confirmação a serem atingidos a depender do conjunto probatório disponível, os quais poderão ser mais ou menos rigorosos em face da matéria e dos bens jurídicos tutelados. É nesse contexto que entra em relevo o alerta de Larry Laudan sobre a necessidade de que esses standards sejam estabelecidos de forma objetiva, sob pena de sua total inutilidade. Em vista disso, a segunda parte do trabalho buscará apresentar as observações do autor e suas propostas destinadas a reduzir os riscos de subjetividade na determinação judicial da verdade.

Parece relevante aliar a visão da busca da verdade, da maneira tratada por Michele Taruffo, especialmente no tocante à dimensão epistêmica do processo, com as observações de Larry Laudan, no sentido da necessidade de fixação de standards probatórios objetivos. Tais posições se completam e parecem caminhar rumo à almejada racionalização das decisões judiciais.

1. A verdade como valor

Analisando a verdade como valor nos âmbitos social, político e jurídico, Taruffo⁵ procura estabelecer algumas premissas importantes.

Em primeiro lugar, em relação à verdade como valor social, esta teria uma função importante no aspecto moral, o que, segundo o autor, estaria relacionado às regras que cada pessoa segue ou não em seu comportamento dentro de uma sociedade. Sendo assim, é difícil apontar um sistema ou conjunto de regras morais em que não se preze pela verdade e não seja condenada a falsidade⁶.

Da mesma forma, quando se pensa em qualquer sistema ético, é muito difícil imaginar algum que legitime a mentira, de modo a ser cabível afirmar que a verdade

⁴ DENNIS, Ian. *The Law of Evidence*. 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2010. p. 450.

⁵ TARUFFO, Michele. La Verdad como Valor Social y Jurídico. In: *Proceso y decisión: lecciones mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 41.

⁶ *Ibidem*.

cumprir uma função importante no entorno da vida em sociedade. O autor frisa, com respaldo nos teóricos da comunicação social, que a própria comunicação entre os indivíduos tem como pressuposto um dever de dizer a verdade, eis que não se poderia legitimar uma comunicação baseada em falsidades⁷.

No aspecto político, no âmbito dos sistemas democráticos, ainda maior seria o valor atribuído à verdade, já que esta deve nortear as relações de poder estabelecidas entre os seus detentores e os cidadãos. Se a verdade não se apresenta em uma medida correta nessas relações, estar-se-á diante de um *déficit* de democracia.

O autor lembra que historicamente os sistemas totalitaristas foram fundados na mentira, repetindo o slogan de Joseph Goebbels, ministro da propaganda do Reich, para quem “uma mentira repetida mil vezes acaba se tornando verdade”; e também Stalin, que ordenava que se alterassem os livros de história, não para adequá-los à realidade, mas para ajustá-los ao que ele considerava apropriado e conveniente. Taruffo conclui que o valor político da verdade é um dos elementos da Democracia⁸.

É claro que algumas estratégias do exercício do poder político podem limitar essa verdade em virtude de questões relevantes de ordem pública ou de segurança nacional. Porém, deixar de revelar a verdade de modo fundamentado e com base em outros valores relevantes não significa legitimar uma mentira ou faltar com a democracia.

Em seguida, finalmente, o autor se põe a analisar se seria a verdade também considerada um valor jurídico. Já de antemão explica que em uma determinada sociedade na qual a verdade é um valor moral que pauta a vida social, as comunicações e também a política, não seria possível deixar de admitir a verdade como valor no âmbito do Direito. Seria como dizer que o Direito não tem qualquer relação com a moral ou com o funcionamento da sociedade.

2. A verdade e o processo

No âmbito do Direito, as normas previstas abstratamente pelo legislador pressupõem, para sua concretização, uma determinada situação fática verificada na realidade. No direito penal, por exemplo, deve ser aplicada a pena para quem pratique uma determinada conduta prevista. Se não há uma preocupação em apurar, verdadeiramente, se a conduta foi ou não praticada na realidade para que, somente então, seja a pena aplicada, o direito será um mecanismo de perpetuação de injustiças. Assim sendo, uma correta aplicação do direito pressupõe uma adequada verificação dos fatos lastreada na verdade, motivo pelo qual não há como desvincular Direito e verdade.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*. p. 42.

No mesmo sentido Greco⁹ ressalta que “a ideia de Justiça como objeto do Direito sempre esteve axiologicamente ancorada no pressuposto da verdade, ou seja, na incidência das normas jurídicas sobre a realidade da vida tal como ela é”. E continua, constatando que “os indivíduos somente se sentem eticamente motivados a conviver sob o império da lei, quando sabem que a justiça vai dar a cada um o que é seu, em conformidade com a verdade”.

Não se pode olvidar, como ainda alerta o professor, que uma das maiores ilusões que a consciência democrática contemporânea pode difundir na sociedade é a de que, no Estado de Direito, todo aquele que tiver um direito lesado ou ameaçado receberá do Estado a mais ampla e eficaz tutela jurisdicional apta a lhe assegurar o seu pleno gozo. Isso porque, apesar de ser certo que o direito nasce dos fatos, até hoje não houve nenhuma ciência ou saber humano que fosse capaz de empreender sua reconstrução de forma absolutamente segura e aceita por todos, para que o juiz pudesse se limitar a dizer o direito aplicável¹⁰.

Essa reflexão acerca de se a verdade está ou não ao alcance do juiz por meio do processo foi responsável por originar uma série de concepções céticas que inclusive chegam a negar a verdade como um fim do processo.

Taruffo analisa essas concepções céticas em três perspectivas: a de impossibilidade teórica; a de impossibilidade ideológica e a de impossibilidade prática de o processo alcançar a verdade.

Sobre a impossibilidade teórica, estaria ela relacionada com uma negação geral da possibilidade de se estabelecer a verdade de qualquer coisa. Esta concepção vem relacionada a um ceticismo filosófico radical que exclui a cognoscibilidade da realidade¹¹. O autor aponta os argumentos das correntes filosóficas que sinalizam para a impossibilidade teórica de alcançar a verdade no processo, dentre os quais, são citados aqueles que se baseiam em premissas de psicologia ou de sociologia do conhecimento. Em relação às primeiras, cuidam dos argumentos da falibilidade e imprecisão, complexidade e variabilidade dos métodos cognoscentes, impeditivos à obtenção de um conhecimento verdadeiro dos fatos, especialmente no âmbito do processo. Em relação às segundas, seriam os argumentos segundo os quais os procedimentos cognitivos estão impregnados por condicionantes sociais que determinam a inexistência de uma forma objetiva de apuração dos fatos de um modo geral, bem como no âmbito específico do processo¹².

⁹ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 92.

¹⁰ *Ibidem*. p. 83.

¹¹ TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2005. p. 28.

¹² *Ibidem*. p. 35.

Taruffo cita também algumas concepções de impossibilidade ideológica e prática que desvinculam o processo da busca da verdade, no que explica que há ao menos dois tipos de razões pelas quais o conceito de verdade dos fatos no processo é altamente problemático no plano da definição do papel das provas¹³.

O primeiro tipo de razões, que se liga às concepções de impossibilidade prática de alcançar a verdade, refere-se à contradição entre verdade formal (ou processual) – que se estabelece no contexto do processo, e verdade real – que somente seria apurada fora do processo. Essencialmente, se trata de saber se há identidade entre essas duas concepções. Segundo os juristas, haveria, de um lado, uma verdade processual, estabelecida no processo por meio das provas e pelos procedimentos probatórios e, por outro lado, a verdade material, histórica, insuscetível de ser alcançada pelas provas judiciais. No entanto, como fora bem observado, essa distinção é inaceitável, vez que parece insustentável a ideia de uma verdade judicial totalmente distinta e autônoma da verdade ocorrida no espaço e no tempo.

Como mostra o autor italiano, a justificativa para essa distinção parece consistir na circunstância de que no processo existem normas relativas à atividade probatória, que acabam por, inevitavelmente, condicionar a apuração dos fatos, além também da existência de regras que põem fim à busca da verdade (como exemplifica o autor com a coisa julgada). Ao contrário, fora do processo, não haveria qualquer tipo de limitação à busca da verdade¹⁴.

Ainda com Taruffo, sobre as regras probatórias que podem limitar ou condicionar a busca da verdade, não significa que estas levem a uma verdade diferente da que se possa descobrir fora do processo. O que ocorre é um *déficit* na apuração da verdade que ocorre no processo em virtude de regras que limitam a introdução de provas relevantes à apuração dos fatos, o que pode levar a uma verdade limitada, incompleta, ou, nos casos mais graves, não se apura verdade alguma. Finaliza o autor asseverando que o problema não concerne à verdade, mas aos limites dentro dos quais a disciplina do processo consente que essa seja apurada.

O segundo tipo de razões para a problemática que envolve a prova e a verdade dos fatos se refere ao lugar que se atribui à verdade na teoria do processo, o que se relaciona com as concepções de impossibilidade ideológica de se alcançar a verdade. Para os que consideram que a função do processo é tão somente a de colocar fim às controvérsias, conforme Taruffo, tende-se a excluir que este deva ser orientado para a comprovação da verdade dos fatos. Nesse sentido, a busca da verdade poderia até mesmo ser vista como obstáculo prático para a consecução rápida do fim de solução da controvérsia. Quem, por outro lado, considera que a função do processo

¹³ *Ibidem.* p. 24.

¹⁴ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. pp. 106 - 107.

é a aplicação da lei ao caso concreto, a concretização de direitos e a garantia efetiva dos direitos fundamentais, tende a atribuir à comprovação da verdade dos fatos um valor instrumental, que se deve perseguir em vista do fim principal do processo representado pela formulação de uma decisão juridicamente correta¹⁵.

É comum encontrar teorias que resolvem o impasse simplesmente afirmando que não é objetivo do processo a busca da verdade, visto que seu objetivo seria simplesmente a resolução das controvérsias e não a produção de decisões verdadeiras. Assim, a única verdade que interessaria ao processo seria aquela estabelecida pelo juiz na sentença já que, fora esta, nenhuma outra é do interesse do Estado, da administração da justiça ou, muito menos, das partes. Porém, como o próprio autor observa, apoiado nas lições de Twining, essa constatação leva a uma contradição entre a teoria da prova e a teoria do processo. A primeira estabelece que a função da prova consiste em estabelecer a verdade dos fatos, enquanto a segunda diz, ao contrário, que a função do processo não consiste, em absoluto, na determinação da verdade dos fatos. Restaria inexplicado, assim, para que serviriam as provas no processo, já que estas estão dirigidas a produzir resultados nos quais o processo não estaria interessado¹⁶.

Parece equivocado afirmar que o processo não estaria interessado na determinação da verdade dos fatos, até porque, mesmo que se conceba o processo como instrumento para resolver conflitos, essa resolução não seria justa enquanto totalmente dissociada da verdade histórica.

Como bem constatou Greco, a sociedade do nosso tempo não mais se contenta com qualquer reconstrução dos fatos, mas apenas com aquela que a consciência coletiva assimila e aceita como autêntica, porque a exata reconstituição dos fatos é um pressuposto fundamental de decisões justas e da própria eficácia da tutela jurisdicional dos direitos¹⁷.

No entanto, uma decisão judicial que se pretende por justa – e é certo que a justiça das decisões é um valor a ser tutelado em um Estado Democrático de Direito – deve estar inequivocamente assentada em pressupostos fáticos verdadeiros, o que, por sua vez, depende de uma atividade adequada de reconstrução dos fatos.

Ademais, o estudo da prova e a busca pela verdade¹⁸, como condições para se atingir os mais importantes objetivos da atividade processual, assim como a respon-

¹⁵ TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre Prueba y Verdad. In: _____. *Sobre las fronteras: Escritos sobre la justicia civil*. Trad. Beatriz Quintero. Bogotá: Editorial Temis, 2006. p. 263.

¹⁶ TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Op. cit. pp. 26-27.

¹⁷ GRECO, Leonardo. “A Verdade no Estado Democrático de Direito”. In: _____. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 495.

¹⁸ “A própria estrutura do processo civil depende do problema da verdade, e, então, não se trata de uma simples adaptação técnica do instrumento judiciário a um objetivo determinado,

sabilidade social impregnada no processo, nunca tiveram tanta relevância como nos dias atuais, com a natural evolução das sociedades, e, portanto, do próprio direito. Neste sentido, “a progressiva humanização do processo acarretou, em primeiro lugar, a destruição do primado simbólico e religioso da forma e depois obrou com que se atribuísse maior importância aos seus fins sociais e políticos”¹⁹.

A partir daí a prova assumiu posição de destaque no relevo do processo, seja por representar uma “ponte” entre o direito material e o processual, seja por constituir o caminho imprescindível para que o processo perquiria seu fim, qual seja, a determinação verdadeira dos fatos.

3. A dimensão epistêmica do processo e os standards de prova

Como já anteriormente enfatizado, a verdade buscada no processo não é distinta da que se busca em outras ciências, a mais significativa diferença é que a atividade processual possui algumas regras específicas guiadas por outros valores –igualmente relevantes– e que acabam por condicionar e limitar a descoberta da verdade.

Mesmo que seja cediço que a natureza humana não é capaz de chegar a uma verdade absoluta, considera-se um dever de honestidade empenhar-se com todas as forças a fim de se aproximar o máximo possível deste ideal. Deste modo, no processo, mesmo com o convencimento de que a sentença final pode não ser mais que um juízo de verossimilhança, é mister que todo o procedimento esteja ordenado a fazer a mais profunda e controlada investigação possível da verdade tal como ela é, de modo a se reduzir ao mínimo a distância entre esta e aquela alcançada pelo processo.

Nesta esteira, uma decisão que se quer por justa não pode se contentar com qualquer verdade fática, emanada do arbítrio do julgador, sob pena de transformar o direito subjetivo em um direito aleatório, como assevera Leonardo Greco²⁰, conforme os fatos dos quais resulta fossem reputados verdadeiros ou não segundo a conveniência do juiz, suportando a possibilidade de, diante das mesmas provas, outro juiz recusar essa veracidade. O autor continua a indagação citando Gian Franco Ricci,

mas se trata, sobretudo, de uma escolha de natureza política no que respeita às formas e aos objetivos da administração da justiça civil. No processo, com efeito, a verdade não é um fim em si mesma, mas é necessário buscá-la enquanto condição para que haja uma justiça “mais justa”. MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. “A prova”. Tradução Teresa Celina de Arruda Alvim. *Revista de Processo*. São Paulo. n.16. out/dez 1979. p. 168.

¹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva.,2003. p. 217 - 218.

²⁰ GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. *In: _____. Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. pp. 357 - 392.

no sentido de que o acerto da verdade deve ser o único modo para o processo atingir os seus fins, devendo este ser demonstrativo, e não simplesmente retórico, valendo-se de preferências pessoais do julgador²¹.

A fim de se alcançar a desejada verdade do processo, Augusto Morello, da escola processual argentina, aponta que deve-se manejar, e ter à disposição, um procedimento que facilite e concorra para a obtenção desta verdade, com oportunos e necessários fatores para a eficácia de tal mecanismo, dentre outros que se dispõe a tais propósitos, representando “linhas de tendências”: a redução de regras de exclusão dos meios de prova; a introdução de instrumentos que assegurem a aquisição da prova; a extensão do poder de iniciativa instrutória do juiz; a adoção de um método eficaz para a assunção e prática da prova; o critério de livre valoração da prova²².

Tal flexibilização da questão probatória na seara processual argentina também se reflete no processo de família, onde Kielmanovich aponta como princípio norteador dos conflitos complexos de família o princípio do *favor probationes*, sugerindo que nos casos de dúvidas objetivas e especialmente de dificuldades probatórias, deve-se optar por um critério amplo em favor da produção, admissão e eficácia das provas, além de uma profunda e sensível exploração da pessoa e de seu entorno:

“(…) Así, si se repara en las dificultades que apareja, por ejemplo, la demostración del adultério, la filiación, la impotencia, etcétera, fácilmente se concluye que el Derecho, y en particular el derecho procesal familiar, ha debido encontrar nuevas **técnicas para permitir y favorecer** la reconstrucción de hechos que, como los mencionados, no suceden a la luz del día ni a la vista de terceros, y se rodean, antes bien, de recaudos que deliberadamente apuntan a impedir su prueba o a tornarla muy dificultosa”²³.

A partir do momento em que se compreende a verdade como um valor importante a orientar os esforços empregados na dinâmica processual, cumpre analisar se, e em que medida, o processo pode ser considerado “um instrumento epistemologicamente válido e racional, ou seja, se esse é um método eficaz para a descoberta e a determinação da verdade dos fatos em que se funda a decisão”^{24,25}, a despeito das regras procedimentais peculiares que o caracterizam.

²¹ *Ibidem*.

²² MORELLO, Augusto. *La prueba: tendencias modernas*. 2. ed. La Plata: Libreria Editora Platense, 1998. p. 42.

²³ KIELMANOVICH, Jorge. *Procesos de Familia*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1998. p. 22.

²⁴ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 159.

²⁵ Em sentido semelhante: LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013; DAMAŠKA, Mirjan. “Epistemology and legal regulation of proof”. *In: Law, probability and risk*. nº 02, 2003. pp. 117 - 130.

O procedimento probatório, em seu conjunto, engloba diferentes fases que vão desde a postulação e conseqüente admissão, passando pela efetiva produção e culminando com a valoração das provas, esse, sem dúvida, o momento mais relevante, vez que nele se concentra todo o resultado da atividade probatória. Em sendo a prova o instrumento de que se vale o juiz e as partes para estabelecer a verdade dos fatos –o que não é diferente do que ocorre na investigação dos fatos nas mais variadas áreas do conhecimento–, é pertinente a análise geral acerca das normas que disciplinam esse procedimento probatório, a fim de verificar se são capazes de conduzir o julgador por um processo de decisão racionalmente válido e se podem ser consideradas epistemologicamente adequadas para este propósito ou se, em sentido contrário, atuam por finalidades outras que não a da descoberta da verdade. Paralelamente, identificando-se as normas contra-epistêmicas, deve-se verificar se sua manutenção é indispensável e justificável por outros valores igualmente relevantes, bem como o que pode ser feito para atenuar os efeitos desse desvio²⁶.

Larry Laudan, grande epistemólogo norte-americano, realiza interessante análise acerca da perspectiva epistêmica do processo penal. O autor alude a três conjuntos de valores que normalmente governam os sistemas de justiça penal. Um primeiro conjunto seria composto de valores extra-epistêmicos, que se relacionam às normas que visam a proteger os direitos do acusado, o devido processo legal, dentre outros, mas nenhum deles voltado à busca da verdade. O segundo conjunto de valores é denominado pelo autor de núcleo duro da epistemologia jurídica e se compõe pelas normas que visam reduzir ou minorar a probabilidade de um juízo errôneo. Finalmente, o terceiro grupo de valores é denominado por Laudan como núcleo débil da epistemologia jurídica, onde o interesse das normas não é em reduzir os erros na busca da verdade, mas em distribuí-los de uma maneira particular, segundo uma decisão política de acordo com a qual certo tipo de erro é menos aceitável que outro²⁷.

²⁶ Tendo em vista a concepção de prova como direito e dentro da perspectiva de sua função demonstrativa, quanto maior a gama de informações disponíveis ao juiz para que desenvolva essa função cognitiva, mais próximo estará da descoberta da verdade. Por esse motivo, as limitações probatórias devem ser analisadas com certa cautela para evitar qualquer tipo de entrave à função epistêmica do processo. É certo que alguns desses obstáculos que poderão representar uma maior dificuldade na descoberta da verdade se justificam no processo para salvaguardar outra ordem de valores e, por tal motivo, deverão ser mantidos para evitar que o processo represente uma violação indevida a direitos igualmente relevantes. Conforme salienta Greco, “a verdade não pode ser obtida a qualquer preço, pois o Estado de Direito, assentado na dignidade de todos os seres humanos e na eficácia concreta dos seus direitos fundamentais, não pode admitir que a tutela dos direitos de uns se faça com o sacrifício de um núcleo intangível dos próprios direitos fundamentais de outros”. Cf. GRECO. *Instituições de Processo Civil*. Op. cit. p. 120.

²⁷ LAUDAN. Op. cit. p. 97.

Assim, a partir de uma escolha política de que condenar um inocente é mais abominável que absolver um culpado, algumas normas se dirigem a direcionar os eventuais erros nas decisões para a segunda hipótese. O processo penal possui várias diretrizes nesse sentido, como a presunção de inocência, o *in dubio pro reo*, a ideia segundo a qual a acusação é quem deve suportar o ônus da prova e, enfim, os standards probatórios.

As normas processuais destinadas a regular a atividade probatória abrangerão as diferentes fases que dizem respeito ao direito à prova, quais sejam, o direito à admissão processual das provas relevantes para demonstrar a veracidade dos fatos e à sua efetiva produção, e o direito à sua valoração racional pelo julgador, culminando em uma decisão justa. Em cada um desses momentos podem ser compreendidas as regras que dispõem, respectivamente, sobre a formação do conjunto probatório (onde se situam as eventuais limitações probatórias e as consequentes regras de exclusão de provas), seguidas das que tratarão do procedimento para sua produção, além das diretrizes para nortear a atividade valorativa do julgador, as quais trarão os parâmetros a serem considerados no momento de decidir a favor de uma ou outra hipótese fática.

Para que se possa alcançar um modelo de processo que se amolde aos ditames de uma concepção racionalista da prova é necessário adequar o procedimento probatório ao fim da determinação da verdade dos fatos segundo um ideal de correspondência, o qual conceba a prova como instrumento metajurídico apto a realizar a verificação das hipóteses segundo os métodos adequados da investigação científica.

Os cânones racionais da ciência podem ajudar o julgador no raciocínio sobre as provas de modo a verificar o que se pode racionalmente inferir a partir do conjunto probatório disponível. A valoração permitirá outorgar a cada uma das hipóteses fáticas em conflito um determinado grau de confirmação - que nunca será igual à certeza absoluta. Porém, a questão da definição do *quantum* de confirmação se faz necessário para que se possa considerar uma hipótese como provada ou não, já não é mais uma questão científica, é uma decisão política²⁸.

No caso do processo penal, por exemplo, o método científico de valoração só permite dizer que a hipótese de o réu ser culpado possui maior suporte probatório do que a dele ser inocente. Porém, a definição do quanto de suporte probatório é necessário para que se possa seguramente condená-lo é uma questão a ser regulada pelo direito, de modo a distribuir as chances de erro entre as partes, de acordo com os valores em jogo.

E isso não faz com que o processo seja diferente das outras áreas, a exemplo do que ocorre em uma pesquisa farmacêutica para considerar a eficácia de certo medica-

²⁸ Nesse sentido, BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

mento: a decisão acerca de sua segurança também estará sujeita a um determinado *standard* a ser definido pela comunidade farmacêutica, de modo que normalmente deverá exigir uma margem grande de segurança em virtude dos potenciais riscos de danos à saúde. Por outro lado, o *standard* do historiador é normalmente mais baixo, já que os valores envolvidos e uma eventual hipótese de erro não são tão prejudiciais.

Para o presente ensaio, serão alvo de análise apenas as questões relativas à atividade valorativa no que toca aos *standards* de prova –que exprimem o grau de convencimento exigido para lastrear uma decisão–, mais especificamente o *standard* que costuma ser exigido para uma condenação penal. O problema que se apresenta, em consonância com o anteriormente exposto, é a excessiva subjetividade que permeia a formação do convencimento do julgador, o que é agravado pelo caráter subjetivo dos *standards* de prova, como relatou Laudan²⁹. A subjetividade do *standard* implica no afastamento do processo ao fim almejado da busca da verdade em seu ideal de correspondência, ficando muito mais próximo, ao contrário, das concepções subjetivas de verdade, as quais consideram a formação do convencimento do julgador como objetivo primordial do processo.

A análise de Laudan parte de uma perspectiva inerente ao direito anglo-americano, onde são três os mais conhecidos *standards* de prova comumente utilizados, quais sejam, *evidence beyond a reasonable doubt*, para casos criminais, *preponderance of evidence* nos casos civis e *clear and convincing evidence* também utilizado em causas civis, mas naquelas em que se põe em pauta a liberdade individual³⁰.

O *preponderance of evidence* seria o critério menos exigente em termos de prova, requer a verificação se o autor da pretensão provou os fatos de modo que estes pareçam mais prováveis de serem verdadeiros do que falsos. Paralelamente, em alguns casos cíveis utiliza-se o *clear and convincing evidence*, que está situado em uma escala intermediária entre o anterior, de menor grau de probabilidade e o padrão criminal, que exige um maior rigor. Esse padrão justifica-se em algumas causas que, por haver uma certa restrição de direitos, exigiria uma maior carga probatória, embora não chegue a se assemelhar ao alto padrão de exigência para os casos criminais.

²⁹ LAUDAN. *Op. cit.* No mesmo sentido, em obra mais abrangente: _____. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp. 59 e ss.

³⁰ Garapon estabelece uma escala imaginária para comparação entre os três padrões de prova, sendo que o criminal, *evidence beyond a reasonable doubt*, exigiria uma probabilidade de mais ou menos 75%, enquanto o cível, *preponderance of evidence* exige mais de 50% de probabilidade. Em terceiro lugar, o *clear and convincing evidence*, situado em lugar intermediário, exigiria um nível de 60 a 65% de probabilidade. GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma Perspectiva Comparada*. Trad. de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 108.

Em terceiro lugar, sendo este o objeto da presente análise, situa-se o *evidence beyond a reasonable doubt*, em que se exige que a prova da acusação esteja além de uma dúvida razoável. Isso não significa que não possa haver dúvida, pois parte-se do pressuposto que esta sempre existirá, vez que a plena certeza é praticamente inacessível. O que se exige, outrossim, é que o fato adquira um certo grau de probabilidade que afaste a existência de qualquer dúvida que se mostre razoável sobre sua culpa, sendo esta entendida não como qualquer dúvida possível, mas como uma dúvida substancial surgindo sobre a prova³¹. No processo penal norte-americano o standard é direcionado, principalmente, aos jurados, uma vez que naquele contexto a instituição do júri ainda é muito presente.

Sendo assim, os jurados, após se deterem sobre as provas apresentadas pela acusação e defesa, devem decidir por condenar o acusado se, e somente se, tiverem chegado a um grau de certeza de que ele cometeu o delito, além da dúvida razoável. Por outro lado, se persiste uma dúvida razoável de que ele possa não ter cometido, deverão absolvê-lo.

Laudan se refere a um entendimento recorrente entre os juristas acadêmicos de se referir ao standard em termos de probabilidade bayesiana, quantificando-o em uma probabilidade de 90% a 95% de certeza. Por outro lado, os juízes preferem tratar o standard qualitativamente, como uma certeza moral, uma convicção íntima, firme, acerca da culpabilidade. O autor pretende demonstrar, no entanto, que ambos os juristas (acadêmicos e profissionais) não têm mais que uma compreensão superficial do que seja um standard probatório e do porquê de sua necessidade³².

O maior problema dos standards é, na visão do autor, a subjetividade de sua formulação e a falta de um método para sua aplicação e verificação. Quando se trata do júri, os juízes presidentes não fazem qualquer esforço para explicar aos jurados quais tipos de inferências ou que classe de evidências justificariam a formação de uma crença firme na culpabilidade do acusado, como se a simples expressão “dúvida razoável” fosse auto-evidente. Laudan explica que o ponto de vista oficial da Suprema Corte dos Estados Unidos acerca do standard é de que a condição

³¹ Sobre a formação do convencimento do julgador, MITTERMAIER estabelece: “Todas estas impresiones, todos estos impulsos en diversos sentidos, que los hechos producen en el juez establecen una especie de lucha entre los motivos en pro y en contra, y los que triunfan forman la convicción. La aguja de la balanza de la conciencia, por servirnos también de esta metáfora conocida, va y viene antes de fijarse, y sus movimientos establecen la proporción entre las razones de creer y negar los hechos en cuestión. Así, cuando las razones afirmativas la inclinan por su número y su peso, de tal suerte que ya no hay lugar ni aun a que suponer como posible la negativa, adquirimos la convicción positiva, al paso que si hay equilibrio, quedamos en la duda.” MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1857. p. 58.

³² LAUDAN. *Op. cit.* pp. 98 - 99.

necessária e suficiente para condenar o acusado em um juízo penal é a crença firme da culpabilidade por parte do jurado³³.

Veja-se com isso que toda a definição do standard e sua condição de verificação depende unicamente de um critério de certeza, um estado de firme crença, o qual constitui um convencimento inteiramente subjetivo, próprio de cada indivíduo e insuscetível de controle. Diante das mesmas provas apresentadas em um determinado caso, um corpo de jurados pode chegar a uma conclusão pela condenação, por estarem intimamente convencidos da culpa do acusado, enquanto outro, (considerando que o mesmo caso fosse submetido a outros jurados), poderia considerar existente uma dúvida razoável que obstaria a condenação. E tudo isso sem qualquer possibilidade de se compreender qual foi o raciocínio dos jurados, uma vez que ainda são predominantes os veredictos imotivados.

Em sendo o standard justamente um mecanismo destinado a nortear o julgador a decidir, é inconcebível que este, ao estabelecer o grau de convencimento que deve estar presente, se mostre inteiramente subjetivo e direcione sua aplicação para o âmbito particular da certeza individual, íntima. Quando foram analisadas anteriormente as concepções de verdade, procurou-se frisar que aquelas subjetivas são inadequadas para estabelecer o padrão aceitável da verdade que se busca no processo. Já alertando para o problema, a seguinte indagação fora feita por Greco: “será que a contingência do conhecimento científico deveria levar o jurista a contentar-se com a ideia de certeza em lugar da ideia de verdade?” A resposta foi, inevitavelmente, negativa:

“A ideia de certeza é restritiva em relação à de verdade, porque pode representar apenas um juízo subjetivo meramente resultante de uma persuasão retórica, ou até mesmo um juízo formal induzido por prescrições legais inteiramente distanciadas de qualquer fundamentação científica. Penso que não. A verdade, com os significados garantístico e político acima mencionados, tem de ser objetivamente controlável e controlada, para aproximar o processo da justiça, tendendo à reconstrução mais fiel possível dos fatos da causa. Para isso, o método da prova judiciária não pode diferir substancialmente do método de investigação das ciências experimentais, adotando critérios lógico-rationais comuns a essas ciências”³⁴.

Assim, a construção do standard e sua aplicação deve orientar o julgador a utilizar raciocínios válidos, semelhantes aos científicos, para verificar se uma hipótese pode ou não ser considerada provada diante das evidências apresentadas. Nesse sentido, Laudan explica que a finalidade de um standard em outras áreas de conhecimento científico (como nas ciências naturais, nas pesquisas clínicas em medicina, na

³³ *Ibidem*. pp. 99 - 100.

³⁴ GRECO. *Op. cit.* p. 96.

matemática, etc.) é de indicar ao investigador quando está autorizado a considerar um fato como provado, isto é, quando a relação entre a prova ou as premissas justifica a aceitação da conclusão como provada para os propósitos pretendidos. No âmbito do processo, ao contrário, o standard é parasitário do nível de confiança do jurado acerca da culpabilidade do acusado³⁵.

O grande equívoco em pensar assim, conforme o raciocínio do autor, é a inversão da ordem lógica das coisas. É como, segundo ele, os matemáticos estabelecerem que um teorema é verdadeiro a partir do momento em que estejam seguramente convencidos desta verdade. Ou, da mesma forma, dizer a um epistemólogo que a partir do momento que estejam plenamente convencidos de que existe uma conexão causal entre A e B, isso estaria provado. Ambas as situações seriam motivo de riso. O correto seria então, justamente o contrário, ou seja, o investigador não está autorizado a estar totalmente convencido de A até que (e a menos que) tenha uma prova de A (sendo que a firme convicção acerca de A não conta, em absoluto, como uma prova nesse sentido)³⁶.

Destarte, pode-se concluir que um standard de prova apropriado não depende de uma confiança subjetiva em uma hipótese, ao contrário, o standard indica quando esta confiança subjetiva está justificada. Fora do direito, a confiança racional em uma conjectura segue a sua prova, nunca a precede. No direito, tal confiança precede, certifica e, inclusive, constitui a prova³⁷.

Face a estas constatações, Laudan apresenta algumas amostras de standards adequados que poderiam ser estabelecidos, aptos a levar o investigador (juiz ou jurado) a raciocínios válidos. O autor ressalta que não está defendendo a adoção destes, apenas apresenta uma fórmula clara e objetiva de elaboração:

“(A) Se é crível a prova acusatória ou um testemunho que resultaria difícil de explicar se o acusado fosse inocente e não é crível a prova de inocência ou um testemunho que seria muito difícil de explicar caso o acusado fosse culpado, então, condene-o. Do contrário, absolva-o. Ou, tomando as indicações de algumas das interessantes propostas de Ron Allen: (B) Se a história da acusação acerca do delito é plausível e você não pode imaginar uma história plausível que mostre o acusado como inocente, então, condene-o. Do contrário, absolva-o”³⁸.

³⁵ LAUDAN. *Op. cit.* p. 104.

³⁶ *Ibidem.* pp. 104-105.

³⁷ *Ibidem.* pp. 105-106.

³⁸ Tradução livre. No original: “(A) Si es creíble la prueba acusatoria o un testimonio que resultaría difícil de explicar si el acusado fuese inocente y no es creíble la prueba exculpatoria o un testimonio que sería muy difícil de explicar si el acusado fuese culpable, entonces condénalo. De otro modo, absuévalo. O, tomando las indicaciones de algunas de las interesantes propuestas de Ron Allen: (B) Si la historia de la acusación acerca del delito es plausible

Em sentido semelhante, o epistemólogo cita uma instrução oficial para o jurado adotada pelo Estado da Califórnia acerca das provas circunstanciais:

“A conclusão pela culpabilidade a respeito da prática de um delito não pode se basear em provas circunstanciais a menos que as circunstâncias provadas sejam não só (1) coerentes com a teoria de que o acusado é culpado do crime senão que, ademais, (2) não possam ser reconciliadas com qualquer outra conclusão racional. Se as provas circunstanciais permitem duas interpretações racionais, uma que sinaliza para a culpabilidade do acusado e a outra para sua inocência, você deverá adotar esta segunda interpretação e rechaçar a interpretação que sinaliza para a culpabilidade”³⁹.

Veja-se que, nos três casos, são estabelecidos parâmetros dentro dos quais pode-se considerar provados ou não os fatos, bem como, para que possa o jurado condenar ou absolver o acusado. Por mais que ainda nesses casos haja uma margem para a subjetividade, a conclusão não fica inteiramente no campo da certeza, do convencimento subjetivo, aproximando-se mais da noção de verdade como correspondência que deve ser a responsável por guiar os esforços no processo.

As observações de Laudan foram submetidas ao debate em uma mesa redonda sobre o tema “Racionalidade e standards de prova”, em dezembro de 2005 durante o *XI Congreso Italo-Español de Teoría del Derecho*, tendo como debatedores Michele Taruffo, processualista, Marina Gascón Abellán e Juan Igartua Salaverría, teóricos do direito, sob a coordenação de Perfecto Andrés Ibáñez, magistrado do Tribunal Supremo da Espanha⁴⁰. Será explicitado aqui um contra-argumento em particular no que toca o tribunal do júri, para o qual serão tecidos breves comentários.

Marina Gascón Abellán compartilha com Laudan o entendimento acerca da necessidade de se estabelecer um standard de forma objetiva e controlável, aduzindo que a construção deste deve observar dois parâmetros, em primeiro lugar, decidir qual o grau de probabilidade ou certeza se requer para aceitar uma hipótese como

y usted no puede imaginar una historia plausible que muestre al acusado como inocente, entonces condénelo. De otro modo, absuélvalo”. LAUDAN. *Op. cit.* p. 107.

³⁹ Tradução livre. No original: “Sin embargo, el hallazgo de la culpabilidad respecto de la comisión de un delito no puede basarse en pruebas circunstanciales a menos que las circunstancias probadas sean no sólo (1) coherentes con la teoría de que el acusado es culpable del crimen sino que además, (2) no puedan ser reconciliadas con cualquier otra conclusión racional. Si las pruebas circunstanciales permiten dos interpretaciones razonables, una que señala a la culpabilidad del acusado y la otra a su inocencia, usted deberá adoptar esta segunda interpretación y rechazar la interpretación que señala la culpabilidad”. LAUDAN. *Op. cit.* p. 108.

⁴⁰ Os artigos fruto das discussões compuseram o número 28 do periódico DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2005, com apresentação de Jordi Ferrer Beltrán.

verdadeira; em segundo lugar, deve-se formular objetivamente o standard, ou seja, formular os critérios objetivos que indicam quando se alcança esse grau de probabilidade ou certeza exigido. Sobre esse ponto, a autora considera que essa objetividade deve se expressar mediante um critério controlável. E conclui: “Os standards se inserem, pois, em um processo de valoração racional. Mais exatamente, cumprem duas funções. Uma função heurística primeiro (enquanto guias de uma valoração racional): o standard é o critério conforme o qual deverá o juiz formular sua valoração final sobre os fatos da causa. E uma função justificadora depois (enquanto critérios para a motivação): o standard é o critério conforme o qual há de reconstruir-se a justificação da decisão probatória”⁴¹.

É acerca desta exigência de controlabilidade – totalmente pertinente e necessária, que reside um grande problema no manejo dos standards pelo júri. Problema este que não passou despercebido por Taruffo⁴² e Igartua Salaverría em suas observações. Considerando que na maior parte das suas configurações, especialmente no sistema norte-americano, os jurados não motivam suas decisões, restaria ineficaz a tentativa de objetivar o standard. Mesmo que se considerasse que este ainda seria útil para direcionar o raciocínio dos jurados a partir das provas, priorizando, inclusive, a sua função demonstrativa, não seria possível verificar a correção das conclusões.

Conforme Igartua Salaverría, pouco valeria haver conquistado um critério objetivo se não for possível nos blindar contra uma recaída na subjetividade. É necessário formular corretamente o standard probatório, mas pode ser que isso não seja suficiente. É preciso, primeiro, entendê-lo corretamente; logo, aplicá-lo

⁴¹ ABELLÁN, Marina Gascón. “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”. *In: DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho. cit. p. 129.*

⁴² “Un punto que creo importante es que en el sistema norteamericano el problema de la aplicación del BARD surge en dos momentos: el de las instrucciones que los jueces del trial dan al jurado y el de las afirmaciones de principio que se encuentran en las sentencias de las *appellate courts* o de la Corte Suprema. En cambio, no es posible en absoluto verificar si el BARD o cualquier otro estándar se ha aplicado efectivamente por los jurados en el momento de la decisión, por la obvia razón de que los jurados no motivan sus veredictos. En lo que se refiere a las instrucciones dadas por los jueces a los jurados, estas pueden ser formuladas mejor o peor según los casos, aunque sólo sea porque son dadas por jueces que no tienen formación filosófica o epistemológica (y a menudo tienen incluso una formación jurídica mediocre). En cualquier caso, la observación fundamental es que no es posible verificar si, y en qué medida, esas instrucciones son seguidas por el jurado. Se puede conjeturar que incluso si el juez ofreciese una definición filosóficamente impecable del BARD, esta no sería más que una especie de ‘mensaje en la botella’, que el jurado podría no comprender o no seguir”. Vale observar que a sigla BARD corresponde ao standard norte-americano *beyond a reasonable doubt*. TARUFFO, Michele. “Tres observaciones sobre ‘Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar’, de Larry Laudan”. *In: DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho. cit. p. 120.*

adequadamente; e, finalmente, como deve ser feito com um critério que se pretenda objetivo, deve-se dispor de algum mecanismo para controlar se foi manejado ou não como é devido pelo órgão responsável por sua aplicação⁴³.

De fato, se manejado pelo juiz profissional que irá, ao final, motivar sua decisão, o standard objetivo estará mais apto a cumprir sua finalidade, inclusive permitindo que qualquer pessoa possa analisar a fundamentação da decisão e exercer um controle, uma fiscalização da atividade valorativa. Isso, de fato, poderia reduzir a subjetividade que acomete a busca da verdade e resulta em erros de valoração.

No entanto é certo que a situação fica mais complicada no júri, tendo em vista os veredictos comumente não motivados⁴⁴. Interessante sobre esse ponto citar o exemplo da Espanha, em que a Lei Orgânica do Tribunal do Júri (LOTJ) procurou corrigir essa subjetividade por meio, não somente da exigência de que os jurados apresentem uma sucinta explicação dos motivos que levaram à decisão, mas também pela forma como o questionário é elaborado, fazendo com que o júri se veja levado a analisar cada fato alegado pela acusação e cada fato alegado pela defesa para, através das provas produzidas, julgar se consideram cada um deles provados ou não⁴⁵.

Assim sendo, evidencia-se uma tendência do júri espanhol a levar o jurado a uma análise racional (visto que deve analisar cada fato) e sujeita a controle, por meio da sucinta explicação que deve estar presente na ata da votação. Se aliado à perspectiva da construção de um standard objetivo, à luz das proposições de Laudan, tal sistema levaria a padrões bem mais aceitáveis de racionalidade da decisão. Modelos como esse devem servir para inspirar reformas nas instituições de júri, que não mais devem subsistir guiados unicamente por valores extra-epistêmicos.

⁴³ SALAVERRÍA, Juan Igartua. "Prolongaciones a partir de Laudan". In: *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*.cit. p. 146.

⁴⁴ Quanto a essa questão em particular, já está sendo delineada uma mudança de perspectiva, tendo sido inclusive objeto de análise pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Taxquet v. Bélgica*, 2010. O que segue da análise feita pela Corte é que a Convenção Europeia de Direitos Humanos não exige que os jurados fundamentem as decisões. No entanto, para que as exigências do *fair trial* sejam satisfeitas, o acusado e também o público devem ser aptos a entender o veredicto dado, o que constitui uma garantia vital contra arbitrariedades. A Corte também lembrou que decisões motivadas servem para o propósito de demonstrar às partes que elas foram ouvidas e contribuem para uma maior aceitação da decisão. Além do mais, obrigam os juizes a basear suas razões em argumentos objetivos e preservarem os direitos de defesa. No caso de tribunais do júri, as funções processuais devem ser acomodadas, uma vez que os jurados não fundamentam suas decisões. Essas garantias podem estar inseridas, por exemplo, nas instruções para os jurados dadas pelo juiz-presidente e nas questões postas aos jurados, desde que sejam aptas a estabelecer uma racionalidade sobre a qual o veredicto se baseará, compensando suficientemente a falta de razões para as respostas dos jurados.

⁴⁵ Artigos 52 e 61 da LOTJ. Disponível na internet: http://noticias.juridicas.com/base_datos/ Penal/lo5-1995.html#c4. [Acesso em: 29/10/2014].

Considerações finais

O presente trabalho procurou situar a verdade como importante valor a ser observado no processo, como pressuposto da justiça das decisões, onde importante se fez a análise do que se compreende como conceito de verdade. Nesse contexto, a concepção de verdade como correspondência parece ser a mais adequada para nortear a atividade probatória e a valoração pelo juiz, associada à função demonstrativa da prova.

Essas conclusões são importantes para assemelhar a atividade de busca da verdade no processo àquela realizada em diversas áreas de conhecimento, como nas ciências experimentais, na reconstrução dos fatos históricos, na matemática, dentre outras.

É certo que o processo comporta uma série de limitações a essa atividade de reconstrução dos fatos, muitas delas não orientadas à finalidade epistêmica, mas fundadas em valores igualmente importantes e que merecem semelhante cuidado. Algumas dessas limitações –que poderão representar uma maior dificuldade na descoberta da verdade– se justificam no processo para salvaguardar outra ordem de valores e, por tal motivo, deverão ser mantidos para evitar que o processo represente uma violação indevida a direitos igualmente relevantes. Conforme salienta Greco, “a verdade não pode ser obtida a qualquer preço, pois o Estado de Direito, assentado na dignidade de todos os seres humanos e na eficácia concreta dos seus direitos fundamentais, não pode admitir que a tutela dos direitos de uns se faça com o sacrifício de um núcleo intangível dos próprios direitos fundamentais de outros”⁴⁶.

No entanto, existem algumas normas que limitam a atividade probatória –e por isso consideradas contra-epistêmicas– que não se respaldam em valores relevantes e, por tal motivo, devem ser suprimidas ou adaptadas para que o processo possa se orientar para a descoberta da verdade.

Em relação aos standards probatórios, muito pode ser feito nesse sentido. Acima foi dado destaque para o procedimento do júri tomando-se por base o modelo anglo-ameriano. Os jurados são orientados a decidir conforme os standards, no entanto, por sua formulação subjetiva e vaga, não há propriamente uma preocupação em assegurar a racionalidade no momento da formação do convencimento, o que é agravado pela falta de motivação dos veredictos e compromete a busca da verdade como correspondência. Assim, sugeriu-se uma análise do modelo espanhol de quesitação, que acaba por vincular os jurados à verificação dos fatos e provas exigindo, ao fim, uma sucinta explicação do veredicto, o que pode servir como inspiração de reformas para os Estados que contemplam o júri em seus sistemas de justiça.

⁴⁶ GRECO. *Op. cit.* p. 120.

De todo modo, o que deve ficar claro é a necessidade de se reavaliar o procedimento probatório como um todo e, paralelamente aos outros interesses relevantes, direcioná-lo também à finalidade epistêmica. Desta forma, a verdade poderá deixar de ser considerada um valor inalcançável e passar a ser um ponto de referência a orientar a atividade dos atores processuais.

Referências

ABELLÁN, Marina Gascón. “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”. In: *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. nº 28, 2005.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

DAMASKA, Mirjan. “Truth in adjudication”. In: *Hastings Law Journal*, 1998.

_____. “Epistemology and legal regulation of proof”. In: *Law, probability and risk*. nº 02, 2003.

GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma Perspectiva Comparada*. Trad. de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. “A Verdade no Estado Democrático de Direito”. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. “A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil”. In: _____. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. “Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo”. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 28, 2005.

KIELMANOVICH, Jorge. *Procesos de Familia*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1998.

MICHELLI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução Teresa Celina de Arruda Alvim. Revista de Processo. São Paulo. n.16. out/dez 1979.

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1857.

MORELLO, Augusto. *La prueba: tendencias modernas*. 2. ed. La Plata: Librería Editora Platense. 1998.

Os standards probatórios como métrica da verdade: em busca de parâmetros objetivos

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SALAVERRÍA, Juan Igartua. “Prolongaciones a partir de Laudan”. In: *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 28, 2005.

TARUFFO, Michele. “La Verdad como Valor Social y Jurídico”. In: _____. *Proceso y Decisión: Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

_____. *La Prueba de los Hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2005.

_____. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. “Consideraciones sobre Prueba y Verdad”. In: _____. *Sobre las fronteras: Escritos sobre la justicia civil*. Trad. Beatriz Quintero. Bogotá: Editorial Temis, 2006.

_____. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

_____. “Considerazioni su prova e motivazione”. In: *Revista de Processo*. Ano 32, nº 151, setembro de 2007.

_____. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. de Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

_____. “La dimensión epistémica del proceso”. In: *Proceso y decisión: lecciones mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

_____. “Tres observaciones sobre ‘Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar’, de Larry Laudan”. In: *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 28, 2005.

EL PROCESO MONITORIO EN COLOMBIA: RAZONES PARA UNA OBJECCIÓN*

Semillero de Derecho Procesal
Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia
*Sharah Liliana Aguirre Lemusⁱ, David Cujar Bermúdezⁱⁱ,
Andrea Carolina Torres Sarmientoⁱⁱⁱ, Gabriela Zapata Castaño^{iv}*
Director del Semillero: Gabriel Hernández Villareal^v

Resumen

Justificar el modelo documental del proceso monitorio y demostrar que debió ser adoptado por el Código General del Proceso colombiano es el objetivo del presente artículo, teniendo en cuenta que este es directriz en Latinoamérica por ser garantía de seguridad jurídica. Por tal motivo, la tesis pretende señalar una objeción al modelo “puro” acogido en Colombia por sus inconsistencias, pues: 1) Fortalece los criterios subjetivos de valoración por parte del juez, porque se acoge como plena

Recibido: septiembre 11 de 2015 – Aprobado: julio 11 de 2016.

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: TORRES SARMIENTO, Andrea Carolina; CUJAR BERMÚDEZ, David; AGUIRRE LEMUS, Sarah Liliana; et al. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 44, julio- diciembre. 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 67-102.

Este artículo fue presentado como trabajo de investigación en el XVI Concurso para Estudiantes de Derecho – Nivel Pregrado, 2016 en el marco del XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, quedando dentro del cuadro de honor y entre los mejores trabajos escritos.

i Egresada de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, miembro del semillero de Derecho Procesal, Monitora de Derecho Comercial y Pasante en la Firma Brigard & Urrutia.

ii Estudiante de IX semestre de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, miembro del semillero de Derecho Procesal, Monitor de Derecho Constitucional Comparado y miembro del Grupo de Acciones públicas de la misma universidad.

prueba a simples afirmaciones de una de las partes inmersas previamente en una supuesta relación jurídico-sustancial. 2) Genera la desigualdad de las partes intervinientes en el proceso, porque la carga probatoria demandante y demandado será desproporcionada al exigirle a este último aportar una prueba para poder formular con éxito su oposición. 3) Desconoce de garantías constitucionales al permitir a un sujeto iniciar un juicio monitorio a partir de una obligación desprovista de un principio de prueba escrito, lo cual posibilita además que cualquier agente formule la demanda, incluso aquel que ostente un gran poder económico y una posición dominante en el mercado. Al mismo tiempo, este texto desarrolla el argumento que apoya la necesidad de la existencia de un principio de prueba documental, expone las nocivas consecuencias que representa la existencia de las “medidas cautelares” en el proceso monitorio puro en el contexto colombiano actual y revela que es el modelo documental es que mejor se ajusta al ordenamiento colombiano, teniendo en cuenta que como las reglas de la experiencia indican, se convertirá en la mejor alternativa para resolver conflictos entre las partes que cumplan los requisitos para acceder a la justicia por esa vía.

Palabras clave: proceso monitorio documental, Derecho comparado, trasplantes jurídicos, legislación colombiana, debido proceso, medidas cautelares.

Abstract

To justify the “Monitory documental payment procedure” (proceso monitorio documental) and to demonstrate that it should be adopted

-
- iii Estudiante en proceso de grado, X semestre de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, miembro del semillero de Derecho Procesal, monitora de Derecho Procesal Civil y joven investigadora de la línea de Derecho Privado de dicha institución.
 - iv Administradora de Negocios Internacionales de la Universidad del Rosario (2014) y estudiante de IX semestre de jurisprudencia de la misma institución, miembro del semillero de Derecho Procesal.
 - v Abogado egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, especialista en derecho procesal civil de la misma institución. 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 de Nuestra Señora del Rosario y director de su Área de Derecho Procesal. Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Externado de Colombia y Maestrando en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina y candidato a Doctor en Derecho por la misma Universidad. Presidente del Capítulo Colombia del Instituto Panamericano de Derecho Procesal y miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro de la subcomisión redactora de la reforma al Código de Procedimiento Civil, la cual culminó con la expedición de la ley 1395 de 2010. Litigante y asesor.

in the Colombian General Procedure Code is the main objective of this article, because this kind of procedure in particular, constitutes a directive in Latinoamerica for be a guarantee of juridical security. For that reason, our thesis pretends to expose an objection to the “Monitory pure payment procedure” (proceso monitorio puro) introduced in Colombian Law because of its inconsistencies: 1) It fortifies the subjective criteria of the judge, because it admits like full proof affirmations of just one of the parties involved in a previous legal-substantial relation. 2) It produces an unequal situation between the parties in the procedure considering that the burden of proof becomes non-proportional when is the defendant who should supply a proof to have success in the opposition. 3) It disclaims constitutional guarantees allowing a person to initiate the Monitory procedure from an obligation without a certified proof in writing, accepting that anybody could demand, including who have a dominant position in the market or an economical power. At the same time, this text contains the argument that supports the necessity of the existence of a principle of documentary proof, and we expose the harmful consequences that represent the existence of the “precautionary measures” in the pure payment procedure in the actual Colombian context. The investigation also reveals that the documental payment procedure is the model that fits better to Colombian legal necessities, and like the ‘rules of experience’ state it will become the best alternative to solve conflicts between the parts that accomplish the requirements to access to justice in that way.

Key words: Documental payment procedure, sociology, anthropology, legal transplants, Colombian legislation, precautionary measures.

Introducción

En el contexto global, el proceso monitorio ha tenido tan amplia acogida que hoy por hoy se constituye como apología a la eficiencia y al ágil cobro de créditos de demandantes que no cuentan con un título ejecutivo para asegurar su acreencia por esa vía, pero que pretenden pre-constituirlo de forma expedita para materializar su derecho. Por ese motivo, ha sido adoptado gradualmente en los diferentes códigos de Procedimiento Civil de la mayoría de países latinoamericanos y es considerado por importantes académicos en el campo del Derecho como deidad jurídica¹ por su contribución a la celeridad de las actuaciones judiciales, su aporte en la persecución de una “finalidad social” al facilitar el acceso a la justicia y la materialización del

¹ CALVINHO, Gustavo. *Debido proceso y procedimiento monitorio*. VV.AA, Director Alvarado Velloso – Zorzoli, Ediar, 2006. p. 2.

derecho a la tutela efectiva del crédito de quienes son acreedores de obligaciones informales².

En consecuencia, la tesis principal del presente escrito pretende exponer las razones por las cuales Colombia debió optar, en lugar del proceso monitorio “puro”, por el documental, teniendo en cuenta que este último modelo es directriz en Latinoamérica por ser garantía de seguridad jurídica. En ese sentido, se expondrá el desarrollo del proceso monitorio en los países latinoamericanos como auténtica tendencia del Derecho Procesal³ para resaltar que, contrario a lo que sucedió en nuestro país, existe un factor común en las diferentes legislaciones internas que ya lo han adoptado, este es la necesidad de aportar un principio de prueba documental.

Consecuentemente con lo dicho, se hará énfasis en el trasplante jurídico⁴ de la figura del proceso monitorio en el caso particular de Colombia como Estado receptor, en consideración a que la mencionada institución se introdujo por primera vez en el contexto nacional. De igual forma, se presentarán los motivos por los que el modelo puro no atiende a las tradiciones socio-jurídicas, las necesidades y las particularidades propias del ordenamiento interno colombiano. Además, se analizarán las disposiciones del Código General del Proceso desde la sociología jurídica para resaltar la trascendencia que el proceso monitorio tendría de haber sido adoptado como documental.

Como argumento adicional se desarrollará un estudio respecto de las principales particularidades del proceso monitorio puro en el ámbito jurídico colombiano. Para el efecto, se confrontarán temas de alta relevancia como las medidas cautelares y el alcance de la providencia proferida en el marco de dicho proceso. Lo anterior para explicar en concreto que el medio más idóneo habría sido concebir el régimen de tarifa legal, en lo que a valoración de los medios probatorios respecta, como excepción a la regla general de la sana crítica y evitar así la inseguridad que se generará del hecho de acoger como plena prueba simples afirmaciones o negaciones⁵ de una de las partes inmersas previamente en una supuesta relación jurídico-sustancial.

² REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-726 de 2014.

³ QUINTERO, Magda; BONETT, Samir. “El proceso monitorio: tendencia del Derecho procesal Iberoamericano”. Ponencia en el Concurso para Abogados en el marco de las XXIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, organizadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y el Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, en Ciudad de Panamá, el 26, 27 y 28 de marzo de 2014.

⁴ LÓPEZ MEDINA, DiegoEduardo. *Teoría impura del Derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Colombia: Editorial Legis, 2008. pp. 8 - 11.

⁵ HERNÁNDEZ, Gabriel. *La reforma al proceso ejecutivo: estudio del impacto que sobre este tiene el análisis económico del Derecho*. Editorial Universidad del Rosario, Facultad de jurisprudencia, 2014. p 40.

En el desarrollo del tema plasmado en el texto, se hará énfasis en la importancia del documento como principio de prueba y correlativamente se advertirá que el modelo puro generará problemáticas como: el fortalecimiento de los criterios subjetivos de valoración por parte del juez, porque se rompe con el presupuesto de imparcialidad; se propiciará la desigualdad de las partes intervinientes en el proceso, porque la carga probatoria del demandante y del demandado será desproporcionada; se desconocerán garantías superiores como las que se desprenden del debido proceso y se dará un alcance extremadamente amplio a la declaración unilateral que haga el presunto acreedor de una obligación desprovista de un principio de prueba por escrito. Esta, por lo demás, puede ser formulada ante los estrados judiciales por cualquier agente, incluido aquel que ostente un gran poder económico y una posición dominante en el mercado, toda vez que en el proceso monitorio no se tiene prevista una cualificación del demandante en este sentido.

Finalmente, el presente escrito se enfoca en llegar a conclusiones y propuestas de aplicabilidad de la figura en Colombia, por la relevancia que su adopción implica y porque como las reglas de la experiencia y las circunstancias fácticas de la práctica latinoamericana lo demuestran, este proceso se constituirá como la figura “estrella” con la entrada en vigencia del Código General del Proceso.

1. Defensa del proceso monitorio documental

El propósito del proceso monitorio es proporcionar un instrumento de tutela que otorgue mayor agilidad que un proceso declarativo ordinario común en ciertos ámbitos de la actividad económica⁶. Sus cualidades y ventajas respecto a otros procesos han impulsado su implementación en distintos países del mundo, lo cual ha permitido la pronta solución de controversias, debido a la simplicidad de su trámite. Es por esto que legisladores de diversas latitudes se han esforzado en adaptar el proceso monitorio al contexto del ordenamiento correspondiente con el fin de lograr su correcto establecimiento.

Es entonces relevante proceder con la revisión de ciertos aspectos de fondo del proceso monitorio, uno de ellos es el efecto e impacto jurídico que trae para un ordenamiento su aplicación en la modalidad de puro o documental. Es así, porque el desarrollo de estos procesos puede no ser satisfactorio si se implementa de forma equivocada alguna de las modalidades del proceso monitorio, discordancia que a su vez trae la posibilidad de que se presenten conflictos en la aplicación de las normas y en el desarrollo de procedimientos y trámites ante las diferentes autoridades judiciales. Por esta razón, es necesario analizar si los objetivos del legislador colombiano se podrían materializar en la realidad nacional.

⁶ MONTERO, Juan. *El proceso monitorio (tema 38)*. Edición séptima. Tomo II. España: Tirant Lo Blanch, 2012. p. 5.

2. Teorías transnacionales y trasplantes jurídicos y su justificación en el proceso monitorio

En general, el proceso se constituye en uno de los aspectos más importantes para el mundo del Derecho por su intento de dirimir las controversias que surgen de la cotidianidad y que, a partir de su análisis, pueden conducir a un manejo adecuado de las instituciones jurídicas y brindar armonía entre el Estado y la sociedad. Por ese motivo, deben examinarse las condiciones reales en las cuales se da el proceso⁷, pues, como lo señala Gregorio Robles, existe una “inundación procesal”, la cual consiste en determinar “la multiplicación de procesos judiciales, motivada por la mayor juridificación de la vida, la mayor sensibilidad ante los problemas jurídicos y el mayor conocimiento de los mecanismos que el derecho pone a la disposición de los ciudadanos para resolverlos”⁸.

Lo anterior se traduce en la invitación del Estado a las personas para que participen y retomen la confiabilidad en la jurisdicción que de tiempo atrás se ha venido desboronando. No obstante, debería ser un requisito *sine qua non* que el Estado, al hacer un buen uso del derecho comparado, realice una calificación en la adaptabilidad de las instituciones jurídicas traídas de otro continente, aún más cuando con dicha implementación se abre paso a las graves consecuencias como la desigualdad e inseguridad entre las personas que utilizan la jurisdicción para satisfacer sus intereses.

En ese sentido, se realizará un análisis sistemático de las teorías planteadas en el texto *Teoría impura del Derecho*, en particular, respecto a las nociones jurídicas consideradas como “teorías transnacionales del Derecho (TTD)”⁹ y, en concreto, en lo que tiene que ver con la adopción del proceso monitorio en la modalidad de puro en el contexto jurídico nacional colombiano. A partir de ahí, se señalarán los fundamentos por los cuales no se adoptó como documental, pese a ser tendencia en los países latinoamericanos que comparten tradiciones jurídicas, sociales y económicas.

Es preciso determinar la diversidad de elementos y características del proceso monitorio para llegar a encontrar variables fundamentales que entran en juego a partir del trasplante jurídico que Colombia realizó en su ordenamiento interno. Las implicaciones de lo anterior son amplias en la medida en que la función del proceso monitorio puro puede llegar a ser mal interpretada cuando, por ejemplo, se da prevalencia al eficientísimo y a la celeridad del proceso y se sacrifican las

⁷ ROBLES, Gregorio. “Sociología de la decisión jurídica, 7.2 Sociología del proceso”. En: *Sociología del Derecho*. Madrid (España): Editorial Civitas, 1997. pp. 20 – 23.

⁸ *Ibidem*.

⁹ LÓPEZ MEDINA. *Op. cit.*

garantías que se desprenden del derecho fundamental al debido proceso al no contar con un principio de prueba por escrito, como ocurre con el tema de medidas cautelares que será estudiado más adelante.

Adicionalmente, es posible colegir que en la mayoría de los casos las instituciones jurídicas traídas del Derecho comparado pueden ser complejas si no se asimilan de acuerdo a la realidad propia de un orden nacional interno. Más aún, cuando países latinoamericanos acogen normas y teorías a partir del modelo que desarrollan otros países que tienen tradiciones jurídicamente consolidadas¹⁰ y delimitan un mismo esquema de implementación de la figura del proceso monitorio documental, lo cual resulta de vital importancia pues debe tenerse en cuenta la eficacia, la eficiencia (duración) y el estudio de los aspectos complejos, como las tradiciones socioculturales del Estado receptor, para su efectiva implementación¹¹.

Los conceptos de eficiencia y eficacia adquieren especial relevancia en el contexto pues la primera, debe ser entendida como “el derecho al proceso”¹², lo que se traduce en la instrumentalización e implementación de mecanismos que hacen prevalecer el debido proceso y sus componentes en el ordenamiento jurídico, además de tener una connotación sociológica al establecer que los procedimientos deben ser expeditos, accesibles y económicos para la solución de conflictos¹³. Lo anterior, en tanto que la eficacia del proceso retoma el pilar esencial que se materializa en el sentido de justicia, su transparencia y el derecho de acceder a esta como obligación a cargo del Estado, pues se trata de un derecho macro que corresponde a la función jurisdiccional¹⁴. Así mismo, es esencial notar que para llevarse a cabo la eficiencia procesal es necesario que haya una materialización de la justicia a la hora de mantener a flote el principio de una tutela judicial efectiva y esto sólo puede ser dado mediante la eficacia del proceso y su convergencia con el principio de eficiencia procesal.

¹⁰ DE SOUSA SANTOS, Boaventura; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, “El derecho y la comunidad: las transformaciones recientes de la naturaleza del poder del Estado en los países capitalistas avanzados, el derecho del estado capitalista”. En: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá (Colombia): Editorial Uniandes, Siglo del hombre editores, 2001.

¹¹ BOTERO BERNAL, Andrés. *Diagnóstico de la eficacia del Derecho en Colombia y otros ensayos*. Medellín: Señal Editora y Fondo Editorial Biogénesis, 2003.

¹² GONZALES, Roberto. “El debido proceso: del derecho a las mínimas garantías a la garantía de máximos derechos”. En: *Revista Virtual Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Edición 39, 2013. pp. 9 - 10.

¹³ BERIZONCE, Roberto. “El principio de legalidad formal bajo el prisma de la constitución ‘normatizada’”. En: *Revista Virtual Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Edición 40, 2014. pp. 14.

¹⁴ PÉREZ, Álvaro. “Derecho a la tutela ejecutiva del crédito: entre mitos, temores y realidad”. En: *Revista Virtual Instituto Colombiano de Derecho procesal*. Edición 39, 2013. pp. 28.

A su vez, resulta pertinente recordar que existen las denominadas “jurisdicciones prestigiosas”¹⁵, en las que se encuentra la base histórica, jurídica, social y económica del Derecho. Es de allí de donde surgen ideas y nociones originales de estos sistemas, que son retomadas por multiplicidad de ordenamientos internos. Bajo ese postulado, es posible catalogar a los países latinoamericanos como regiones¹⁶ o Estados receptores que, por ser países de economías emergentes carentes de rigidez y formación jurídica propia, acogen instituciones que por regla van a ser contaminadas e influenciadas, por lo cual, su implementación dejaría de ser pura para pasar por un proceso de transformación y mutabilidad¹⁷.

Por esto, al permitir que los operadores jurídicos del Estado receptor apliquen e interpreten los preceptos y nociones jurídicas trasplantadas, es posible que se generen prácticas que vayan en contravía con las necesidades y las características particulares del Estado que importa la institución, porque, como lo dice Victoria Iturralde: “la validez, radica en el problema de la aplicación del Derecho, este debe tener por objeto enunciados válidos que han sido creados por el legislador respetando requisitos del ordenamiento y que le son dados al juez; estableciendo así una división neta entre las funciones de creación y aplicación del derecho”¹⁸.

Adicionalmente, hay que establecer la interrelación que existe entre el trasplante del proceso monitorio puro en Colombia y su calidad como Estado receptor, para proceder con la crítica respecto de la adopción de dicho modelo, que rompe con el factor común implementado en Latinoamérica, el cual optó por exigir que para dar inicio al proceso monitorio la deuda debe constar por escrito. Por tanto, es pertinente en este punto cuestionar las razones que llevaron a nuestro país a implementarlo como no documental, sobre todo, al tener en cuenta que el documento se constituye como principio de prueba que permite dar mayor certeza a la pretensión del demandante en un proceso y que resulta ser tendencia marcada con amplia acogida en los países de tradición romano-germánica.

De lo anterior se resalta entonces que, si bien el proceso monitorio es un mecanismo célere¹⁹, que agiliza el cobro de deudas, no se puede compensar la

¹⁵ Figuras parentales de las familias jurídicas (*civil law and common law*). LÓPEZ MEDINA. *Op. cit.* p. 480.

¹⁶ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, José Eduardo. *Derecho, ciudad y sociedad - ensayo de sociología jurídica crítica*. Editorial Centro de investigaciones socio jurídicas, Universidad Incca de Colombia, 2008.

¹⁷ GUILLÉN, Víctor Fairén. “Ensayo sobre la evolución del Derecho de Navarra: Desde la guerra de sucesión al Código Civil”. *En: Príncipe de Viana*. 6 (18), 1945. pp. 87-111.

¹⁸ ITURRALDE SESMA, Victoria. “Validez y existencia, concepto de validez”. *En: Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2004.

¹⁹ BALBUENA TEBAR, Rafael. “Breves comentarios sobre el llamado proceso monitorio”. *En: Cuadernos de Estudios Empresariales*, (9). 1999. p. 301.

urgencia de la rapidez en la administración de justicia con el desconocimiento de principios y valores del ordenamiento jurídico, así como tampoco alterar el equilibrio de las partes que concurren al proceso²⁰. Por eso debe hacerse un análisis desde la sociología jurídica para intentar determinar las raíces comunes de los países latinoamericanos, como son el colonialismo y la cultura jurídica de sus asociados, quienes tienen una marcada tendencia a no honrar sus compromisos cuando estos han sido adquiridos de manera informal.

3. Estado del arte del proceso monitorio en los países latinoamericanos

Para proceder con el debate, en esta parte del escrito es ineludible resaltar el desarrollo del proceso monitorio en el contexto latinoamericano, motivo por el cual se efectuará un análisis somero de la regulación que al respecto adoptaron Venezuela, Uruguay, Brasil, Costa Rica, Argentina, Ecuador y Bolivia, junto con el caso particular de España, para lograr evidenciar que la regla general que aplica al proceso monitorio en estos Estados es su adopción en la modalidad de documental. Vale aclarar que se estudian los países antes anotados porque, por ejemplo, Chile sólo adopta el monitorio en los procesos laborales, en tanto que Perú y Paraguay aún no lo contemplan en sus ordenamientos jurídicos.

3.1 Venezuela

En Venezuela al proceso monitorio se le denomina procedimiento por intimación, el cual ingresa al ordenamiento de ese país desde la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1990²¹, cuya pretensión principal es obtener el pago de una suma líquida de dinero o una cantidad cierta de cosas fungibles. Así mismo, en el artículo 643 del ya mencionado estatuto, se puede observar que este ordenamiento optó por el sistema documental y tiene como causal de inadmisión de la demanda el no acompañar la misma con un documento que pruebe el derecho que se alega, en el cual se demuestren los hechos constitutivos de la obligación²².

Igualmente, el artículo 644 del citado código consagra como documentos escritos suficientes para la admisión: “los instrumentos públicos, los instrumentos privados, las cartas, misivas, admisibles según el Código Civil, las facturas aceptadas, las letras de cambio, pagarés, cheques y cualesquiera otros documentos

²⁰ *Ibidem.*

²¹ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Congreso de la República de Venezuela, Código de Procedimiento Civil, 18 de septiembre de 1990.

²² ÁLVAREZ, Tulio. *Procesos Civiles Especiales Contenciosos*. 2 Edición. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008. pp. 177 – 190.

negociables”²³. Este aspecto quedó consagrado en la sentencia de 2008 del Tribunal Superior de Justicia, en la cual se establece claramente que una formalidad esencial para el procedimiento por intimación es el acompañamiento de un documento que pruebe la obligación, por lo que, al no haberse anexo ningún documento en el caso sometido al estudio de una corporación judicial, se consideró como una violación al proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia, el derecho a la defensa y la garantía del debido proceso²⁴.

3.2 Uruguay

El proceso monitorio en Uruguay data del antiguo Código de 1878 para la entrega de la cosa debida y la entrega efectiva de la herencia²⁵. En 1988, entra en vigencia el actual Código General del Proceso y amplía los anteriores casos a: juicios ejecutivos, escrituración forzada, resolución de contrato de promesa, pacto comisorio, cesación de condominio de origen contractual, separación de cuerpos y de divorcio, entrega efectiva de la herencia y entrega de la cosa²⁶.

Se puede observar que este país opta por el sistema documental, puesto que consagra cinco tipos de documentos conducentes para iniciar el proceso monitorio, entre los que se encuentran los documentos públicos y privados. En cuanto a estos últimos, es necesaria la firma reconocida ante tribunal competente o escribano, que debe verificar la autenticidad de la firma del deudor, con lo que se logra un mayor grado de certeza inicial. No obstante, se consagra la excepción al sistema documental y se establece que en caso de entrega de la cosa, para probar el contrato, se puede mediante prueba testimonial.

Además, el código establece que el juez debe verificar la demanda y sus presupuestos, la cual debe tener fehaciencia inicial, por lo que la probabilidad de oposición del contradictor es baja²⁷. Al cumplir con tales requisitos, el juez dicta sentencia

²³ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Congreso de la República de Venezuela, Código de Procedimiento Civil, 18 de septiembre de 1990.

²⁴ RIVERA, Rodrigo. “El procedimiento por intimación.” *En: El procedimiento monitorio en América Latina: pasado, presente y futuro*. 1 Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2013. pp. 59 – 104.

²⁵ LANDONI, Ángel. “El proceso por audiencias en el Código General del Proceso de Uruguay.” *En: Biblioteca jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 2013. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3330/26.pdf> [consultada el 21 de marzo de 2015].

²⁶ URUGUAY. Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay. Código General del Proceso, 18 de octubre de 1988.

²⁷ PEREIRA, Santiago. “Los procesos civiles por audiencias en Uruguay. 20 años de aplicación exitosa del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.” *En: Revista Internacional de*

sobre el fondo del asunto y procede a citar al demandado para que pueda formular sus excepciones y, en caso de hacerlo, se convoca a una audiencia en donde se decidirá el litigio. Al mismo tiempo, y una vez verificada dicha fehaciencia, el juez, *motu proprio*, procede a decretar el embargo y, en caso de que el demandado no se oponga, tiene como consecuencia que tanto el embargo como la sentencia quedan en firme. Naturalmente, esta última hace tránsito a cosa juzgada y puede ejecutarse. Se destaca en el contexto uruguayo que en el 95% de los casos el demandado no se opone a la sentencia del proceso monitorio, razón que da lugar a la terminación del proceso²⁸.

3.3 Brasil

Está consagrado el proceso monitorio desde 1995 con la Ley 9079, recibe el nombre de *ação monitória* y se puede promover para el reclamo de sumas de dinero o la entrega de una cosa determinada²⁹. En cuanto el sistema se opta por el monitorio documental, puesto que se consagra en el artículo 1102^a que quien pretenda iniciar una acción monitoria debe acompañarla de una prueba escrita que no preste mérito ejecutivo, pero que sea capaz de infundir certeza razonable de la existencia de la obligación³⁰.

Así mismo, en jurisprudencia del *Superior Tribunal de Justiça* de 2002 se estableció que esa prueba escrita puede no estar dirigida a probar directamente el hecho, sino a permitir que el juez, basado en las reglas del juicio y de la experiencia, deba presumir la voluntad del deudor de obligarse y aprobar así cualquier documento dirigido a promover la acción monitoria³¹. Finalmente, respecto a los documentos privados, no es necesario que estén autenticados (basta la simple copia³²). Es por esto que se evidencia la preferencia del legislador brasileño por un documento que, a pesar de no tener eficacia como título ejecutivo, permita

Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje. No 2. 2009. Ministerio de ciencia y Educación-Gobierno de España. pp. 26 – 30.

²⁸ Landoni. *Op. cit.*

²⁹ BRASIL. Presidencia de la República, Código de Proceso Civil, 11 de enero de 1973.

³⁰ MARQUÉS, Wilson. “A ação monitória”. *En: Revista da EMERJ*. No 1. 1998. Scola Da Magistratura Do Estado Do Rio De Janeiro. pp. 88 – 99.

³¹ MARINONI, Luiz. “Reexame Da Prova Diante Dos Recursos Especial E Extraordinário”. *En: Revista Genesis de Direito Processual Civil*. No 35. 2011. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. pp. 1 - 26.

³² GOMES, Jose. “A Prova Escrita Na Ação Monitória”. *En: Revista Jurídica UNIGRAN*. No 6. Centro Universitário da Grande Dourados, 2001. pp. 22 – 43.

la identificación de un crédito, lo dote de valor probatorio y digno de fe como su autenticidad y evidencie así su eficacia³³.

3.4 Costa Rica

Actualmente, en este país se encuentra regulado el proceso monitorio en el Código Procesal Civil y en la Ley de cobro judicial de 2007 y se permite tanto para obligaciones que presten mérito ejecutivo como para las que no cumplan este requisito. Para las obligaciones que no estén instrumentadas en un documento que preste mérito ejecutivo, el legislador fue claro en establecer el sistema documental, puesto que impone que se puede iniciar este proceso siempre y cuando al inicio del mismo se adjunte: “original, una copia firmada certificada cuando la ley lo autorice, o estar contenido en un soporte físico, en el que aparezca, como indubitable, quién es el deudor, la firma de este o la firma a ruego con dos testigos instrumentales o cualquier otra señal equivalente”³⁴.

De lo anterior se puede observar que por regla general es necesaria la firma del deudor para que el documento sea idóneo y fehaciente con el fin de que no exista duda respecto de su calidad, además de que por sí mismo pueda demostrar la existencia de la obligación y evitar que los acreedores constituyan títulos unilateralmente. De igual forma, para que el deudor pueda formular con éxito la oposición debe aportar como prueba un documento idóneo y pertinente y consagrar cargas probatorias proporcionales para ambas partes. Al seguir con el proceso, en caso de que el demandado guarde silencio, se procederá con la ejecución de la deuda sin necesidad de iniciar un proceso ejecutivo posterior.

3.5 Argentina

Actualmente tres provincias de este país incluyen al proceso monitorio dentro de sus códigos procesales civiles y mercantiles. La primera provincia en incluirlo fue La Pampa en 1999, esta adoptó el modelo documental en el cual se prevé que “el actor deberá presentar instrumento público o instrumento privado reconocido judicialmente o cuya firma estuviere certificada por escribano público”³⁵.

³³ AYMAR, Renato. “A Ação Monitoria Como Instrumento De Recuperação De Crédito Para As Empresas”. En: *Revista de Direito Privado E Processual Civil Contemporâneo*. No 1. 2010. Editora Revista dos Tribunais. pp. 1 – 12.

³⁴ COSTA RICA. La Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Ley de Cobro Judicial, 20 de noviembre de 2007.

³⁵ PROVINCIA DE LA PAMPA. Cámara de Diputados, Código Procesal Civil y Comercial, 12 de marzo de 1999.

A su vez, la provincia de Entre Ríos lo incluye en su código en el año 2006 con la misma regulación anterior, aunque le adiciona una diligencia previa en la que el actor podrá requerir al deudor para que reconozca el documento privado firmado. En caso de no comparecer a la cita, esta se tendrá como reconocida³⁶.

Por último, la provincia de Río Negro en 2007³⁷ y la provincia de San Juan en 2008 mantienen las reglas consagradas en el Código de La Pampa. No obstante, en el caso de Río Negro se prohíbe la oposición y se basa exclusivamente en testigos.

Se puede concluir que en el Estado argentino el sistema documental es el único adoptado y el documento que ha de presentarse con la demanda debe cumplir ciertos requisitos para que con éxito sirva de sustento y se pueda iniciar dicho proceso. Ejemplo de esto es la exigencia de reconocimiento de la firma del deudor por operadores judiciales o escribanos.

3.6 Ecuador

En el proyecto del Código Orgánico General de Procesos de este país se plantea incluir el proceso monitorio tomando como referencia la legislación uruguaya, en la cual el derecho que se pretende hacer valer tiene que estar dotado de un alto grado de certeza, por eso se estudia la inclusión del documental³⁸. Por tanto, el artículo 376 de este proyecto consagra que puede ser cualquier documento, sin importar su forma, pero siempre y cuando tenga alguna señal de que proviene del deudor ya sea por firma física o firma electrónica.

Sin embargo, incluye como excepción que si no se tiene el documento como tal de la obligación que se pretende, se puede acompañar un documento que pruebe la existencia de una relación de acreedor-deudor entre las dos partes³⁹.

3.7 Bolivia

El procedimiento monitorio hace su incursión en el ordenamiento boliviano en el artículo 375 del Código Procesal Civil de 2013, el cual dispone que el juez debe realizar un estudio previo en el que demuestre la fundabilidad de la pretensión para

³⁶ PROVINCIA DE ENTRE RÍOS. Cámara de Diputados, Código Procesal Civil y Comercial, 20 de junio de 2007.

³⁷ PROVINCIA DE RÍO NEGRO. Cámara de Diputados, Código Procesal Civil y Comercial, 5 de septiembre de 2011.

³⁸ REPÚBLICA DE ECUADOR. Asamblea Nacional, Proyecto de Código Orgánico General de Procesos, 24 de julio de 2014.

³⁹ REPÚBLICA DE ECUADOR. Asamblea Nacional, Proyecto de Código Orgánico General de Procesos, 24 de julio de 2014.

que pueda acogerla mediante una sentencia inicial⁴⁰. Por otra parte, el artículo 376 consagra específicamente los casos en los cuales se puede promover el procedimiento monitorio e incluye también a los procesos ejecutivos.

A su vez, la exposición de motivos del proyecto de ley señala que:

“Se ha optado por el monitorio documental y no por el monitorio puro, porque la orden de pago expresada en la sentencia inicial presupone que los hechos constitutivos del crédito están probados mediante documentos; y, en que mientras en el proceso monitorio puro la orden de pago pierde toda su eficacia por la simple oposición motivada del deudor, en el proceso monitorio documental la oposición del deudor no hace caer sin más el mandato de pago, pero tiene en cambio, el efecto de abrir un juicio de cognición en contradictorio (...)”⁴¹.

De lo anterior se puede concluir que la preocupación del legislador boliviano era que el acreedor no perdiera su pretensión por la simple oposición del deudor, por el contrario, que con un documento sí se pudiera entrar en un juicio de contradicción y verificar si existe o no la obligación.

Adicionalmente, como requisito se debe acompañar documento auténtico o legalizado por autoridad competente y traer una excepción cuando se trate de desalojo en régimen de libre contratación o entrega del bien derivada de contrato verbal. Finalmente, dictada la sentencia el deudor puede oponerse y el artículo 381 taxativamente nomina las excepciones que se pueden formular, aunque si el demandado guarda silencio se procederá a la ejecución.

3.8 El caso particular de España

Debido al alto impacto que ha generado la inclusión del proceso monitorio documental en España, y al ser este modelo de implementación de ordenamientos internos de países latinoamericanos, no se puede desconocer su relevancia y por ello se procederá con su estudio particular.

El proceso monitorio se introduce por primera vez en España, con la Ley de Enjuiciamiento civil del año 2000⁴², para quien pretende el pago de una deuda dineraria vencida, exigible y determinada. En cuanto al sistema, se opta por el monitorio documental y, tal como se plasma en la exposición de motivos de esa ley,

⁴⁰ BOLIVIA. Presidente Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia, Código Procesal Civil, 19 de noviembre de 2013.

⁴¹ BOLIVIA. Estado Plurinacional de Bolivia, Proyecto de Ley, Código Procesal Civil, Exposición de Motivos, 25 de abril de 2010.

⁴² ESPAÑA. Rey de España, Ley de Enjuiciamiento Civil, 8 de enero de 2000.

es imperante el acompañamiento de un documento para que de ese mismo resulte una base de buena apariencia jurídica de la deuda⁴³.

El artículo 812 establece que puede ser cualquier documento en clase y forma en donde se pueda encontrar que provenga del deudor y que acredite una relación entre las partes, así como el origen de la deuda. Cuando entró en vigencia la ley en 2001 estipulaba como cantidad máxima para acudir a un proceso monitorio 5.000.000 de pesetas, cantidad que se convierte en 30.000 euros⁴⁴. No obstante en 2011 se elimina el límite cuantitativo para acudir a este proceso, con el objeto de equipararlo al monitorio europeo con el fin de evitar limitaciones de acceso a los acreedores⁴⁵.

Al igual que en Colombia, el fin es pre-constituir el título ejecutivo ante el silencio del deudor tanto por no pagar como por no oponerse, en este caso termina el monitorio mediante el decreto del secretario judicial con el cual el acreedor podrá iniciar el proceso de ejecución. En caso de guardar silencio, el proceso monitorio finalizará y dará paso a un proceso declarativo en el que la cuantía de la obligación se tendrá en cuenta para la competencia⁴⁶.

4. El trasplante jurídico y aplicabilidad desde la sociología del proceso monitorio en Colombia

Como se expuso, no es novedosa la implementación del proceso monitorio en el contexto latinoamericano, aunque sí lo es en el ordenamiento interno colombiano, por eso, al acudir a la teoría de los trasplantes jurídicos aplicada al caso concreto, se afirma que estos son utilizados con el fin de trasladar o transportar normas, instituciones y conceptos de un lugar a otro, es decir, de llevarlos de los sitios base de producción jurídica a los sitios base de recepción jurídica⁴⁷. Sin embargo, tal situación no resulta foránea o excepcional pues se trata de un problema global y no meramente local que se traduce en la “información social de los contenidos de las normas”⁴⁸.

⁴³ ESPAÑA. Rey de España, Ley de Enjuiciamiento Civil: Exposición de Motivos, 8 de enero de 2000.

⁴⁴ ESPAÑA. Vicepresidente segundo del Gobierno para asuntos económicos y Ministro de Economía y del Ministro de Justicia, Real Decreto 1417/2001, 27 de diciembre de 2001.

⁴⁵ ESPAÑA. Rey de España, Ley de medidas de agilización procesal, 11 de octubre de 2011.

⁴⁶ Portal Administración Justicia, “Guía Práctica del Procedimiento Monitorio”. En: *Secretaría General de la Administración de Justicia*. Disponible en: https://www.administracionde-justicia.gob.es/paj/PA_WebApp_SGNTJ_NPAJ/descarga/guia%20n%C2%BA1_monitorio.pdf?idFile=59ce256e-11b1-46d9-b870-3a93d4a65c66 [consultada el 21 de marzo de 2015].

⁴⁷ LÓPEZ MEDINA. *Op. cit.* p. 8.

⁴⁸ ROBLES, Gregorio. “Sociología formal del derecho, 10. Incertidumbre”. En: *Sociología del derecho*. Madrid (España): Civitas, 1997.

Por otro lado, se hace indispensable evidenciar el papel relevante de la sociología jurídica pues regula las relaciones que existen entre las personas y el Estado, estudia “la eficacia y la función de instituciones que afectan directamente la vida de las personas”⁴⁹ y, en el caso del proceso monitorio, permite determinar el fundamento de dicha institución que es el real y efectivo acceso a la justicia.

Es por eso que la institución del proceso monitorio debe correlativamente responder a las necesidades y realidades naturales del sistema colombiano, para que con su implementación se genere cierto grado de certeza y convicción⁵⁰ de que la finalidad por la cual fue consagrado se cumpla. En ese sentido se afirma que es el modelo documental el que más se adapta a las necesidades internas y no el puro, que parte de la premisa en virtud de la cual, en caso de no contar con un documento que permita dar inicio al proceso, la demanda se soporta en una simple manifestación del demandante muchas veces incierta, general y abstracta. Lo anterior permite inferir que el legislador no realizó un estudio comparado pertinente de la aplicabilidad de las normas traídas al sistema de recepción colombiano pues, como se expone a lo largo del presente escrito, mutó la concepción inicial de modelo documental a puro, sin atender a razones acordes a la realidad material del país porque “el papel puede plasmar una cosa y en la realidad puede darse otra”⁵¹.

Como consideración adicional, en el texto *La sociología del Derecho* se plantean los denominados factores externos e internos⁵². Los primeros hacen referencia al acceso a la justicia (que resulta ser uno de los fines del proceso monitorio), aunque la variable prevalente al respecto es la desconfianza y la lejanía social con la administración de justicia. En el caso del proceso monitorio puro en Colombia, debe tenerse en cuenta que personas jurídicas como corporaciones o empresas de gran poder económico⁵³ también podrían dar inicio a este proceso sin contar con soporte documental, pues no existe cualificación del demandante en el contexto del Código General del Proceso.

En ese orden de ideas, se requiere realizar una valoración en cuanto a qué tan eficaz puede llegar a ser la implementación del proceso monitorio puro respecto a su aplicación en la realidad social en Colombia, pues por regla general, las normas aplicables y el aparato estatal toman distancia de las necesidades sociales consideradas. Lo anterior genera un problema de inseguridad jurídica al tener en cuenta que el proceso monitorio se constituirá como el juicio estrella por la multiplicidad de relaciones jurídicas informales existentes en la actualidad nacional.

⁴⁹ ROBLES. “Sociología de las instituciones jurídicas, 3. Investigación sociológica de las instituciones, 3.2. sociología del derecho privado”. *Op. cit.*

⁵⁰ GÓNGORA, Mario. *Estado en el derecho indiano*. Universitaria, 1951.

⁵¹ ROBLES. “Sociología formal del derecho, 10. Incertidumbre”. *Op. cit.*

⁵² ROBLES. “Sociología de la decisión jurídica, 7.2.3 barreras de acceso a la justicia”. *Op. cit.*

⁵³ *Ibidem.*

5. Particularidades procesales del proceso monitorio en Colombia

En Colombia se decidió plantear esta novedad jurídica por medio del Proyecto de ley 196 de 2011, que desde el primer debate en Cámara tuvo como propósito “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...) asegurar el derecho a un proceso de duración razonable y la tutela judicial efectiva”⁵⁴. Lo anterior evidencia la preocupación del legislador por abarcar todas las aristas necesarias para alcanzar una administración de justicia de alta calidad.

En desarrollo de lo expuesto, el legislador se propuso realizar íntegramente dichas garantías a partir de prerrogativas como “el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas y el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso”⁵⁵. En este sentido, el proceso monitorio se presenta como uno de los mecanismos más representativos en cuanto al logro de los fines a los que se refiere el Código General del Proceso.

De otra parte, una de las doctrinas que trabaja con mayor juicio el tema del proceso monitorio es la italiana, dada la tradición jurídica que esta figura representa para su sistema y dentro de ella. Se resalta la obra del jurista Piero Calamandrei, quien incluyó dentro de sus célebres estudios una clasificación sobre este procedimiento especial⁵⁶ que se desarrolla a continuación: (i) El modelo puro, que se produce cuando no es preciso aportar junto a la demanda ninguna base documental y (ii) El modelo documental, que se caracteriza por la exigencia de un título documental, normalmente firmado por el deudor, que *prima facie* incorpore la existencia de una deuda⁵⁷.

Dichas modalidades se adaptan a los respectivos ordenamientos con base en el contexto sociológico propio de cada uno de los sistemas jurídicos. Esto demuestra el hecho de que “los límites geográficos de estos dos grandes grupos de procesos monitorios coinciden prácticamente con la extensión territorial de las

⁵⁴ COLOMBIA. Cámara de representantes. Primer Debate: Gaceta No. 250/11. Acta No. 061 de mayo 11 de 2011. Debate en Comisión, Acta No. 062, mayo 17 de 2011.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ NIEVA-FENOLL, Jordi; RIVERA, Rodrigo; COLMENARES, Carlos; CORREA, Juan. *El procedimiento monitorio en América Latina: pasado, presente y futuro*. 1 Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2013. p. 40.

⁵⁷ CALAMANDREI, Pietro. *El procedimiento monitorio, colección clásicos del derecho*. 1 Edición. Buenos Aires: Librería El Foro, 2006. p. 20.

dos culturas más extendidas en nuestro Viejo Continente, es decir, la cultura latina y germánica”⁵⁸. Así es como, mientras el proceso monitorio puro es aplicado por Alemania (§§688 a 703 d ZPO), Austria (§§488 y ss. ZPO), Portugal y parte de Suiza, el proceso monitorio documental se extiende por España (arts. 812 a 818 LEC), Italia (arts. 633 a 656 CPC) Francia (arts. 1405 a 1425 NCPC) y especialmente en la mayoría de países de América Latina⁵⁹.

En el contexto colombiano, resulta interesante observar que desde que se planteó el proyecto de ley y hasta su aprobación en sesión plenaria de la Cámara de Representantes, el proceso monitorio se consagró bajo la modalidad documental, de ahí que el artículo 419 del proyecto de ley indicara que “la deuda se podrá acreditar con cualquier documento, sin importar su forma o el soporte en donde se encuentre, siempre que provenga del deudor y aparezca firmado por él, o con su sello o marca o, en general, con cualquier documento que haga razonable la probabilidad de la existencia de la obligación”⁶⁰. No obstante, cuando se discutió en primer debate en el Senado de la República, se dispuso un proceso monitorio puro, que fue el acogido finalmente por el legislador al expedir la Ley 1564 de 2012.

Las disposiciones pertinentes a un proceso documental se suprimieron porque, de acuerdo con el senado, “a través del proceso monitorio puede llevarse a cabo de manera idónea la misma función que en la actualidad se cumple a través de otro tipo de procedimientos, como lo son el interrogatorio de parte solicitado como prueba anticipada, en el que se busca constituir un título ejecutivo a partir de

⁵⁸ NIEVA-FENOLL, Jordi; RIVERA, Rodrigo; COLMENARES, Carlos; CORREA, Juan. *El procedimiento monitorio en América Latina: pasado, presente y futuro*. 1 Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2013. p. 41.

⁵⁹ NIEVA-FENOLL. *Op. cit.* p. 41.

⁶⁰ Adicionalmente disponía “La deuda se podrá acreditar también con documentos que provengan del acreedor, como facturas, facsímiles, telegramas, y en general cualquier otro documento que habitualmente se acostumbre en las relaciones que se afirmen existentes entre deudor y acreedor, que permitan deducir con probabilidad que los documentos enunciados en el artículo anterior eran de utilización normal en la relación invocada”. El artículo 421 referido al trámite indicaba “si la demanda cumple los requisitos indicados en el artículo anterior, y si de lo relatado en ella y de los documentos que se acompañan, apreciados por el juez de conformidad con las reglas de la sana crítica, se concluye que existe un principio de existencia de la prueba, el juez ordenará requerir al deudor para que en el plazo de diez días realice el pago al acreedor, o comparezca y exponga por escrito las razones concretas que le sirven de sustento para negar total o parcialmente la existencia de la deuda reclamada”. COLOMBIA. Cámara de representantes. Gaceta No. 995 de 2011 y Gaceta No. 822 de 2011. Texto definitivo aprobado en sesión plenaria al proyecto de ley 196 de 2011. Plenaria 094 del 18 de octubre de 2011.

la confesión provocada de la contraparte⁶¹. Es decir, en aras de no obstaculizar el acceso a la justicia se decidió suprimir aquellos formalismos que a juicio del legislador impedían vislumbrar las ventajas que representa el proceso monitorio frente a otras figuras procesales.

Sin embargo, aunque la elección del proceso monitorio en la modalidad de puro representa unos loables objetivos, hay que aterrizar dichos fines a la realidad para que no se turbe su aplicación, pues, como afirma Del Casso, el proceso monitorio no constituye de hecho más que una sutil adaptación del proceso ordinario a las necesidades prácticas del derecho material que se sustancia a través de sus cauces⁶². En tal virtud, resulta indispensable que el legislador revise el aspecto sociológico y material de la norma y, a partir de ahí, se analice el impacto práctico que tienen las disposiciones promulgadas.

Por otra parte, cabe la duda, al basarse en el artículo 420 del Código General del Proceso, de si el legislador, en un intento por no adoptar el modelo estrictamente puro, se inclinó por un modelo mixto al obligar al demandante a manifestar bajo juramento que no existen pruebas documentales de la obligación. No obstante, dicha exigencia no puede equipararse ni confundirse con la presentación de un documento fehaciente que cumpla con el principio de prueba de existencia. Lo anterior porque la mera manifestación del demandante, si bien es una formalidad, no conlleva en sí mismo valor probatorio, el cual, bajo la perspectiva ya estudiada en los demás países, lo da la importancia de presentar un documento que busca certeza y buena apariencia y evita dudas de la existencia del crédito. Por tanto, la manifestación juramentada de que no existen documentos no deja de ser unilateral ni cumple con la finalidad que busca el documento; en conclusión, no cambia la esencia de modelo puro, el cual se basa en el inicio del proceso monitorio con la sola afirmación.

En este orden de ideas, y de acuerdo a lo expuesto hasta el momento, se pueden realizar un par de conclusiones preliminares: en primer lugar, que Colombia es el único país latinoamericano que cuenta con el proceso monitorio puro (no mixto como algunos académicos sostienen) y, en segundo lugar, que la adopción de dicho modelo está fundamentada en un anhelo del legislador por traer al ámbito jurídico colombiano una figura que represente mayores ventajas que las ya consagradas por el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, es preciso entrar a revisar la importancia del soporte documental con el fin de demostrar las ventajas que dicha modalidad representa al ser una figura que se adecua mejor al ámbito colombiano y a su realidad jurídica.

⁶¹ COLOMBIA. Senado de la República de Colombia, Primer debate Senado: Gaceta No. 114/12, abril de 2012.

⁶² NIEVA-FENOLL. *Op. cit.* p. 42.

6. La necesidad de aportar un principio de prueba documental en el proceso monitorio

La existencia de un apoyo documental es necesaria e ineludible en la gran mayoría de procesos judiciales. Dicha premisa parte de un sustento lógico que refiere al documento como aquel medio “que garantiza la mayor fidelidad, que pueda quedar comprometida por la acción del tiempo sobre la memoria humana”⁶³, lo cual permite que este medio de prueba se separe de influencias externas que podrían alterar su realidad. Para el caso en concreto de la aplicación del proceso monitorio en Colombia, habría sido una ventaja importante para el accionante el hecho de que cuente con un principio de prueba que permita identificar y verificar las posibles defraudaciones o corrupciones al sistema.

Otra de las virtudes del documento es que este supere los obstáculos de espacio y tiempo⁶⁴, pues el medio documental tiene la capacidad de materializar un hecho de tal manera que pueda ser reconocido de forma objetiva por parte del observador con posterioridad. En este sentido, si se presenta una reclamación por parte del accionante, sólo se iniciará el proceso monitorio cuando la solicitud demuestre tener el mérito suficiente para mover el aparato judicial, lo cual permite la verificación de una situación fáctica concreta.

La existencia jurídica del documento se justifica en las funciones que desarrolla. La primera se refiere al carácter extraprocesal, de naturaleza sustancial y solemne y la segunda al carácter procesal y probatorio para la demostración de un hecho⁶⁵. Por tanto, es necesaria su inclusión en el proceso monitorio al ser el medio por el cual se demostrará un elemento fáctico esencial consistente en la existencia de una obligación dineraria de carácter contractual insatisfecha por parte del deudor.

El proceso monitorio, en general, surge como una alternativa que le permite al ciudadano de a pie acceder a un proceso más ágil y eficaz que un proceso declarativo ordinario. No obstante, a partir del análisis sociológico referente al trasplante jurídico del proceso monitorio en Colombia, se determina que no es suficiente la simple afirmación del acreedor para empezar a desarrollar el *iter* procesal. Pues para obtener un resultado óptimo, es preciso contar con la “inicial garantía que aquellos documentos ofrecen acerca de la aparente existencia de un derecho de crédito”⁶⁶.

⁶³ CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. 1 Edición. Buenos Aires: Ediciones Arayu, 1995. p. 121.

⁶⁴ PARRA, Jairo. *Tratado de la Prueba Judicial*. Tomo III. 3 Edición. Bogotá: Librería del Profesional, 2003. p. 14.

⁶⁵ PARRA, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. 14 Edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2004. p. 538.

⁶⁶ MONTERO, Juan. *El Proceso Monitorio*. Edición Séptima. Tomo II. España. Tirant Lo Blanch. 2012. Tema 38. p. 4.

La idea principal es que se garanticen al individuo que quiere acceder a la administración los medios para hacerlo, siempre y cuando cuente con un principio de prueba que resulte razonable para poder incoar una reclamación. La base documental no requiere unas exigencias formales tan estrictas como las que plantea el actual artículo 488 del Código de Procedimiento Civil (CGP, art. 422), sino que se busca que su “incoación dependa de la presentación de un documento que ofrezca (...) una buena apariencia jurídica de la deuda”⁶⁷, pues se refiere a los documentos cuyos “usos tienen aceptados como expresión ordinaria de deudas verdaderas, sin que su enunciado constituya una lista cerrada, sino abierta”⁶⁸.

Es decir, que la persona del común tiene varias opciones para acceder a la administración de justicia. En un primer escenario, se puede plantear una situación en la cual la persona cuente con un documento, que por sus características encuadre en los requisitos que exige el ordenamiento procesal para conformar un título ejecutivo, caso en el cual puede iniciar un proceso ejecutivo por contar con un derecho, en principio, cierto e indiscutible. En un segundo escenario, se plantea la circunstancia por la que atraviesa un individuo que, si bien no tiene un título ejecutivo constituido, cuenta con alguna clase de documento que le brinde al juzgador una apariencia de deuda verdadera, caso en el cual podrá iniciar un proceso monitorio.

Este último enunciado cobra gran relevancia para la realidad colombiana y es preciso que el legislador lo tenga en cuenta, pues esto implicaría que el ciudadano pudiera presentar documentos que, aun cuando no tuvieran formalidad legal, se convierten en representaciones de la igualdad real de las partes que pregona el artículo 4° del Código General del Proceso. Lo anterior, dado que se genera un mayor equilibrio entre demandante y demandado con el fin de lograr una mayor confianza en el sistema procesal por parte del Estado al verificar que no se está privilegiando a alguno de los extremos de la *litis*.

El proceso monitorio ha sido adoptado en los diferentes continentes porque su estructura posibilita un mayor alcance del poder jurisdiccional en la solución de controversias. No obstante, a nivel latinoamericano la modalidad de proceso con mayor éxito y acogida es el documental. Esto tiene una explicación en las especialísimas características que representan a los grupos sociales y, en el caso concreto, a la población colombiana, en la que un principio de prueba podría evitar defraudaciones por parte de los sujetos procesales. En ese sentido, dichos documentos podrían ser aceptados por parte del juez para iniciar el proceso monitorio siempre y cuando en él se logre determinar las características básicas que exige el artículo 419 y siguientes del Código General del Proceso. Es decir, que demuestren ser

⁶⁷ MONTERO. *Op. cit.* p. 5.

⁶⁸ *Ibidem*.

obligaciones contractuales de mínima cuantía, de carácter dinerario y que acrediten el vínculo jurídico entre acreedor y deudor.

Por otro lado, es importante tener presente que el legislador desde el primer debate en la Cámara se propuso desarrollar los mandamientos constitucionales que le imponen “garantizar a todos los asociados en condiciones de igualdad el derecho al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y el cumplimiento estricto de los términos procesales, lo que equivale a asegurar el derecho a un proceso de duración razonable y la tutela judicial efectiva, en la forma contemplada en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad en virtud del mandato del artículo 93 de la misma obra”⁶⁹. Es por esto que es importante resaltar que se presenta como fin el logro de la igualdad de las partes y es este un aspecto que a partir del ámbito probatorio logra garantizar el documento siempre y cuando genere las mismas cargas y prerrogativas para los sujetos procesales.

La igualdad, es uno de los preceptos con los que debe contar una sociedad que pretende alcanzar un orden social justo. Es por esto que la Carta Política colombiana de 1991 en su artículo 13 consagró dicho principio como uno de los elementos que conforman el denominado Estado Social de Derecho en los siguientes términos: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación (...). El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”.

Por ello, las diferentes ramas del Derecho deben seguir dicha directriz para que se respeten y se lleven a cabo los fines constitucionales. Por ejemplo, en el ámbito del Derecho Procesal, el Código General del Proceso en su artículo 4° dispone que “El juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes”, lo que se traduce en aterrizar la regulación procesal a la realidad del grueso de la población que acude ante la jurisdicción para que se logre una correcta administración de justicia.

En esa misma línea, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha encargado de analizar las diferentes aristas de la igualdad y en uno de sus múltiples pronunciamientos señaló: “el principio de igualdad, se traduce en la garantía a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias”⁷⁰. En lo que respecta al proceso monitorio puro, es evidente el beneficio que se le da al demandante de poder demandar su causa sin algún soporte documental.

⁶⁹ COLOMBIA. Cámara de Representantes, Primer debate Cámara: Gaceta No. 250/11. Acta No. 061 de mayo 11 de 2011. Debate en Comisión, Acta No. 062. Mayo de 2011.

⁷⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad. Junio 10 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

La comisión redactora de la Ley 1564 del 2012 consideró la celeridad del proceso como la vía predilecta para lograr que el denominado ciudadano de a pie hiciera efectivo sus derechos. Es importante recalcar que en un principio saltan a la vista las ventajas de este aporte, pues es claro que el proceso monitorio puede constituir una herramienta importante para facilitar la tutela efectiva de los derechos por parte del Estado y el acceso a la justicia. No obstante, es aún más relevante tener claro que no siempre la obviedad nos lleva a resultados certeros en la práctica.

Es por esto que resulta fundamental evaluar todas las posibles aristas y variables que puedan intervenir en el desarrollo de los fines del proceso monitorio puro, pues es importante reconocer que se pueden tener los propósitos más loables pero, si no se tienen los instrumentos y mecanismos adecuados de interpretación, es probable que no se termine por respetar la naturaleza de las instituciones. En ese orden de ideas, el hecho de que el ordenamiento requiera un procedimiento celeré no implica desconocer las bases constitucionales de igualdad y debido proceso que deben regir todas las actuaciones procesales.

7. Medidas cautelares en el contexto del proceso monitorio en Colombia

La institución jurídica de las medidas cautelares juega un papel fundamental en la implementación del proceso monitorio puro en Colombia por ser estas “un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia”⁷¹ bajo el carácter de petición accesoria que el demandante hace al juez en ejercicio del derecho de acción. El objetivo de lo anteriormente expresado es “asegurar el resultado final de un litigio en el supuesto de obtener una sentencia favorable a la pretensión demandada”⁷², garantizar la igualdad de las partes en el proceso y contribuir así a una justicia eficaz⁷³, siempre que su aplicación resulte proporcional al caso concreto y al tipo de proceso en particular.

En ese sentido, el Código General del Proceso Colombiano plasma la intención del legislador de dar acogida a las cautelares en el contexto del proceso monitorio puro y rompe el esquema tradicional del modelo documental latinoamericano al establecer que “podrán practicarse las medidas cautelares previstas para los demás procesos declarativos” y que “dictada la sentencia en favor del acreedor, proceden

⁷¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de inconstitucionalidad. C 490 de 2000. M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Expediente D-2650.

⁷² ALVARADO, Adolfo. *Las cautelares procesales. Crítica a las medidas precautorias*. Facultad de jurisprudencia, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Editorial Universidad del Rosario, 2010. p. 29.

⁷³ FORERO, Jorge. *Medidas Cautelares en el Código General del proceso*. 1ª Edición. Pontificia Universidad Javeriana: Editorial Temis, 2013. p. 1.

las medidas cautelares propias de los procesos ejecutivos”. De ahí que en el proceso monitorio en Colombia se dé aval a la posibilidad de solicitar medidas cautelares (incluso cuando no se tiene soporte documental) en dos sentidos: i) desde la formulación de la demanda proceden las medidas cautelares propias de los procesos declarativos (CGP, art. 590), y ii) que de haber sentencia favorable al acreedor, es viable solicitar el embargo y el secuestro como medidas cautelares de los procesos ejecutivos.

Al partir de la lectura de las normas colombianas, se afirma que el proceso monitorio puede iniciarse con una manifestación del demandante respecto de la existencia de una deuda dineraria porque se le otorga a esta un cierto grado de apariencia de certeza y se le da un reconocimiento de plena prueba. No obstante, debe tenerse en cuenta que “tanto el legislador como el juez, en el momento de ponderar la procedencia de las medidas cautelares, deben atender, no sólo a los criterios que de manera general se predicán de todas ellas, sino también a la consideración del tipo de medida que resulte aplicable en cada caso”⁷⁴ y en el proceso monitorio, que parte de la base de una declaración juramentada sin principio de prueba escrito en relación con el artículo 590 del Código General del Proceso, que consagra las medidas cautelares de los procesos declarativos, no es clara la eventual aplicación de las mismas por las incoherencias y restricciones con relación a dicho proceso.

Es ineludible resaltar el carácter conservativo de las medidas cautelares en un proceso, porque se protege el derecho correlativo que tiene todo acreedor a la ejecución forzada o coactiva frente al deudor incumplido con el propósito de impedir que en el patrimonio de este último se presenten modificaciones o mutaciones⁷⁵. Lo anterior, “puesto que se trata de un efecto de la obligación civil, que no del título ejecutivo”⁷⁶. Pero no se puede desconocer el hecho de que para materializar ese derecho sustancial, en el marco del proceso monitorio debería ser necesario aportar como principio de prueba un instrumento fehaciente⁷⁷ que dé cuenta de que la obligación existe y que hay identidad de sujetos en lo que respecta al vínculo jurídico de la obligación dineraria para dar criterios objetivos de valoración y mayor apariencia de certeza a la pretensión. Esto porque con las cautelas eventualmente

⁷⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de inconstitucionalidad. C 039 del 2004. M. P.: Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-4664.

⁷⁵ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Decisión No 2751 del Juzgado segundo de Primera Instancia en lo civil, mercantil, tránsito y bancario. Estado de Cojedes, 3 de noviembre de 2014 Que toma como referencia a VÁZQUEZ, Iván. *Algunos secretos del procedimiento por intimidación*. 1995.

⁷⁶ ÁLVAREZ, Marco. *Ensayos sobre el Código General del proceso*. 1 Edición. Editorial Temis, 2014. p. 5.

⁷⁷ CALVINHO. *Op. cit.* p. 136.

puede verse afectado el debido proceso y el derecho de defensa del demandado si su implementación no resulta proporcionada y razonable⁷⁸.

Respecto de lo anterior, la jurisprudencia internacional de países como Venezuela y España evidencia que de no contar con un instrumento que acredite la existencia de la deuda se generan problemas de aplicación y de coherencia por la poca correspondencia entre las características y requisitos propios de las medidas cautelares de carácter patrimonial y las consecuencias que genera el decreto de las mismas en el marco del proceso monitorio. Por ello, en Venezuela la tendencia es que “la medida cautelar de este procedimiento es de carácter preventivo y provisional y su presupuesto de hecho directo es el tipo de documento que fundamenta la demanda”⁷⁹, lo que, en otras palabras, implica que el presupuesto esencial de la concesión de las medidas cautelares es la presencia de un documento particularmente calificado por la ley⁸⁰.

No obstante, es válido preguntarse ¿qué tan viable resulta el decreto de las medidas cautelares en el proceso monitorio cuando se soporta desde una declaración unilateral de parte? Si es evidente que dicho proceso adopta la modalidad de no documental, en principio, no es necesario aportar un instrumento o un principio de prueba que dé sustento efectivo de la obligación. Para la procedencia de las medidas cautelares, el juez debe atender a determinados presupuestos señalados por la doctrina y la jurisprudencia como son: la verosimilitud del derecho, *fumus boni iuris*, *suspectio debitoris*, *periculum in mora* y *periculum in damni*.

En ese orden de ideas, en el proceso monitorio puro, y cuando no se cuenta con un principio de prueba documental que justifique la apariencia de certeza mínima de la pretensión, se estarían generando problemas de coherencia entre las características propias de las medidas cautelares y la naturaleza del mencionado proceso. Esto es distinto a lo que ocurre en el modelo estrictamente documental porque muchas legislaciones, como la venezolana, encuentran la justificación de las cautelas en la existencia de un documento (que no un título ejecutivo).

De ahí que con ese principio de prueba escrito, la medida cautelar tendría mayor humo de buen derecho y posiblemente sí se cumpliría con la finalidad de esos instrumentos procesales que es asegurar o garantizar una obligación determinada de un acreedor que no cuenta con un título ejecutivo y elige recurrir a esta vía para satisfacer

⁷⁸ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de inconstitucionalidad. C 490 de 2000. M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Expediente D-2650.

⁷⁹ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación civil. Sentencia del 26 de julio de 1989.

⁸⁰ SÁNCHEZ, Abdón. *Las medidas cautelares en el procedimiento por intimación*. Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes. No 29. 2012. Centro de investigaciones jurídicas. Mérida. p. 22.

su crédito. Esa es, precisamente, la gran diferencia entre un proceso monitorio, cuya demanda se sustenta en un documento, pues en ese caso sí se justificaría dar aval a las medidas cautelares porque se cumplen los presupuestos de las mismas (aunque en un mínimo sentido), y una demanda monitoria fundamentada en una simple declaración de la existencia incierta e infundada de una deuda constitutiva de una obligación dineraria, en la que se permitan las cautelas del 590 Código General del Proceso, pese a la contradicción de sus presupuestos con el proceso mismo.

Al atender a criterios de la lógica, es necesario advertir que si se armonizan los requisitos del decreto de las medidas cautelares patrimoniales con los requerimientos que exige el proceso monitorio en Colombia, existiría un desfase entre estas pretensiones accesorias y el proceso, cuando la parte no cuente con un documento y no se exija sustento probatorio diferente de una manifestación que acredite identidad de objeto, sujeto y causa de la obligación y que además pueda determinar de forma razonable que esta, en efecto, se hizo exigible en la demanda. Lo que en este caso atiende a criterios “pro-acreedor”, en detrimento del extremo pasivo de la *litis* y de las garantías procesales propias que se desprenden del debido proceso.

Así, por ejemplo, el hecho de privilegiar el acceso a la justicia de una persona que tiene un crédito informal, al tener en cuenta que la función del proceso monitorio es pre-constituir un título ejecutivo por la vía de un procedimiento célere, hace evidente una oda al “eficientismo” en aras de lograr metas en corto plazo, que sacrifican correlativamente derechos y garantías de valor superior. Por eso, debe dársele un tratamiento distinto a la viabilidad de las medidas cautelares en el proceso monitorio documental (en el que eventualmente sí sería viable su decreto) y a la consecuente improcedibilidad de las mismas en el ámbito del proceso monitorio rigurosamente puro, por las incoherencias que se presentan en el análisis de ambas instituciones jurídicas.

Consecuentemente con lo dicho, en el caso colombiano un proceso declarativo por regla general parte de la base de que el derecho es incierto y discutible, pero al tratarse del proceso monitorio, nacido de una declaración juramentada, de una u otra forma se le está atribuyendo un cierto grado de certeza (tinte de proceso ejecutivo) a una simple afirmación hecha por el acreedor en el caso de que no cuente con prueba documental alguna que le otorgue respaldo y sustento a su pretensión. Además, se le da vía libre a la solicitud de las medidas cautelares propias de los declarativos desde la formulación de la demanda y se refuerza la aplicación de las mismas cuando se hubiere obtenido sentencia favorable al demandante con la posibilidad de invocar las medidas cautelares propias de un proceso ejecutivo, lo cual resulta desproporcionado frente a la ausencia de un instrumento fehaciente⁸¹

⁸¹ Hernández, Gabriel. *La reforma al proceso ejecutivo: estudio del impacto que sobre este tiene el análisis económico del Derecho*. Editorial Universidad del Rosario- Facultad de jurisprudencia. 2014. pp. 36-37.

que acredite la deuda cuando en determinada situación se admita la demanda a partir de la afirmación del acreedor-demandante.

Como criterio adicional, es posible deducir que resulta lesivo el decreto de las cautelas al inicio del proceso monitorio sin sustento documental. Las principales razones son: el hecho de que se rompe la imparcialidad del juez cuando no existen criterios objetivos de valoración en el evento en que el proceso se inicie sin anexar como prueba un instrumento que justifique su viabilidad y una “manifestación” no bastaría para acreditar la existencia de la obligación y la identidad de sujetos inmersos en los extremos de la *litis* y porque es el mismo juez quien va a constituir el título ejecutivo con declaración de parte que puede considerar como aparentemente cierta o no.

El interrogante en este punto recae en si se vulnera o no el derecho a la igualdad de las partes cuando sea posible solicitar medidas cautelares en un proceso que se inicia con una simple afirmación del acreedor y en el que, además, frente a la falta de oposición del demandado, estas sean materializadas, porque con el proceso monitorio se está anticipando el contenido de la sentencia si el demandado no concurre al proceso, pues se constituiría el título ejecutivo y el proceso mutaría su cauce.

Adicionalmente, en lo que a la inversión del contradictorio respecta, es al deudor a quien le corresponde controvertir la manifestación inicial del demandante “con explicación de las razones por las cuales considera no deber en todo o en parte, para lo cual deberá aportar las pruebas en que se sustenta su oposición”⁸². Es innegable la dificultad probatoria que sobre el demandado recae y que debe asumir si pretende obtener sentencia favorable en el proceso, lo cual resulta contrario a toda lógica porque, por regla, en un proceso declarativo es el acreedor quien tiene la carga de la prueba y está interesado en salvaguardar su crédito y asegurar su efectivo cumplimiento.

Consecuentemente con lo dicho, lo que se analizará a continuación son los postulados doctrinales sobre los presupuestos de toda cautela, “que deben concurrir contemporánea y sucesivamente para que cualquiera de ellas tenga eficacia y su resultado sea eficiente”. Estos deben ser ponderados por el juez cuando va a otorgar las medidas cautelares en el marco del proceso monitorio: verosimilitud del derecho o *fumus boni iuris*, *suspectio debitoris*, *periculum in mora* y *periculum in damni*.

En ese orden de ideas, “es verosímil lo que tiene apariencia de ser verdadero y resulta creíble”⁸³, bajo ese entendido, y en atención a la naturaleza del proceso monitorio, lo que se pretende con la cautela es preservar la ejecución de un derecho incierto, pero no resulta razonable, que haya lugar al decreto de las mismas cuando

⁸² REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1564 de 2012. Código General del Proceso, artículo 421, inciso 4.

⁸³ ALVARADO. *Op. cit.* p. 47.

no hay un principio de prueba que acredite dicha situación jurídica. A su vez, cuando la manifestación que el demandante hace bajo juramento constituye plena prueba (porque el fundamento de la acción parte de un supuesto cierto o no, que realiza un sujeto que afirma ser acreedor de una obligación dineraria de carácter contractual), se permite un criterio interpretativo extenso e ilimitado al juez, porque se otorgará la cautela según lo que este último cree y “acepta subjetivamente”⁸⁴ como verdad aparente. Lo anterior conculca las garantías procesales del demandado, en la medida en que no se estará asegurando la imparcialidad del juez.

En lo que al peligro en la demora respecta, es necesario que se “afirme y se acredite inicialmente por el cautelante la existencia de urgencia en la obtención de la cautela, pues se corre un grave peligro de que la demora frustre el derecho litigioso”⁸⁵, lo que aparentemente no cuadra con la finalidad del proceso monitorio, ya que se supone que por su naturaleza celeré tendría que evacuarse en un lapso breve y razonable.

Ahora, y tratándose del denominado *periculum in damni* que “se exige en función de la finalidad anticipatoria que puede cumplir la medida innovativa, y consiste en establecer los daños que se producirían si no se otorgara la medida total o parcialmente”⁸⁶, es viable resaltar que en Colombia existen varios factores “atenuantes” a la premisa al hablar del proceso monitorio, en el caso de que no se aporte documento como sustento de las pretensiones: 1) Es de mínima cuantía (Máx. 40 SMLMV). 2) Es de breve duración (en principio, no tendría por qué verse lesionado el interés económico del demandante por ese motivo). 3) Existiría una desproporción entre la concesión de la cautela a partir de una manifestación unilateral y el derecho fundamental al debido proceso y la igualdad de las partes, por la dificultad probatoria para el demandado de controvertir dicha afirmación, por lo cual este debe “aportar pruebas en que se sustenta su oposición”⁸⁷.

Para proseguir con el debate, del hecho de no contar con un principio de prueba documental surgen problemas de viabilidad y de aplicación de los parámetros establecidos en el artículo 590 del Código General del Proceso sobre medidas cautelares y el proceso monitorio puro, por lo cual es posible colegir que desde la formulación de la demanda:

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ AGUIRRÉZABAL GRÜNSTEIN, Maite. “Comentarios de Jurisprudencia- Derecho procesal”. En: *Revista Derecho SCielo*. Versión On-line ISSN 0718-8072. RChDP no.21 Santiago diciembre de 2013. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000200021>

⁸⁷ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República, Ley 1564 de 2012. Julio de 2012. Código General del Proceso, artículo 421. Título III. Cap. IV. Procesos declarativos especiales. Proceso monitorio- Trámite: “Si dentro de la oportunidad señalada en el inciso primero el demandado contesta con explicación de las razones por las que considera no deber en todo o en parte, para lo cual deberá aportar las pruebas en que se sustenta su oposición”.

- i) No procederá la inscripción de la demanda porque esta versa únicamente sobre bienes sujetos a registro y tampoco aplicará el secuestro de bienes, porque el presupuesto para una u otra medida es que “la demanda verse sobre derecho real de dominio u otro derecho real principal”⁸⁸ y el proceso monitorio en Colombia parte de la base de la existencia de un derecho personal correspondiente a un crédito.
- ii) No resultará viable la inscripción de la demanda sobre bienes de propiedad del demandado en procesos de responsabilidad civil extracontractual ni contractual (para el caso), cuando se acumule una pretensión de condena inherente al pago de perjuicios, porque el proceso monitorio en el contexto nacional exige que la obligación dineraria de carácter contractual sea “determinada y exigible”⁸⁹. Además, para solicitar indemnización de perjuicios se debe acudir a la figura del juramento estimatorio que señala que “quien pretenda el pago de una indemnización (...) deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda”. Lo anterior rompe con el esquema planteado para el proceso monitorio, que es que la deuda sea “determinada”, y una estimación razonada no ostenta dicha connotación⁹⁰.
- iii) Finalmente, respecto de la medida cautelar genérica o innominada, se señala que su carácter es residual en relación a las otras cautelas, sin embargo, no es clara su aplicación cuando en el proceso monitorio puro es el acreedor quien solicita la medida que considera útil, proporcional y necesaria para asegurar su derecho. Además, provee al juez con “un amplio margen de discrecionalidad para decidir sobre esas medidas”⁹¹. Se destaca esta última afirmación, porque en ese contexto el director del proceso no tendría ningún criterio objetivo de análisis de la medida, lo cual evidencia un exceso de potestades en cabeza de aquel, en detrimento del debido proceso⁹² y su previsión terminaría siendo inane⁹³.

⁸⁸ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República, Ley 1564 de 2012. Julio de 2012. Código General del Proceso, artículo 590. Título I. Cap. I. Medidas cautelares en procesos declarativos.

⁸⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República, Ley 1564 de 2012. Julio de 2012. Código General del Proceso, artículo 419. Título III. Cap. IV. Procesos declarativos especiales. Proceso monitorio.

⁹⁰ HERNÁNDEZ. *Op. cit.* pp. 40 - 41.

⁹¹ VILLAMIL, Edgardo. *Memorias del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. ISSN 2322-6560. Primera edición. Bogotá Colombia: Universidad Libre Bogotá D.C., 2012. p. 175.

⁹² Al respecto, la doctrina internacional ha señalado que no procede la medida cautelar innominada, pero atiende más a criterios de taxatividad de las medidas cautelares y a la normativa interna propia de cada Estado. (Ver artículo sobre el proceso por intimación en Venezuela).

⁹³ HERNÁNDEZ. *Op. cit.* pp. 40 - 41.

De lo anterior es posible afirmar que al tratarse de la medida cautelar genérica el criterio de imparcialidad del juez quedará en entredicho cuando este último la decreta a partir de una “manifestación clara y precisa de que el pago de la suma adeudada no depende del cumplimiento de una contraprestación a cargo del acreedor”⁹⁴, porque el demandante resultará beneficiado, en detrimento del supuesto deudor y correlativamente se le atribuirá a mencionados instrumentos procesales una aplicación irrazonable e injustificada desde la formulación de la demanda en el juicio monitorio⁹⁵.

Respecto del tema de las medidas cautelares, la propuesta principal es que no sea posible su aplicación en el ámbito del proceso monitorio, que parte de una declaración juramentada de parte (modelo puro), por las incoherencias existentes entre las dos instituciones jurídicas y porque sería nocivo en lo referente a las garantías que se desprenden del derecho fundamental al debido proceso contenido en la Carta Política colombiana. No obstante, de no ser posible la materialización de la propuesta inicial, la premisa debería ser que la aplicación de dichos instrumentos procesales sea posible únicamente en el contexto del proceso monitorio estrictamente documental, como las reglas de la experiencia latinoamericana indican.

Por otro lado, en lo que se refiere al análisis de la procedencia cautelar, es preciso indicar algunos aspectos que diferencian la prueba documental y el juramento por ausencia de dicha prueba:

- i) La practicidad en la evaluación probatoria por parte del juez: la prueba documental, en su aspecto práctico, “funciona sin mayores contratiempos, a pesar de que ciertos aspectos en particular, como la falsedad del documento o la aportación de los mismos, pueden ser objeto de revisión con el propósito de favorecer la agilidad”⁹⁶. Mientras que la simple manifestación del demandante, propuesta por la Ley 1564 de 2012 del Código General del Proceso, genera al evaluador judicial revisión de otros medios probatorios que certifiquen su veracidad, toda vez que su sustento puede llegar a ser meramente subjetivo.

⁹⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República, Ley 1564 de 2012. Julio de 2012. Código General del Proceso, artículo 419 #5.

⁹⁵ HERNÁNDEZ, Gabriel. *Jurisdicción y competencia: funciones jurisdiccionales de las autoridades administrativas*. En: Ley 1564 de 2012 comentada con artículos explicativos de miembros del ICDP. Bogotá, 2014. p. 217. Ahora, el sustento jurisprudencial de dicha afirmación se solidifica con la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, C-835 de 2013, en la que se declaró la inconstitucionalidad de que una autoridad administrativa pudiese decretar “cualquier otra medida que encuentre razonable para garantizar el ejercicio de las funciones de inspección vigilancia y control”, al referirse a la medida cautelar innominada.

⁹⁶ ROJAS, Sergio. *La prueba como aspecto de necesaria consideración para hacer de la oralidad una realidad material en el proceso civil*. Instituto de Derecho Procesal Colombiano – ICDP. Fecha de recepción: 21 de noviembre de 2010.

- ii) El momento de su creación: la prueba documental se genera, por lo general, simultánea al momento en que se contrae la deuda, mientras que la simple manifestación del demandante es posterior al hecho cuya veracidad se discute.

En este sentido, el documento, al consagrar el hecho a probar con mayor proximidad que el juramento, resulta un elemento probatorio más preciso, teniendo en cuenta que su origen es anterior al conflicto.

- iii) La objetividad: el documento sirve para dejar constancia de un hecho, sin tener en cuenta puntos de vista de las partes que podrían distorsionar lo ocurrido.

De conformidad con lo anterior, se observa que la prueba documental ofrece mayores facilidades y ventajas prácticas que la simple manifestación del demandante. Así las cosas, el juramento propuesto como prueba en ausencia de la prueba documental podría generar más dificultades y tropiezos al proceso monitorio que ventajas.

Conclusiones

1. El proceso monitorio se constituye como institución jurídica estrella en el contexto global por su contribución a la celeridad de las actuaciones judiciales y la materialización del derecho a la tutela efectiva del crédito de quienes son acreedores de obligaciones informales.
2. En Latinoamérica, y en general en los países cuya tradición jurídica es el *civil law*, han optado por el proceso monitorio documental por ser garantía de seguridad jurídica y por permitir la implementación de otras instituciones relevantes en lo que al Derecho procesal respecta como lo son las medidas cautelares.
3. El legislador colombiano optó por dar acogida al proceso monitorio puro, aunque muchos académicos lo denominan modelo “mixto” porque pretenden abarcar lo mejor de los dos sistemas, al tener en cuenta que existen figuras, como el interrogatorio de parte como prueba anticipada, que suplen la falta de un principio de prueba documental y de esa manera imponen formalismos adicionales al mencionado procedimiento declarativo especial.
4. Es necesario un alto grado de certeza, fehaciencia y buena apariencia jurídica del derecho que se pretende hacer valer para poder promover un proceso monitorio, por eso es de suma importancia el aporte de un documento en el que se pueda inducir dicho derecho.
5. Tener como requisito un principio de prueba por escrito para dar inicio al proceso monitorio da lugar a que la probabilidad de oposición del deudor sea baja, con base en la alta certeza el derecho pretendido.
6. El proceso monitorio estrictamente documental atiende más a las necesidades propias del contexto nacional colombiano, en la medida en que es peligroso

que se pueda formular la demanda y solicitar medidas cautelares a partir de una simple manifestación de un aparente acreedor de una deuda dineraria, de carácter contractual y de mínima cuantía.

7. Las normas deben ser creadas con base en su destinatario. En el caso particular de Colombia, con la implementación del proceso monitorio debió haberse ponderado el derecho de los acreedores a tener un real y efectivo acceso a la justicia con el derecho de oposición que tiene todo demandado dentro del proceso y, en general, con las garantías que se desprenden del derecho fundamental al debido proceso.
8. En Colombia, el proceso monitorio será un mecanismo célere que agilice el cobro de deudas, pero no se puede compensar la urgencia de la rapidez en la administración de justicia con el desconocimiento de principios y valores del ordenamiento jurídico, así como tampoco irrumpir con el equilibrio de las partes que concurren al proceso.
9. La defensa del proceso monitorio documental en Colombia halla su fundamento en los trasplantes jurídicos de la figura que demarcan la regla general en los países latinoamericanos, esta es la de acoger en sus ordenamientos jurídicos internos la necesidad de apariencia de la existencia de la deuda con un principio de prueba por escrito para poder dar inicio al proceso.
10. El estudio de Derecho comparado de la institución jurídica del proceso monitorio en los países latinoamericanos, y en el caso particular de España, permite colegir que el proceso monitorio rigurosamente documental puede tener diferentes variaciones, pues unos países sólo admiten la figura para el pago de deudas dinerarias, en tanto que otros lo conciben también para la entrega efectiva de bienes, unos optan por limitar su cuantía, mientras que otros le dan aval a la posibilidad de ventilar asuntos de cualquier monto por la vía de dicho proceso.
11. Colombia es el único país latinoamericano que adoptó el proceso monitorio puro y no el estrictamente documental. El fundamento de su implementación halla su origen en un anhelo del legislador por traer al ámbito jurídico interno una figura novedosa que permitiera el real y efectivo acceso a la justicia, sin embargo, es un asunto que deja de lado la realidad fáctica nacional y el buen desarrollo del proceso en su modalidad de documental en los países que así lo concibieron.
12. El tema de las medidas cautelares resulta ser de especial relevancia, ya que la naturaleza jurídica de las mismas se opone a la del proceso monitorio puro, pues los presupuestos de unas y otro entran en contradicción al no ser posible el cumplimiento de los requisitos propios de aquellos instrumentos procesales accesorios como el *fumus boni iuris*, *suspectio debitoris* y *periculum in mora*.
13. Respecto del tema de las medidas cautelares, la propuesta es que no sea posible su aplicación en el ámbito del proceso monitorio que se inicie sin la exigencia

de un documento fehaciente. Sin embargo, sería viable la aplicación de dichos instrumentos procesales únicamente en el contexto del proceso monitorio estrictamente documental.

Referencias Bibliográficas

Libros

ALVARADO, Adolfo. *Las cautelas procesales. Crítica a las medidas precautorias*. Facultad de jurisprudencia, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Editorial Universidad del Rosario, 2010.

ÁLVAREZ, Marco. *Ensayos sobre el Código General del proceso*. 1 Edición. Editorial Temis, 2014.

ÁLVAREZ, Tulio. *Procesos civiles especiales contenciosos*. 2 Edición. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008.

BOTERO, Andrés. *Diagnóstico de la eficacia del Derecho en Colombia y otros ensayos*. 1 Edición. Medellín: Señal Editora y Fondo Editorial Biogénesis, 2003.

CALVINHO, Gustavo. *Debido proceso y procedimiento monitorio*. VV.AA, Director. Alvarado Velloso – Zorzoli, Ediar, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. 1 Edición. Buenos Aires: Ediciones Arayu, 1995.

DE SOUSA, Boaventura; GARCÍA, Mauricio, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Siglo del hombre Editores, 2001.

FORERO, Jorge. *Medidas Cautelares en el Código General del proceso*. 1 Edición. Pontificia Universidad Javeriana. Editorial Temis, 2013.

GARCÍA, Mauricio. *Normas de papel: la cultura del incumplimiento de reglas*. 1 Edición. Bogotá: Siglo del hombre, 2009.

HERNÁNDEZ, Gabriel. *La reforma al proceso ejecutivo: estudio del impacto que sobre este tiene el análisis económico del Derecho*. Editorial Universidad del Rosario - Facultad de jurisprudencia, 2014.

ITURRALDE, Victoria. “Validez y existencia”. *En: Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*. 1 Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

LÓPEZ, Diego. *Teoría impura del derecho – la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. 1 Edición. Bogotá: Legis, 2004.

MONTERO, Juan. *El proceso monitorio*. Tema 38. Edición séptima. Tomo II. España: Tirant Lo Blanch, 2012.

NIEVA - FENOLL, Jordi; RIVERA, Rodrigo; COLMENARES, Carlos; CORREA, Juan. *El procedimiento monitorio en América Latina: pasado, presente y futuro*. 1 Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2013.

PARRA, Jairo. *Tratado de la Prueba Judicial*. Tomo III. 3 Edición. Bogotá: Librería del Profesional, 2003.

PARRA, Jairo *Manual de Derecho Probatorio*. 14 Edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2004.

QUINTERO PÉREZ, Magda; BONETT ORTIZ, Samir. “El proceso monitorio: tendencia del Derecho procesal iberoamericano”. Ponencia en el Concurso para abogados en el marco de las XXIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, organizadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y el Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, en Ciudad de Panamá, el 26, 27 y 28 de marzo de 2014.

RIVERA, Rodrigo. “El procedimiento por intimación”. En: *El procedimiento monitorio en América Latina: pasado, presente y futuro*. 1 Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2013.

ROBLES, Gregorio. “Sociología de la decisión jurídica”. En: *Sociología del derecho*. 1 Edición. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

RODRÍGUEZ, José. *Derecho, ciudad y sociedad - ensayo de sociología jurídica crítica*. Bogotá: Centro de investigaciones socio jurídicas Universidad Incca de Colombia, 2008.

RUIZ, Ethelia. *Gobierno y sociedad en Nueva España: segunda audiencia y Antonio de Mendoza*. 1 Edición. Zamora de Hidalgo. El Colegio de Michoacán A.C. 1991.

VILLAMIL Edgardo. *Memorias del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, ISSN 2322-6560. Primera edición. Bogotá: Universidad Libre Bogotá, 2012.

YUNIS, Emilio. *¿Por qué somos así?: ¿Qué pasó en Colombia? Análisis del Mestizaje*. 1 Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2003.

Leyes y jurisprudencia

BOLIVIA. Estado Plurinacional de Bolivia, Proyecto de Ley “Código Procesal Civil”. Exposición de Motivos, 25 de abril de 2010.

BOLIVIA. Presidente Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia, Código Procesal Civil, 19 de noviembre de 2013.

BRASIL. Presidencia de la República Código de Procesos Civiles, 11 de enero de 1973.

COSTA RICA. La Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Ley de Cobro Judicial, 20 de noviembre de 2007.

ESPAÑA. Rey de España, Ley de Enjuiciamiento Civil, 8 de enero de 2000.

ESPAÑA. Rey de España, Ley de Enjuiciamiento Civil: Exposición de Motivos, 8 de enero de 2000.

ESPAÑA. Vicepresidente Segundo del Gobierno para Asuntos Económicos y Ministro de Economía y del Ministro de Justicia, Real Decreto 1417/2001, 27 de diciembre de 2001.

ESPAÑA. Rey de España, Ley de Medidas de Agilización Procesal, 11 de octubre de 2011.

PROVINCIA DE ENTRE RÍOS. Cámara de Diputados, Código Procesal Civil y Comercial, 20 de junio de 2007.

PROVINCIA DE LA PAMPA. Cámara de Diputados, Código Procesal Civil y Comercial, 12 de marzo de 1999.

PROVINCIA DE RÍO NEGRO. Cámara de Diputados, Código Procesal Civil y Comercial, 5 de septiembre de 2011.

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Tribunal Supremo De Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de julio de 1989.

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Congreso de la República de Venezuela, Código de Procedimiento Civil, 18 de septiembre de 1990.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Cámara de representantes. Primer Debate: Gaceta No. 250/11. Acta No. 061 de mayo 11 de 2011. Debate en Comisión, Acta No. 062, mayo 17 de 2011.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Senado de la República de Colombia, Primer debate Senado: Gaceta No. 114/12, abril de 2012.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de inconstitucionalidad. C 039 del 2004. M. P.: Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-4664.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de inconstitucionalidad. C 490 de 2000. M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Expediente D-2650.

REPÚBLICA DE ECUADOR. Asamblea Nacional, Proyecto de Código Orgánico General de Procesos, 24 de julio de 2014.

URUGUAY. Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, Código General del Proceso, 18 de octubre de 1988.

Recursos electrónicos

LANDONI, Ángel. “El proceso por audiencias en el Código General del Proceso de Uruguay”. En: Biblioteca jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3330/26.pdf> [consultada el 21 de marzo de 2015].

Portal Administración Justicia, “Guía Práctica del Procedimiento Monitorio”. Secretaría General de la Administración de Justicia. Disponible en: <https://www.>

administraciondejusticia.gob.es/paj/PA_WebApp_SGNTJ_NPAJ/descarga/guia%20n%C2%BA1_monitorio.pdf?idFile=59ce256e-11b1-46d9-b870-3a93d4a65c66 [consultada el 21 de marzo de 2015].

TAPIA, Martha; AGUILAR, Blanca. *La violencia nuestra de cada día*. 1 Edición. Print E-book. 2014.

Publicaciones científicas

ARIZA, Libardo. “Malicia indígena: el reconocimiento y la desconfianza en la puesta en marcha del régimen multicultural en Colombia”. En: *Revista de Derecho Público*. No 1. Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales. 1998.

AYMAR, Renato. “A Ação Monitoria Como Instrumento De Recuperação De Crédito Para As Empresas”. En: *Revista De Direito Privado E Processual Civil Contemporâneo*. No 1. Editora Revista dos Tribunais. 2010.

BALBUENA, Rafael. “Breves comentarios sobre el llamado proceso monitorio”. En: *Cuadernos de Estudios Empresariales*. No 9. Universidad Complutense de Madrid. 1999.

FAIRÉN, Víctor. “Ensayo sobre la evolución del Derecho de Navarra: desde la guerra de sucesión al Código Civil”. En: *Príncipe de Viana*. No 6. Gobierno de Navarra- Institución Príncipe de Viana. 1945.

GOMES, Jose. “A Prova Escrita Na Ação Monitoria”. En: *Revista Jurídica UNIGRAN*. No 6. Centro Universitário da Grande Dourados. 2001.

JIMÉNEZ, Marco. “Finding the Good in Holmes’s Bad Man”. En: *Fordham Law Review*. V.79. No 5. New York: The Fordham Law Archive of Scholarship and History. 2011.

MARINONI, Luiz, “Reexame Da Prova Diante Dos Recursos Especial E Extraordinário”. En: *Revista Genesis de Direito Processual Civil*. No 35. 2011. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

MARQUÉS, Wilson. “A açõonitoria”. En: *Revista da EMERJ*. No 1. Scola Da Magistratura Do Estado Do Rio De Janeiro. 1998.

MORALES, Jorge. “Mestizaje, malicia indígena y viveza en la construcción del carácter nacional”. En: *Revista de estudios sociales*. No 31. Universidad de los Andes. 2013.

PEREIRA, Santiago. “Los procesos civiles por audiencias en Uruguay. 20 años de aplicación exitosa del Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica” En: *Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje*. No 2. Ministerio de ciencia y Educación - Gobierno de España. 2009.

SÁNCHEZ, Abdón. “Las medidas cautelares en el procedimiento por intimación”. En: *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes*. No 29. Centro de investigaciones jurídicas - Mérida. 2012.

A EFETIVIDADE DA TUTELA JUDICIAL EM TEMPOS DE PROCESSO COOPERATIVO*

*Felipe Augusto Loschi Crisafulli***

Resumo

O positivismo jurídico, que serviu de parâmetro ao exacerbado apreço aos formalismos, já restou superado; atualmente, pugna-se pela renovação da leitura de todo o sistema e uma maior atenção aos princípios constitucionais durante o iter processual. Nessa toada, exsurge o princípio da cooperação, mediante o qual se incentiva a colaboração entre os sujeitos do processo, nomeadamente as partes, o magistrado e os demais auxiliares do juízo, a fim de garantir a celeridade e a efetividade na prestação da tutela jurisdicional. É daí que resulta o chamado processo cooperativo ou colaborativo, o qual prima por um equilíbrio entre o atuar de todos os participantes do feito, objetivando-se uma decisão judicial mais democrática, fundada no diálogo, na boa-fé objetiva, no contraditório e, sobretudo, na cooperação.

Palavras-chave: Formalismo; boa-fé objetiva; contraditório; efetividade; processo cooperativo ou colaborativo.

Recibido: marzo 12 de 2016 – Aprobado: julio 17 de 2016.

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: LOSCHI CRISAFULLI, Felipe Augusto. A efetividade da tutela judicial em tempos de processo cooperativo. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 44, julio- diciembre. 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 103-140.

** Doutorando em Direito Civil pela Universidade de Coimbra – Portugal. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, com menção em Direito Constitucional, pela Universidade de Coimbra – Portugal. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) – Brasil. Advogado.

Abstract

The legal positivism, which served as a parameter to the exaggerated formalities, has already overcome; currently, it is required to renew the reading of the entire system and a greater attention to the constitutional principles during the procedural iter. In this vein, the principle of cooperation arises, which encourages the collaboration between the subjects of the process, including the parties, the judge and the other assistants of judgment, in order to ensure the celerity and effectiveness of the judicial protection. Exactly from that results the so-called cooperative or collaborative process, which strives to strike a balance between the duties of all its participants, in order to develop a more democratic judicial decision, based on dialogue, objective good faith, contradictory and, above all, cooperation.

Keywords: Formalism; objective good faith; contradictory; effectiveness; cooperative or collaborative process.

Introdução

A evolução e o fortalecimento dos institutos e instituições, oriundas das diversas transformações por que passou (e continua a passar) a sociedade mundial, desde o século XVIII até o século XX, acarretou uma profunda mudança na análise metodológico-axiológica do Direito, muito em decorrência da superação da dicotomia Direito Público-Direito Privado¹, que permitiu reconhecer-se a superioridade hierárquica da normativa constitucional frente aos demais ramos do ordenamento jurídico², os

¹ “O modelo civilista herdado dos valores vigorantes no final do século passado está na pauta das discussões (...), compreender a *constitucionalização* do Direito Civil é imprescindível. (...) A releitura de estatutos fundamentais do Direito Privado é útil e necessária para compreender a crise e a superação do sistema clássico (...). Trata-se de um debate em aberto, poroso e plural”. FACHIN, Luiz Edson. “O Direito Civil Brasileiro Contemporâneo e a Principiologia Axiológica Constitucional”. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional: Anais do IV Simpósio Brasileiro de Direito Constitucional*. Curitiba, v. 3, p. 236, 2003. Grifo no original. Em semelhante lição: MORAES, Maria Celina Bodin de. “Constituição e Direito Civil: Tendências”. In: *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, n. 15, ago./dez., 1999. p. 101.

² PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 113; KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 300; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1996. pp. 136-140. Vale notar-se, ademais, que, “no que respeita (...) ao Direito Civil, o seu traço de constitucionalização atual, assunto(,) este(,) que também tem gerado enorme polémica entre juristas de todo o mundo[. t]rata-se, principalmente(,) de momento de incrível transformação do pensamento jurídico e de crise das instituições, que tem operado no sentido de se buscar extinguir o significado constitucional outrora atribuído aos códigos civis modernos, e carrear

quais, portanto, retirando seu âmbito de validade diretamente daquela, devem ser estudados em consonância (numa relação quase de subserviência) com tais normas, fundantes da ordem jurídica nacional³.

É dizer-se: o novo papel desempenhado pela Constituição, que deixou de carrear meras normas programáticas, isto é, deixou de corresponder a uma simples carta de intenções e passou a ocupar um papel fundamental, de principal fonte normativa do Direito, afetou todos os diversos ramos jurídicos, de modo que o Direito Processual, a exemplo dos demais, passou, então, a ser estudado a partir dos ideais de que o que deve prevalecer é o Estado Constitucional, vinculados ao que se convencionou chamar de *neoconstitucionalismo*. O que isso significou relativamente à processualística civil? Simples: desde então, por força dessa nova fase, de maior apreço aos ditames constitucionais, os princípios jurídicos, indubitavelmente, passaram a dever ser observados também na relação processual – designadamente, o princípio da cooperação, ou da colaboração, pelo qual tanto as partes quanto o juiz devem cooperar/colaborar entre si⁴, através de diálogos (contraditório) e de comporta-

para o âmbito da Constituição os princípios fundamentais do Direito Privado.” HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Tendências do Direito Civil no Século XXI*. Disponível em: <<http://bit.ly/29Lx7Th>>. [Acesso em: 09 fev. 2016].

- ³ Aliás, não por outro motivo o novel Código de Processo Civil (CPC) brasileiro, publicado em março de 2015 e com vigência iniciada em março do ano seguinte, em seu artigo 1º, estabeleceu que “[o] processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.
- ⁴ A doutrina divide-se: (i) uns consideram que, na realidade, o dever de cooperação, no Estado de Direito, há de ser compreendido como a colaboração envolvendo o *magistrado e as partes*, e não (também) entre estas próprias, uma vez que tal tese não se amoldaria à estrutura adversarial inerente ao contencioso (ora, se há processo, logo inexistiria qualquer tipo de colaboração mútua a fim de deslindar, amigavelmente, o conflito): MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: Crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 73; STRECK, Lenio Luiz et al. *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. Disponível em: <<http://bit.ly/29ZO7Zu>>. [Acesso em: 01 mar. 2016]; (ii) outros –corrente à qual se filia o presente texto– reputam não ser a cooperação *entre os litigantes* impossível, porquanto esta tem cunho eminentemente processual, isto é, não importa na cedência de direitos materiais, mas somente na necessidade de ambos exercerem as suas faculdades processuais de modo correto, leal, baseado na boa-fé, sem qualquer tipo de abuso (*fair play* processual): DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal – Coimbra Editora, 2010. pp. 30 e ss.; BERALDO, Maria Carolina Silveira. *O Comportamento dos Sujeitos Processuais como Obstáculo à Razoável Duração do Processo*. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 197 e ss.; PRETEL, Mariana Pretel e. *A Boa-fé Objetiva e a Lealdade no Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009. pp. 81 e ss.; MEDEIROS NETO, Elias Marques. “Princípio da Cooperação no Processo Civil”. *In: Revista Thesis Juris*. São Paulo, v. 5, n. 1, jan./abr., 2016. pp. 173 e ss.

mentos pautados na boa-fé objetiva, em prol do melhor e mais eficiente resultado final da relação deduzida em juízo⁵.

Assim, no presente estudo, propõe-se uma reflexão sobre os contornos e efeitos do princípio da cooperação/colaboração na prestação jurisdicional, sempre visando à melhor e mais ampla efetividade desta. Para tanto, a par das questões relativas ao (excesso de) formalismo, examinar-se-ão, em linhas gerais, alguns princípios bastante caros ao Direito Processual, quais sejam, a boa-fé objetiva e o contraditório, tendo-se em conta a concepção dialética do processo e, ainda, como se dá (ou, deve dar-se) a cooperação no processo civil contemporâneo.

1. O formalismo no sistema processual contemporâneo e a busca (ética) pela verdade real⁶

O processo judicial⁷ –isto é, as suas abundantes amarras, os seus profusos formalismos– caracterizou-se, a partir do século XVII, por força do pensamento liberal em voga à época, como um método de se evitar a arbitrariedade dos magistrados, que imperava durante o Antigo Regime⁸. Na realidade, essa preocupação decorria da desconfiança que lhes era nutrida pela burguesia, haja vista, até a Revolução Francesa, serem tidos por aliados, verdadeiros defensores dos interesses dos nobres e clericais – daí, “mais uma razão para [se] pretender manter o Judiciário submisso

⁵ “[A] adequação técnica do quadro legislativo é inútil, se não for acompanhada pela habilidade e competência profissional dos advogados, dos magistrados, do pessoal auxiliar, através da sua cooperação mútua, da interpretação do referido quadro da melhor maneira, acalmando e não exacerbando eventuais defeitos, e evitando transformar uma fisiológica contraposição de papéis processuais num conflito generalizado entre as categorias profissionais”. CAPONI, Remo. “Il Processo Civile Telematico tra Scrittura e Oralità”. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, a. 10, v. 17, n. 1, jan./jun., 2016. p. 195. Tradução livre.

⁶ Sobre a questão da verdade no âmbito do processo, na doutrina italiana: TARUFFO, Michele. *La Semplice Verità: Il Giudice e la Costruzione dei Fatti*. Roma: Laterza, 2009. pp. 74-134; em língua espanhola: FURNO, Carlo. *Verdad y proceso*. Bogotá: Leyer, 2008. pp. 1-68; FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. pp. 55-78; em português: ARENHART, Sérgio Cruz. “A verdade e a prova no processo civil”. In: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Madri, a. 5, v. 7, pp. 71-109, 2005; TRINDADE DOS SANTOS, Paulo Junior. “A verdade no novo Código de Processo Civil: por uma construção hermenêutica”. In: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá, n. 43, jan./jun. 2016. pp. 81-118.

⁷ Adverte-se, desde já, que se terão em causa, aqui, as realidades jurídicas processuais dos principais países de língua portuguesa, a saber, Portugal e Brasil.

⁸ NEVES, António Castanheira. *Questão-de-Facto–Questão-de-Direito ou o Princípio Metodológico da Juridicidade*: Ensaio de uma Reposição Crítica. Coimbra: Almedina, 1967. p. 108.

ao Legislativo e destituído de poderes de execução”⁹. Ao juiz, nessa ordem de ideias, era defeso esquivar-se dos limites impostos pelo legislador, sendo, em verdade, obrigatória a sua total submissão aos ditames legais, como reles *boca da lei*¹⁰.

Nessa conjuntura, recomendava abandonar-se (*rectius*: ignorar-se) a análise de outros casos concretos: o juiz deveria apenas interpretar as regras gerais, isto é, tentar descobrir a *vontade da lei*, a qual seria única, sem espaço à compreensão hermenêutica e/ou à retórica forense¹¹. Assentado nessas premissas, o direito processual acabou por se pautar em bases formalistas, propaladas como uma maneira de se garantir a segurança jurídica às partes. Ocorre que, na prática, essas formalidades converteram-se em mecanismos que beneficiavam o litigante econômico-financeiramente mais poderoso e/ou interessado em retardar o desenvolvimento do processo e a prolação do resultado final.

Desse modo, com o passar do tempo, percebeu-se a necessidade de se atenuarem as amarras impostas pela lei¹² e passou-se, então, a buscar, nalguma medida, uma

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 38.

¹⁰ A figura do juiz como *boca da lei* constava já dos escritos de Lilburne e Harrington durante a Guerra Civil inglesa, em meados do século XVII (VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2ª ed. Indianápolis: Liberty Fund, 1998. p. 98; CHRISTENSON, Ron. *Political Trials in History: From Antiquity to the Present*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1991. pp. 248-254). Entretanto, foi com Montesquieu que ela se difundiu; na lição do iluminista, o juiz deveria ignorar as diversas posições (grupos) sociais existentes, a fim de que a sua decisão se baseasse tão somente no texto legal, isto é, deveria ser passivo, sem qualquer poder de criação ou de império: MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 160. No dizer de certo magistrado brasileiro, “[p]retensamente feliz era a visão política de Montesquieu: o Parlamento, síntese perfeita das aspirações do cidadão-eleitor, seria capaz de resumir em leis perfeitas as soluções de todos os conflitos sociais; os juízes seriam disciplinadas máquinas de decisão; o rei paternal e benévolo (como alguns ainda hoje exigem do Presidente da República Federativa do Brasil...); a sociedade asséptica e linear como nos finais dos contos de carochinha porque todos eram iguais, ao menos em face da lei genérica e abstrata...”. SLAIBI FILHO, Nagib. *Notas sobre a súmula vinculante no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://bit.ly/29Mv3eR>>. [Acesso em: 10 fev. 2016]. Outrossim, justamente nessa linha era o pensamento do revolucionário Robespierre: “[a] expressão jurisprudência dos tribunais (...) deveria ser eliminada de nossa língua. Num Estado que tem uma Constituição, uma legislação, a jurisprudência dos tribunais não é outra coisa senão a lei”. FRANCE. *Archives Parlementaires*: Serie I (1787 à 1789). v. 20. Nendeln: Kraus Reprint, 1969. p. 516. Tradução livre.

¹¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. pp. 38 e 97.

¹² “A revolução constitucional (...) somente ocorreu na Europa com o doloroso entendimento de que a Constituição e os direitos fundamentais constitucionais necessitam de uma máquina

maior aproximação do magistrado com a justiça em suas decisões¹³. Note-se: suavizaram-se os institutos, porém a concepção originária persiste, com destacada intensidade, até hoje, seja no meio forense, seja na doutrina; não se está (ainda) diante de um caminho absolutamente libertário: algumas formalidades se fazem (ainda) necessárias e, efetivamente, permitem aos jurisdicionados uma maior segurança jurídica, porquanto asseguram, *in concreto*, o princípio da paridade de armas e algum nível de previsibilidade do *iter* processual.

Neste ponto, cumpre assinalar-se: o formalismo, ora em apreço (e na concepção aqui adotada), corresponde à forma em sentido amplo, e não à forma do ato processual isolado. Ou seja: só se há cogitar de *formalismo* caso se tenha em conta o processo como um todo, compreendendo, pois, não apenas a forma (ou formalidades), mas, sobretudo, “a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”¹⁴. A forma extrema, portanto, em seu sentido amplo, os limites de início e fim do processo, delimitando as questões materiais a serem discutidas e solucionadas em juízo, para além de definir os modos como os agentes em causa hão de agir (e cooperar) em prol do desenvolvimento do feito e de pôr fim, através de certa previsibilidade por si conferida, à caracterização de desordem que este encerra – ou, encerraria, se não se guiasse por uma ordem (pre)determinada, com atos sequenciais, praticáveis a seu devido tempo e lugar. Do contrário, ter-se-iam, por óbvio, disputas absolutamente desorganizadas e desconexas, por vezes ininteligíveis e mesmo sem fim, avessas a garantias às partes e aptas a ensejar a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicante ou a chicana do(s) litigante(s)¹⁵.

Nessa toada, o formalismo apresenta um caráter duplo: (*i*) perante as partes, protege-as e iguala-as (ao menos em termos formais) reciprocamente, evitando a prevalência de uma sobre a outra –mormente daquela dotada de maior poder

judiciária para se tornarem efetivos”. CAPPELLETTI, Mauro. “Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da ‘justiça constitucional’”. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Porto Alegre, a. 12, n. 40, 2001. pp. 20-21.

¹³ O abrandamento nos entraves à atuação dos magistrados apenas foi possível “na proporção da confiança que(,) em um dado momento(,) o ordenamento judiciário [passou a] inspira[r] aos cidadãos”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di Diritto Processuale Civile: le azioni, il processo di cognizione*. 4ª ed. Nápoles: N. Jovene, 1928. p. 664. Tradução livre.

¹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 7.

¹⁵ Por *chicana* se entende “o exercício do direito para prejudicar outrem; em sentido estrito, teríamos um exercício sem interesse próprio, para prejudicar terceiros”. CORDEIRO, António Menezes. *Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas*. Disponível em: <<http://bit.ly/29LyS2C>>. [Acesso em: 10 fev. 2016].

aquisitivo ou influência político-social– e o protelamento indefinido da causa através de infundáveis expedientes dilatatórios (ou mesmo a antecipação injustificada do término do trâmite processual por meio da supressão de atos que deveriam ser realizados); (ii) no que tange ao julgador, ordena as suas atividades e regula os seus poderes, de maneira a informar aos jurisdicionados o curso normal do processo e os precaver do arbítrio do Estado-juiz e das chamadas *decisões-surpresa*¹⁶. Do contrário, isto é, caso o procedimento se quedasse ao alvedrio casuístico do juiz, possibilitar-se-ia, até mesmo, um desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes, que, em *ultima ratio*, poderia culminar na extinção do direito (material) em si – para além da não produção da justiça¹⁷.

¹⁶ As *decisioni a sorpresa* correspondem a pronunciamentos judiciais calcados em fundamento(s) obtido(s) de modo unilateral pelo julgador acerca do(s) qual(is) não foi facultado o debate prévio aos litigantes; ou seja, o magistrado, com a sua conduta, antecipa-se às partes, ignora a dialética e suscita argumento inédito, inovando no âmbito processual e *surpreendendo-as* (apenas uma delas ou mesmo ambas). De todo modo, “[u]ma situação é não se concordar com a decisão ou até haver um eventual erro de julgamento, outra é uma decisão surpresa, totalmente inesperada, face à factualidade alegada, causa de pedir e legislação aplicável”. PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa, Secção Cível, Processo nº 1260/08.4TVLSB. L1-2 (Apelação), Relatora Lúcia Sousa Farinha Alves Tibério Silva, Lisboa, 07 mai. 2009. Em termos de legislação, cumpre anotar-se que o preceito em análise surgiu na Alemanha, em 1976, vindo a se sedimentar, posteriormente, na Itália, França e, mais recentemente, Áustria. Com relação aos ordenamentos jurídicos aqui em análise, são os artigos 3.º, número 3, e 7.º, número 1, ambos do CPC português –o vetusto Código lusitano, substituído pelo atual no ano de 2013, já previa o princípio da cooperação, em seu artigo 266.º–, e os artigos 6º, 9º (ressalvadas as exceções constantes de seu parágrafo único) e 10, todos do novo CPC brasileiro –diferentemente de Portugal, o revogado Código do Brasil nada dispunha acerca do assunto–, que o preveem. Inobstante, há doutrina no sentido da dispensabilidade desses dispositivos, eis que o *princípio do contraditório* já os supriria, na medida em que este se concretiza “através da participação ativa das partes no processo, e do diálogo que deve ter o órgão jurisdicional com as partes. Desta concepção do princípio decorrem várias conseqüências, como a de que não pode o órgão jurisdicional proferir decisão com surpresa para as partes. (...) Este modo de compreender o princípio do contraditório é o único possível, em um Estado que se diz Democrático de Direito”. MEDINA, José Miguel Garcia. *Proibição de “decisões surpresa” no NCPC*. Disponível em: <<http://bit.ly/29DmKnk>>. [Acesso em: 10 fev. 2016]. Para mais acerca da relação entre o princípio do contraditório e a vedação às decisões-surpresa (corolário do direito de participação) e o direito de influenciar a decisão judicial (o qual se legitima a partir do dever do juiz de motivar as suas decisões), veja-se: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. pp. 78-79.

¹⁷ “[J]ustiza atrasada não é justiça, senão injustiza qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade”. BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. p. 40. Destaque também merece a afirmação de OLIVEIRA, Carlos

O problema, portanto, não reside na existência dos formalismos; estes se caracterizam, conforme demonstrado, como elementos basilares (e garantidores) à segurança e à efetividade processuais¹⁸ – à primeira, por conta do poder disciplinador e das certezas aos litigantes que os formalismos encerram; à segunda, em virtude da ordenação conferida pelas formalidades (do contrário, isto é, sem qualquer espécie de organização, os desarranjos seriam de tal monta que a agilidade e a presteza jurisdicionais se tornariam improváveis, quiçá impossíveis, e o caos transformaria o processo num meio demasiado moroso e absolutamente ineficaz de solução das controvérsias)¹⁹.

Na realidade, o apego excessivo ao formalismo é que se deve repelir, e não o formalismo propriamente dito – ocorre, contudo, que, com o passar do tempo, foi justamente esse apego excessivo que passou a ser visto como sinônimo do próprio termo em si, daí boa parte das críticas fazer-se, indevidamente, ao próprio gênero, isto é, ao *formalismo* –, afinal, assim como a ausência de formalismos pode gerar as consequências negativas acima apontadas, a sua manipulação descomedida também é bastante prejudicial ao processo, posto dilatar o litígio no tempo, o que mantém existente o conflito e prolonga-o (perspectiva perante a sociedade) e contribui para o descrédito do Poder Judiciário (perspectiva acerca da instituição), para além de, por vezes, impossibilitar a resolução concreta da lide.

Logo, ante o esposado, assevera-se: o formalismo não pode travestir-se de um fim em si mesmo²⁰; ele há de ser um dos meios utilizados no âmbito do processo,

Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil*. *Op. cit.* p. 75: “o direito processual é o direito constitucional aplicado, a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social”. Para um rápido exame da relação *direito e justiça*, veja-se: CAVALIERI FILHO, Sergio. “Direito, Justiça e Sociedade”. In: *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, 2002. pp. 58-65.

¹⁸ Acerca do intrínseco conflito existente em toda norma processual entre *efetividade e segurança jurídica*, veja-se: AMARAL, Guilherme Rizzo. *A Efetivação das Sentenças sob a Ótica do Formalismo-Valorativo: um método e sua aplicação*. Porto Alegre. 2006. pp. 44-113. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

¹⁹ Pertinente a observação de OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo”. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 128: “[d]e notar, ainda, que os verbos ordenar, organizar e disciplinar são desprovidos de sentido se não direcionados a uma determinada finalidade. O formalismo, assim como o processo, é sempre polarizado pelo fim”.

²⁰ O rito processual não deve radicalizar-se “como um valor em si mesmo, em nome de um pretenso e abstrato interesse público, descarnado do verdadeiro objetivo do processo, que é sempre um dado concreto de vida, e jamais um esqueleto de formas sem carne. (...) Do

mas tendo sempre em vista o objetivo final deste, qual seja, a resolução do conflito posto em juízo, funcionando, em verdade, como apoio às partes na persecução de seus direitos (materiais) e à paz social, e não como (mais) um empecilho ao seu alcance. Afinal, seu poder de ordenação, organização e coordenação não é ausente de fundamento, visto inexistir *formalismo por formalismo*; tal conceito apenas se justifica e legitima enquanto se prestar à “organização de um processo justo e servir para alcançar as finalidades últimas do processo em tempo razoável”²¹ e, principalmente, colaborar para a justiça material da decisão”²². Senão, em sendo esse *poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo* manejado com fins diversos da *realização do direito em causa*, vulnerar-se-á o próprio direito, seja em decorrência da sua plena extinção, seja pela (simples) retardação irrazoável do deslinde da lide – desse modo, o formalismo, em vez de colaborar para a consecução da justiça material, traduzir-se-á em verdadeiro óbice a ela.

Logo, nas diversas situações em que as partes pretendam utilizar-se dos formalismos em indevido benefício próprio, incumbirá ao magistrado afastar, no caso concreto, seus efeitos nefastos e perversos. Para tanto, deverá extrair do próprio sistema –visto, nos termos em que acima consignado, não ser salutar conferir-se, especialmente em sede processual, liberdade ampla ao órgão judicante²³– a solução que melhor exprima e promova a adequação valorativa e a unidade interna da ordem jurídica, assim servindo, esta, à sua finalidade pragmática. Estear-se-á, pois, na ideia de “um processo equânime, peculiar do Estado democrático de direito, que sirva à idéia de um equilíbrio ideal entre as partes e ao fim material do processo: a realização da justiça material”²⁴. Lembre-se, inclusive, que, justamente com o fim de solucionar,

contrário, s]ubvert[e]-se o meio em fim”. LACERDA, Galeno. “O Código e o Formalismo Processual”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, v. 21, 1983. p. 14.

²¹ Tratando do *prazo razoável* da decisão judicial e a sua estreita relação com a efetividade da jurisdição, veja-se: FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. pp. 125-127.

²² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo”. *Op. cit.* p. 131.

²³ Pense-se nos estragos que eventuais *caprichos* individuais do julgador poderiam ocasionar, v.g.: a proibição de apresentação de defesa; a vedação de produção de provas; o julgamento da lide sem qualquer fundamentação ou amparo jurídico-legal; a fixação, sem justificação plausível, de prazos diversos (exíguos demais ou excessivamente dilatados) para manifestações das partes nos autos.

²⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo”. *Op. cit.* p. 141. Em lição semelhante, LACERDA, Galeno. *Op. cit.* p. 16: “[n]ão há outro interesse público mais alto, para o processo, do que o de cumprir sua destinação de veículo, de instrumento de integração da ordem jurídica mediante a concretização imperativa do direito material”.

da forma mais efetiva possível, a controvérsia, admite-se, contemporaneamente, que o juiz, preservando as garantias fundamentais dos litigantes, tempere o rigor da lei de modo a suplantar os formalismos que estejam a obstaculizar a justiça no caso concreto²⁵.

Nessa ordem de ideias, pode-se resumir o ora asseverado da seguinte maneira: excessivas e injustificadas práticas de caráter formalista-protelatório não condizem com a processualística moderna, eis que, contribuindo à morosidade da prestação jurisdicional²⁶, acabam, também, por vezes, correspondendo a condição suficiente ao perecimento do direito subjetivo salvaguardado pela norma de direito material; logo, apagar-se a formalismos infundamentados vai de encontro à efetividade do processo e à realização do direito, colaborando para a permanência do conflito e o descrédito geral no Poder Judiciário²⁷.

²⁵ “A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp nº 299 – RJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, 28 ago. 1989. Também por esse motivo formalidades que porventura não sejam observadas, mas cuja inobservância não acarrete prejuízos à outra parte, são ignoradas: alcançada a essência, a finalidade da norma procedimental, o defeito de forma não deve prejudicar o ato em si (e, por conseguinte, o seu responsável) – é o que se denomina *princípio do aproveitamento dos atos processuais*, decorrente do brocardo latino *favorabilia amplianda, odiosa restringenda* (restringa-se o odioso, amplie-se o favorável). A esse respeito, vejam-se: *i*) na legislação, os artigos 193.º e 195.º do CPC português; e os artigos 188, 277, 281, 283 (princípios gerais), 554 (ação possessória), 778 (execução forçada), todos do novel CPC brasileiro; *ii*) na doutrina, REIS, José Alberto dos. *Comentário ao Código de Processo Civil*. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1945. pp. 470 e ss.; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 79-80.

²⁶ De todo modo, reitere-se: as formalidades fazem-se necessárias ao desenvolvimento do próprio processo e ao alcance de seu resultado final; contudo, elas não podem servir de escusa à parte (ou mesmo ao magistrado) que almeje protelar: atendida a essência do que pretendia a norma ao fixar certos requisitos a determinados atos, sem que haja qualquer prejuízo ou se ponham em causa princípios ou garantias fundamentais da contraparte, o informalismo há de ser aceito, porquanto o que deve povoar a mente do operador do direito, sempre, é a finalidade precípua do processo, a saber, a “realização do direito material, em tempo adequado e preservadas as garantias e direitos fundamentais das partes”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo”. *Op. cit.* p. 142.

²⁷ MEDEIROS, Luiz César. “O formalismo processual e suas conseqüências na realização do direito: a prevalência da forma no processo civil em detrimento do direito garantidor do bem da vida”. *In: Jurisprudência Catarinense*. Florianópolis, v. 31, n. 106, abr./mar. 2004/2005. p. 213.

2. Os princípios em causa: boa-fé objetiva, contraditório e efetividade da tutela judicial

Já se assentou que o Direito, sendo um dos mecanismos utilizados pelo homem à redução, ordenação e eliminação dos conflitos decorrentes da vivência em comunidade, busca, portanto, na realidade, em *ultima ratio*, a paz social, cujo sentido derivaria da ideia de *justiça*. Assim, o que se pretende com o Direito é criar uma ordem social justa, com cada parte pondo-se em seu respectivo lugar e, conseqüentemente, racionalizar os conflitos sociais, ainda que não se os elimine de maneira absoluta. A justiça, sob esse viés, figura como meio de se ordenarem as relações sociais, incumbindo, pois, ao Direito, dar a cada um o seu, o justo²⁸.

Dessa feita, se o Direito há de corresponder à expressão da realização social na busca pela justiça, não pode, ao mesmo tempo, ser, simplesmente, uma imposição de força: cabe-lhe exercer, de maneira efetiva, o papel central da ordenação social, respondendo às convenções morais e aos interesses e valores cultivados pela comunidade. Aclara-se: o Direito, a par de constituir uma técnica de ordenação, há de questionar os fins e os modelos sociais a que serve, de modo que as leis e decisões judiciais, ou melhor, o próprio Direito não seja objeto de descrença social, por eventuais ineficiências em dar as respostas esperadas por quem se utiliza de seus preceitos, visto ser cada dia mais notório que o aumento da quantidade de normas não significa um progresso sensível, de igual proporção, dos *standards* de justiça²⁹.

Nessa sucessão de ideias, enquadra-se o formalismo processual, isto é, o excesso de apego às formalidades do processo, destacado no capítulo anterior. De todo modo, o tema acaba se repetindo, em certa medida, nesta parte, eis que guarda alguma pertinência com a temática ora desenvolvida. Senão, veja-se.

Como já enfatizado, contemporaneamente, os princípios gozam de uma proeminência jamais vista: se outrora lhes era negado todo tipo de importância e densidade jurídico-normativa³⁰, hoje se lhes reconhece um papel de destaque na compreensão e interpretação de toda a ordem jurídico-positiva. Logo, no estágio atual, faz-se mister a reconstrução dos dogmas processuais, a partir de sua base axiológica, a fim de ajustá-los à realidade hodierna: os vetustos critérios e diretrizes legais não de ser manuseados em consonância com os princípios atinentes ao processo, sempre em prol da melhor solução jurídica para aquele determinado caso concreto. Em última análise, deve-se buscar um direito processual que se legitime

²⁸ LÓPEZ CALERA, Nicolás María. *Introducción al estudio del Derecho*. Granada: Don Quijote, 1981. pp. 111-113.

²⁹ MEDEIROS, Luiz César. *Op. cit.* p. 214.

³⁰ MARTINS FILHO, Ives Gandra. "Os princípios jurídicos e sua densidade normativa". In: *Revista Justiça & Cidadania*. Rio de Janeiro, n. 145, set. 2012. pp. 16-20.

não apenas diante dos valores constitucionalmente proclamados, mas, sobretudo, perante a sociedade que deles se vale, haja vista o paradigma liberal-burguês, dotado de um viés de racionalidade individualista, ter perdido espaço e restado suplantado por um sistema que se pauta na solidariedade e no comprometimento para com o outro e obriga a pessoa a atentar para as consequências de seus atos frente àqueles com quem se relaciona³¹.

Entre tais princípios, destaca-se, primeiramente, o da *boa-fé objetiva*³². Note-se, desde logo, não se falar, *in casu*, na boa-fé subjetiva: no esteio da doutrina alemã da *Treu und Glauben*³³ e a sua transposição para o direito processual, já se ultrapassou essa questão³⁴, isto é, a corrente clássica, que exigia a perquirição dos aspectos subjetivo-psicológicos (aspectos internos, relativos à intenção) do agente, revelou-se insuficiente e inidônea à efetiva (*rectius*: justa) resolução dos conflitos travados em âmbito judicial. Tem-se em conta, pois, um conceito mais amplo, pelo qual o aludido princípio corresponde a um *standard* jurídico, a verdadeira *norma de conduta* que obriga e veda determinados comportamentos e gera situações jurídicas ativas e passivas – não se limitando, assim, a aspectos essencialmente fáticos ligados à

³¹ PRAZERES, Gustavo Cunha. “A Influência da Solidariedade Social no Processo: Aplicação do Venire Contra Factum Proprium Nulli Conceditur ao Direito Processual”. *Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI – Salvador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 5026.

³² A boa-fé, na realidade, corresponde a um princípio geral de direito (DÍEZ-PICAZO, Luis. *La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch, 1962. pp. 139-140; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983. p. 15), de modo que, portanto, indubitavelmente aplicável ao processo civil: “[d]o Direito público, o primeiro sector atingido pela boa fé foi o do Processo civil. A sua natureza instrumental perante o Direito civil e uma certa tradição literária de escrita sobre a boa fé em Processo terão facilitado a transposição. A jurisprudência foi receptiva ao movimento, fazendo, desde cedo, a aplicação da boa fé no campo processual”. CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 375.

³³ Acerca da fórmula *Treu und Glauben* (em tradução livre, *lealdade e crença*; ou, simplesmente, *boa-fé*), veja-se: MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 124; CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. *Op. cit.* p. 167. Aliás, ainda em meados do século XX, já se destacava, na literatura jurídica tedesca, que as formas processuais, sem a boa-fé, consubstanciam nada mais do que meros formalismos, vide: BERNHARDT, Wolfgang. “Auswirkungen von Treu und Glauben im Prozeß und in der Zwangsvollstreckung”. *In: Zeitschrift für Zivilprozess*. Colônia, v. 66, 1953. pp. 95-100.

³⁴ Embora, como narra Fredie Didier Jr., ainda haja doutrina, notadamente no Brasil, a defender a visão mais antiga, pela qual o dever da boa-fé processual corresponde à boa-fé subjetiva: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Editorial 45*. Disponível em: <<http://bit.ly/2a3ldVf>>. [Acesso em: 12 fev. 2016]. Nota de rodapé n. 2.

intenção, boa ou má, do sujeito (boa-fé subjetiva): a sua conduta é analisada abstratamente (ou, como o nome do instituto indica, objetivamente)³⁵, agindo com boa-fé (*rectius*: boa-fé objetiva)³⁶ aquele cuja conduta se coaduna com o padrão ético³⁷ objetivo de diligência³⁸, honestidade³⁹, transparência⁴⁰ e confiança⁴¹ – padrão, este, anote-se, que deve ser adotado mutuamente, isto é, por ambos os contendores⁴².

Desse modo, incumbe às partes um agir leal⁴³ e probó⁴⁴, em respeito à ética⁴⁵, sem o qual não se atinge (ou, ao menos, não da maneira devida) o fim último do

³⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. cit.* p. 139; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Editorial 45. Op. cit. Loc. cit.* [Acesso em: 12 fev. 2016].

³⁶ Anote-se, por oportuno, que tanto o CPC português (artigo 8.º) quanto o novo CPC brasileiro (artigo 5º) estabelecem a obrigatoriedade de os sujeitos processuais agirem em atenção à boa-fé.

³⁷ Acerca da articulação da boa-fé com a ética, veja-se: CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil. Op. cit.* pp. 1160-1175.

³⁸ A *diligência* significa que o sujeito deve esforçar-se e cuidar ao máximo para que as suas ações sejam conformes ao que a “consciência social” exige naquela situação jurídica específica.

³⁹ A *honestidade* corresponde à observância da verdade: a pessoa deve recusar toda e qualquer tentação a faltar com a verdade (seja omitindo-a, seja alterando-a), ainda que isso possa lesar o seu interesse: CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil.* v. 1. Servanda: Campinas, 1999. pp. 408-409. A partir daí, pode-se concluir não mais se sustentarem (ao menos, não de modo absoluto) os aforismos *nemo tenetur edere contra se (ninguém é obrigado a ir contra si)* e *nemo tenetur se detegere (ninguém é obrigado a se descobrir)*: “a lógica do sistema processual impõe um amplo (eu diria *quase pleno*) dever de verdade”. SOARES, Fernando Luso. *A Responsabilidade Processual Civil.* Coimbra: Almedina, 1987. pp. 169-170. Grifos no original.

⁴⁰ A *transparência* liga-se ao dever de dizer a verdade, à sinceridade que há de permear as atitudes dos indivíduos que travam uma relação jurídica, e vai além: obriga, ainda, que os sujeitos não se utilizem de certos artifícios fraudulentos/subterfúgios espúrios para alcançar os seus objetivos.

⁴¹ A *confiança* traduz um sentimento ligado à fidelidade, à crença na palavra alheia, sem a qual nenhuma relação (jurídica ou de outra natureza) pode sustentar-se com segurança. Daí se asseverar a existência de uma direta vinculação entre o princípio da igualdade das partes e a tutela da confiança, de forma que quem, legitimamente, confia em determinado comportamento de outrem não pode ser tido como se tal não se tivesse dado. CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa “In Agendo”*: Estudo de Direito Civil e de Direito Processual Civil, com exemplo no requerimento infundado da insolvência, à luz do Código de 2004. Coimbra: Almedina, 2006. p. 51.

⁴² MARTINS-COSTA. Judith. *Op. cit.* pp. 411-412.

⁴³ “[A] lealdade é um paradigma ético, que informa a atividade no sentido do litigante *agir de frente*, sem chicanices, sem providências inesperadas, mesmo que tais providências pudessem ser havidas como legítimas em circunstâncias conjunturais outras”. ALVIM, Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil.* v. II. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 406. Grifos no

processo – qual seja, repita-se à exaustão, a solução da relação jurídica deduzida em juízo e a consequente satisfação do direito substantivo. Em outros termos: a decisão somente refletirá (ou, poderá refletir) a legitimidade do Estado-juiz na prestação jurisdicional e a pacificação social, com promoção da justiça⁴⁶, caso os direitos e deveres tenham sido exercidos, ao longo do processo, de maneira leal, honrada e sincera, sem um manejo anormal, exacerbado ou antissocial de quaisquer deles, nem, tampouco, com o intuito de burlar os ditames legais ou obter um resultado proibido pelo ordenamento ou a este contrário (abuso de direito e fraude à lei). Os sujeitos participantes do processo não de, portanto, abster-se “de embaraçar, perturbar ou frustrar a atividade do órgão judicial, ordenada à apuração da verdade e à realização concreta da justiça”⁴⁷.

Ressalte-se, nesse diapasão, que, embora a referência mais corrente seja às “partes”, não se têm em causa apenas os litigantes, mas também o Estado-juiz, haja vista que a boa-fé e a confiança são a base de todas e quaisquer relações jurídicas, inclusive daquelas deduzidas em juízo (das quais, em *ultima ratio*, participa também, sob outra perspectiva e “interesse”, o órgão jurisdicional)⁴⁸: tanto as relações de direito obrigacional quanto as de direito das coisas, direito processual, direito

original. Por isso mesmo, “[l]eal é a parte que vê, no contrário, não o inimigo, mas o adversário circunstancial; é a que não surpreende, a que mostra as armas de que dispõe, a que não atira pelas costas”. MILMAN, Fabio. *Improbidade Processual: Comportamento das Partes e de seus Procuradores no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 97.

⁴⁴ A probidade é o atuar “que não [se] basta [n]a legalidade formal, restrita, (...) com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa fé”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 709.

⁴⁵ Aqui, releva destacar-se o ensinamento de DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. *Op. cit.* p. 90. Grifos no original: “[é] mais fácil, portanto, a argumentação da existência de um dever geral de boa fé processual como conteúdo do devido processo legal. Afinal, convenhamos, o processo(,) para ser *devido* (*giusto*, como dizem os italianos, *equitativo*, como dizem os portugueses)(,) precisa ser ético e leal. Não se poderia aceitar como *justo* um processo pautado em comportamentos desleais ou antiéticos”.

⁴⁶ “A eliminação de litígios sem o critério de justiça equivaleria a uma sucessão de brutalidades arbitrárias que, em vez de apagar os estados anímicos de insatisfação, acabaria por acumular decepções definitivas no seio da sociedade”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 293.

⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: Primeira Série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 17.

⁴⁸ “A aproximação entre a confiança e a boa fé constitui um passo da Ciência Jurídica que não mais se pode perder”. CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. *Op. cit.* p. 1241.

público-administrativo⁴⁹, sujeitam-se ao fiel cumprimento dos postulados da boa-fé e lealdade.

Ademais, quando o Estado-juiz decide a causa, ele não apenas promove a pacificação do conflito perante aqueles litigantes, mas também a *paz social*⁵⁰. É dizer-se: não se trata, somente, da vitória de um e derrota do outro; o processo interessa a toda a sociedade, seja porque esta pretende que se alcance a mencionada paz, seja por, em última análise, o órgão judicante estar a representá-la – o que, *a fortiori*, demanda a observância do princípio (ético) da boa-fé. Para além disso, é de se referir, ainda, que o processo constitui, acima de tudo, uma garantia fundamental de todos os indivíduos, isto é, daqueles que nele figuram diretamente e dos demais, que assistem, mesmo que à distância, ao seu desenrolar em direção à propalada paz social. Logo, deve-se, sempre, em seus mais amplos aspectos, respeitar os preceitos do devido processo legal e as regras e princípios atinentes à segurança jurídica⁵¹.

A par do princípio da boa-fé objetiva (e a ele diretamente ligado), e tendo em conta a dialética do processo⁵², exsurge outro princípio, qual seja, o do *contraditório*; é este que permite aos litigantes manifestarem-se no processo e que garante a paridade de tratamento, a igualdade de armas⁵³ e a discussão livre e plena da causa,

⁴⁹ Especificamente quanto ao Direito Público (Administrativo), a despeito de este não corresponder ao tema central aqui versado, vale anotar-se ser nele que, por se tratar de atividades cujo fim último é o bem comum, a boa-fé se caracteriza (ou, deveria caracterizar-se) em seu grau máximo, inexistindo, portanto, qualquer justificação plausível a se criarem “dois mundos estanques”, em que a boa-fé a se adotar no primeiro (relativo à esfera pública) se diferiria daquela aplicável no segundo (âmbito privado), face às diversas pessoas e interesses envolvidos e ao princípio da legalidade, que orienta a atividade da Administração.

⁵⁰ “O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento de outrem, e não tem outro remédio senão a proteger, porque a confiança (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e um comportamento cooperativo entre os homens e, portanto, para a paz jurídica”. LARENZ, Karl. *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas, 2001. p. 91. Tradução livre.

⁵¹ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. “El principio de la buena fe en el proceso civil”. In: CÓRDOBA, Marcos M. (dir.); GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. Rosa (coord.); KLUGER, Viviana (coord.). *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*. t. I. Buenos Aires: La Ley, 2004. pp. 891-892.

⁵² “A metodologia dialética do contraditório é fundamento epistemológico para a compreensão da realidade, fazendo com que o desafio não seja pensar o contraditório(,) mas, sim, pensar pelo contraditório”. PEIXOTO, Silvana Mara Ferneda Ramos; SOUZA NETTO, José Laurindo de. “O Princípio do Contraditório Cooperativo como Instrumento Viabilizador da Jurisdição Constitucional”. In: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). *Processo e Jurisdição*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 336.

⁵³ Com relação à igualdade de armas, vale pontuar-se que, para além de ser uma decorrência natural do princípio do contraditório, “[a] serve para exprimir a ideia de que, ao longo de todo o processo, as partes devem ser tratadas à luz de um estatuto de *igualdade substancial*

possibilitando, assim, a apuração da verdade ao fomentar o embate das partes: “batendo[-se] as pedras, (...) termina[-se] por fazer com que [se] solte a centelha da verdade”⁵⁴. Assim, todo ato praticado por um contendedor (ou mesmo pelo juiz) deve ser comunicado ao outro (ou a ambos), a fim de ser contrariado e refutado ou mesmo anuído⁵⁵, assim como os litigantes devem ter, ressalvadas eventuais exceções, além de iguais prazos e oportunidades, direitos idênticos de participação na produção de provas. O contraditório representa, pois, uma espécie de garantia das partes no que respeita à efetiva participação delas na formação da convicção do magistrado⁵⁶, a qual corresponde à *síntese* da “soma da parcialidade das partes (uma representando a *tese* e a outra, a *antítese*)”⁵⁷.

Note-se, contudo, que o fato de o contraditório ser dos principais pilares da processualística moderna, a ponto de se considerar inexistir processo se aquele não estiver salvaguardado⁵⁸, não leva tal princípio a desempenhar um caráter de supremacia frente aos demais, nem mesmo impede a dilatação da sua observância no tempo, em prol de uma maior efetividade do feito (ou mesmo do alcance da justiça) no caso concreto – pense-se, *v.g.*, nas medidas liminares (cautelares ou antecipatórias dos efeitos da tutela jurisdicional) deferidas em favor de um dos contendores antes

(mesmo que haja uma *desigualdade de meios económicos* ou *desigualdade de poder no tráfego jurídico*: p. ex., uma multinacional demandar um pequeno comerciante). Isto significa que a ambas deve ser garantida a identidade de *meios de defesa*, a sujeição a ónus, *cominações* ou *sanções processuais* (artigo [4.º] do CPC [português]). A *igualdade formal no processo* é, por exemplo, observada quando se proíbe que uma das partes possa beneficiar de um *articulado suplementar* (p. ex., *resposta à contestação* quando o réu se limita a *impugnar a veracidade dos factos* invocados pelo autor, e não deduz uma defesa por *exceção*; artigo [584.º/1] do CPC [português]). MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. *Ação Declarativa à Luz do Código Revisto*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. pp. 207-208. Grifos no original. Em lição semelhante: FREITAS, José Lebre de. *Op. cit.* pp. 118-120; ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. v. I. Coimbra: Almedina, 2010. p. 254.

⁵⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um Processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 67.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 154.

⁵⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 73.

⁵⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* p. 61. Grifos no original. No dizer dos autores, “[e]m síntese, o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis)”. *Ibidem*. p. 63.

⁵⁸ Por todos: FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8ª ed. Pádua: Cedam, 1996. pp. 73 e ss. O autor italiano, vale registrar-se, reputa o processo uma *espécie* do *gênero* procedimento, sendo o contraditório o que os distingue: o processo, na sua visão, corresponde ao procedimento realizado em contraditório (ou, em outras palavras, é a estrutura dialética do procedimento, caracterizada pelo contraditório, que define o processo). *Ibidem*. pp. 82 e 76.

da manifestação da parte *ex adverso*: tal situação não põe em causa o contraditório, somente protela, durante algum tempo, o seu exercício⁵⁹.

Importa ser ressaltado, ainda, que, relativamente ao princípio do contraditório, este não pode ser levado às últimas consequências, isto é, apesar de dever ser observado tanto formal quanto substancialmente⁶⁰, não se o pode interpretar de tal modo literal e amplificativo/irrestrito que se acabe por perpetuar, *ad eternum*, o processo, por força de manifestações ilimitadas ou da possibilidade de interposição de infundáveis recursos pelas partes⁶¹.

Por fim, tem-se o princípio da *efetividade da tutela judicial*⁶², consagrado em sede constitucional em Portugal⁶³ e no Brasil⁶⁴, segundo o qual os direitos subjetivos,

⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. v. I. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. pp. 28-29. Vale anotar-se que o princípio do contraditório “também aceita limitações. Assim, para decidir sobre qualquer *nulidade processual* invocada por uma das partes, o juiz não é obrigado a ouvir a parte contrária (artigo [201.º] do CPC). E (...) em matéria de *procedimentos cautelares* a lei prevê o decretamento de certas providências, *independentemente de não audição do requerido*, naquelas situações em que se afigura necessário prevenir a violação do direito ou para garantir o efeito útil da acção (artigo [366.º] do CPC). O mesmo acontece, por exemplo, com certos *procedimentos cautelares nominados* previstos no CPC (v. g., o *arresto*: artigo [393.º/1]; *restituição provisória da posse*: artigo [378.º], ambos do CPC)” (os dispositivos acima se referem a Portugal). MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. *Op. cit.* pp. 206-207. Grifos no original.

⁶⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* p. 63.

⁶¹ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. v. I. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 33.

⁶² Note-se que este princípio é, por vezes, nominado diferentemente (ex.: efetividade da jurisdição, da tutela jurisdicional ou da prestação jurisdicional; efetividade do processo; efetividade do acesso à justiça); de toda maneira, sempre está por detrás a ideia do “*direito à tutela judicial [... através da] efectiva realização e (...) acesso aos tribunais*”. PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, Secção do Contencioso, Processo nº 61/12.0YFLSB (Recurso Contencioso), Relator Lopes do Rego, Lisboa, 11 dez. 2012. Grifos no original.

⁶³ Artigo 20.º (Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva). [Omissis]. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

⁶⁴ No caso brasileiro, essa consagração não é expressa, mas sim extraída da interpretação que se dá ao texto constitucional, notadamente aos incisos XXXV e LXXVIII do artigo 5º, os quais preconizam, respectivamente, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” – este último, acrescentado à Constituição Federal no ano de 2004, por meio da Emenda nº 45. Até

notadamente a tutela jurisdicional, para além de assegurados nos textos legais, devem ser efetivamente garantidos, o que exige, pois, instrumentos jurídicos bastantes e um pronto e apropriado atuar dos órgãos competentes, eis que apenas através de uma célere⁶⁵ resposta à lesão ou ameaça de lesão aos direitos de alguém se fará (ou, poder-se-á fazer) a justiça no caso concreto – independentemente do tipo, relevância e natureza do conflito trazido à discussão judicial, bem como do alcance dos efeitos da decisão ou do estrato ou classe social dos envolvidos. Em outras palavras: a justiça somente será concreta, atual e satisfatória se a sua função primordial, qual seja, a *implementação da vontade da lei material*, se der com a mais breve duração e os menores custos possíveis.

Não significa, porém, a *rapidez pela rapidez*, isto é, o julgar sem qualquer preocupação com os ditames legais (aspectos substantivos/materiais, bem como questões formais, tais quais: prazos, ritos, diligências, recursos, etc.)⁶⁶, mas, pelo contrário, um respeito a esses mesmos ditames, de modo a cumpri-los da forma mais completa, célere e adequada possível. Para tanto, faz-se mister, obviamente, que os órgãos judicantes sejam suficientemente bem preparados (aspecto relativo

por esse motivo, em sede doutrinária, considera-se que a efetividade do processo decorreria simplesmente do mencionado inciso XXXV, haja vista que o direito a tal efetividade seria um corolário lógico da própria existência dos direitos e, por conseguinte, a contrapartida da vedação à autotutela privada (MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* pp. 179-180; WATANABE, Kazuo. “Tutela Antecipada e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não-Fazer: arts. 273 e 461 do CPC”. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 20), sendo certo que um acesso à justiça que não seja efetivo, isto é, cujo titular dos direitos não os possa reivindicar eficazmente, “é destituíd[o] de sentido”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 11.

⁶⁵ “Se é mesmo verdade que o processo deve atingir um resultado, ser o condutor das partes a uma situação que permita o Judiciário apreciar o caso concreto decidindo o mesmo à luz das fontes do direito, [... então] dentro do conceito de efetividade do processo deverá também, necessariamente, estar incluída a idéia da *tempestividade*”. WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo Civil: Curso Completo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 57. Grifo no original.

⁶⁶ “Numa época em que se torna cada vez mais célere, para não dizer vertiginoso, o ritmo das atividades humanas, assume particular gravidade o problema do tempo necessário à realização do processo. A esta altura, já ninguém alimenta a ilusória esperança de que se logre construir mecanismo de aplicabilidade geral, tão ágil que reduza em qualquer caso a poucos minutos, a poucas horas, ou mesmo a poucos dias, a duração de qualquer pleito judicial. Ainda que isso fosse possível, acrescente-se, o prodígio não tardaria a mostrar-se efêmero: conforme bem observou autor norte-americano, comparando a construção do sistema judicial à de uma estrada, é fora de dúvida que, quanto melhor for esta, maior será o tráfego – e em breve se farão sentir os efeitos perniciosos do desgaste”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Tutela de Urgência e Efetividade do Direito”. In: *Revista de Direito Processual Geral*. Rio de Janeiro, n. 57, p. 244, 2003.

à técnica) e sobejamente confiáveis (perspectiva da ética)⁶⁷, afinal, a efetividade não pode ser um fim em si⁶⁸: há de existir uma preocupação “com a *qualidade ou valor* do decidido, [... e não mera] prevalência à concreção do que foi decidido, pouco importando sua bondade ou valia [..., sob pena de se] prestigiar, *tout court*, o ato de poder, a *autoridade* da decisão do magistrado”⁶⁹, e não a se proferir uma decisão

⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional: Insuficiência da Reforma das Leis Processuais*. Disponível em: <<http://bit.ly/2a8kxRb>>. [Acesso em: 05 mar. 2016].

⁶⁸ “A nosso entender a efetividade só se revela virtuosa se não colocar no limbo outros valores importantes do processo, a começar pelo da justiça, mas não só por este. Justiça no processo significa exercício da função jurisdicional de conformidade com os valores e princípios normativos conformadores do processo justo em determinada sociedade (imparcialidade e independência do órgão judicial, contraditório, ampla defesa, igualdade formal e material das partes, juiz natural, motivação, publicidade das audiências, término do processo em prazo razoável, direito à prova). (...) Por isso mesmo, o acesso à justiça, elevado ao patamar de garantia constitucional na tradição jurídica brasileira, deve certamente compreender uma proteção juridicamente eficaz e temporalmente adequada. O que ponho em questão é a eficiência como fim, sem temperamentos, como meta absoluta, desatenta a outros valores e princípios normativos. O ponto é importante porque esses ditames axiológicos, além de se afinarem mais com a visão de um Estado democrático e participativo, poderão não só contribuir para a justiça da decisão como até para a própria efetividade”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Efetividade e Processo de Conhecimento”. In: *Revista de Processo*. São Paulo, v. 24, n. 96, out./dez. 1999. p. 60.

⁶⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. “Cidadania e Efetividade do Processo”. In: *Revista SÍNTESE de Direito Civil e Processo Civil*. Porto Alegre, a. 1, v. 1, set./out. 1999. p. 32. Grifos no original. Mais adiante, arremata o jurista: “[p]recisamente nessa perspectiva é que se evidencia o nexo entre efetividade do processo, efetividade da tutela jurídica e cidadania. Efetividade do processo ou efetividade da tutela jurídica não se equipara à efetividade da sentença, enquanto ato de poder, mas da sentença que atenda ao *em nome de quê* se institucionaliza numa ordem política democrática (...) em uma organização democrática(,) o poder só é legítimo quando exercitado em termos de *serviço e nos precisos limites em que foi outorgado*, vale dizer, no estrito espaço da competência previamente definida e formalizada no pacto político básico que é a Constituição. (...) Cumpre, portanto, não se pugnar pela efetividade do processo, como se fosse ela um ‘fim’ bem determinado e valioso a ser alcançado. Prévia é a questão de definir-se, inclusive, qual a função sociopolítica do próprio processo, o seu valor. Se por efetividade traduzirmos a pura e simples solução do conflito, logrando-se a pacificação social (péssimo modo de dizer, pois em verdade o que há é a sujeição do vencido mediante a chamada violência simbólica, não necessariamente seu convencimento, que pacificaria), pouco importando a que preço e com quais consequências(,) essa efetividade está maculada em sua origem e em sua destinação. Jamais pode ser vista *como valor*. (...) A efetividade do injusto é, na verdade, a consagração da inefetividade do processo e da tutela jurídica. (...) Enfim, e para concluir, propugnar trombeteando a efetividade do processo como valiosa por si mesma é (...) recuperar o exercício antidemocrático do poder político na sua dimensão jurisdicional”. *Ibidem*. pp. 33-35. Grifos no original.

efetiva para o litígio, isto é, uma solução justa⁷⁰ – afinal, se justiça tardia é injustiça flagrante, *a fortiori*, justiça malfeita também o é (ou, sequer justiça é)⁷¹.

O sistema processual, portanto, só será autenticamente efetivo se corresponder a um instrumento apto a concretizar os seus fins e propósitos norteadores⁷², de servir de meio ao exercício e respeito pelos direitos e forma de participação dos cidadãos nos destinos comunitários e garantia da sua liberdade⁷³. Logo, a concretização de seus escopos “não é apenas útil [...] mas absolutamente imprescindível à efetividade da própria ordem jurídica”⁷⁴, na medida em que somente por meio de uma prestação judicial efetiva são assegurados os direitos substantivos dos indivíduos e conservada a legitimidade do ordenamento.

Dessa feita, não bastam leis a proclamar a efetividade da realização da justiça; esta, para ser alcançada, demanda uma atuação positiva do próprio Poder Judiciário⁷⁵, tomado em seu sentido mais amplo⁷⁶, ou seja, não apenas o magistrado em si, mas também todos os funcionários que compõem o “sistema (de administração) da Justiça”, bem como os advogados e partes⁷⁷, que devem, sempre, atuar em prol de um efetivo acesso à justiça e de um processo justo⁷⁸.

⁷⁰ “O fim último do processo é conseguir uma sentença justa”. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 316.

⁷¹ Desse modo, sequer seria, também, manifestação legítima do *Estado Democrático de Direito*, uma vez que, não realizando a justiça, não promove a devida pacificação social e, por conseguinte, não cumpre essa sua missão, a saber, promover a paz entre seus cidadãos.

⁷² “[O] processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* p. 270.

⁷³ *Ibidem.* p. 271.

⁷⁴ DUARTE NETO, Bento Herculano; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; TEIXEIRA, Sergio Torres. *Teoria Geral do Processo*. 5ª ed. Curitiba: IESDE Brasil, 2012. p. 94.

⁷⁵ “[O] Estado [contemporâneo] deixa de ter um papel de pura abstenção e passa a ter que prestar positivamente para cumprir com seus deveres constitucionais”. MITIDIERO, Daniel. “Processo Justo, Colaboração e Ônus da Prova”. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v. 78, n. 1, jan./mar. 2012. pp. 69-70.

⁷⁶ MEDEIROS NETO, Elias Marques. *Op. cit.* p. 176.

⁷⁷ Nesse sentido, ressalte-se, rezam o artigo 417.º, número 1, na linha traçada pelo artigo 7.º, número 1, do CPC português, e o artigo 6º do novel diploma processual brasileiro.

⁷⁸ Na mesma linha do que Giuseppe Tarzia já asseverava, em meados dos anos 1990, acerca do direito processual italiano (“[a] sua solução depende, (...) em grande parte, da organização das estruturas judiciárias(,) e não das normas do Código de Processo Civil. A aceleração da Justiça não poderá, portanto, ser assegurada somente com a nova lei ou com a revisão de todo o processo civil italiano, que está atualmente em estudo”. TARZIA, Giuseppe. “O novo processo civil de cognição na Itália”. In: *Revista de Processo*. São Paulo, v. 79, jul./set. 1995. p. 63.),

Percebe-se, ante todo o exposto, que, para além de o processo necessitar, por via de regra, de um juiz (jurisdição), duas partes em lados opostos (sujeitos em conflito) e uma lide (conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita), deve acrescentar-se a esse rol *a busca da concreção material da vontade da lei*, isto é, da justiça real e satisfatória. Essa persecução, contudo, não está adstrita aos personagens ora mencionados (juiz e partes); ela há de albergar, também, todas as demais figuras que porventura mantenham contato com a demanda (*e.g.*, advogados, funcionários do Poder Judiciário, peritos, testemunhas), visto o fim último do processo (e da jurisdição como um todo) ser a pacificação dos conflitos e a reposição da ordem social⁷⁹.

Dessarte, o processo, enquanto instrumento a serviço dos indivíduos nessa incessante busca pela paz social, deve ser utilizado de modo escorreito, legítimo, fidedigno, não podendo travestir-se de um meio para se alcançarem vantagens indevidas, sem lastro jurídico-legal. Impende, pois, um atuar respeitador dos princípios acima elencados e pormenorizadamente estudados (boa-fé objetiva, contraditório e efetividade), o que somente se consegue através da *colaboração* entre todos os sujeitos processuais, estejam eles mais ou menos diretamente envolvidos com a demanda.

no Brasil, Humberto Theodoro Júnior pontuou: “acima de tudo, [há] extrema necessidade de empenhar-se a Nação na reforma dos serviços judiciários e no aperfeiçoamento de seus operadores em todos os níveis, quer para solucionar contenciosamente os conflitos, quer para estimular a busca de soluções consensuais alternativas. Sem aprimorar os homens que irão manejar os instrumentos jurídicos, toda reforma da lei processual será impotente para superar os verdadeiros problemas da insatisfação social com o deficiente acesso à Justiça que, entre nós, o Poder Judiciário hoje proporciona”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional*. *Loc. cit.* [Acesso em: 05 mar. 2016]. Destaque-se, outrossim, o magistério de SANTOS, Boaventura de Sousa. “Introdução à Sociologia da Administração da Justiça”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, n. 21, nov. 1986. p. 20.: “[e]stas verificações têm levado a sociologia judiciária a concluir que as reformas do processo, embora importantes para fazer baixar os custos económicos decorrentes da lentidão da justiça, não são de modo nenhum uma panaceia. É preciso tomar em conta e submeter a análise sistemática outros factores quicá mais importantes. Por um lado, a organização judiciária e a racionalidade ou irracionalidade dos critérios de distribuição territorial dos magistrados. Por outro, a distribuição dos custos(,) mas também dos benefícios decorrentes da lentidão da justiça. Neste domínio, e a título de exemplo, é importante investigar em que medida largos estratos da advocacia organizam e rentabilizam a sua actividade com base na (e não apesar da) demora dos processos”. Por fim, reportando-se, igualmente, aos advogados e à sua parcela de culpa na duração estendida dos processos: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 193.

⁷⁹ “[O] processo existe para a sociedade, e não a sociedade para o processo”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O juiz e a cultura da transgressão”. *In: Revista Jurídica*. São Paulo, v. 47, n. 267, jan. 2000. p. 10.

3. O princípio da cooperação⁸⁰ como fundamento à realização da justiça no caso concreto

A já reiterada dimensão ética que deve presidir as relações jurídicas tem, no âmbito do processo, uma enorme importância, a qual se traduz (e implica) num dever de cooperação e solidariedade entre os variados atores da relação processual, em prol do mais apropriado e ordeiro andamento do feito. Note-se: a cooperação ora referida, conforme, inclusive, já se salientou, tem em conta não apenas os litigantes, mas, em especial, o juiz (além dos advogados, funcionários que laboram em setores administrativos da Justiça e demais personagens que se relacionem mais diretamente com a demanda e possam influir na formação do convencimento do magistrado)⁸¹: os tempos de formalismos simbólico-religiosos (Antiguidade), excessos de formalismos em geral (Idade Medieval) ou de baixo grau de proximidade do juiz com a prova produzida e de contato com as partes (Iluminismo) já não mais têm lugar. Atualmente, a postura ideal esperada –e exigida– do magistrado é proativa, isto é, de menos inércia e mais tomada de posições; não que se pretenda que o julgador postule os direitos das partes em nome destas ou produza as provas que lhes incumbia, mas sim que, através dos permissivos ofertados pela lei, promova um diálogo permanente com os litigantes –face ao esgotamento do primado da forma nos dias de hoje–, dando uma maior atenção aos fins político-sociais do processo e contribuindo para a busca e, se possível, o alcance da dita verdade real⁸².

⁸⁰ A despeito de a doutrina, por via de regra, reputar a cooperação um princípio –a ponto, inclusive, de se asseverar sê-la, em simultâneo, um modelo de processo civil e um princípio, chamando-a, por fim, de *eixo sistemático* estruturante do processo justo: MITIDIERO, Daniel. “A colaboração como modelo e como princípio no Processo Civil”. In: *Revista de Processo Comparado*. São Paulo, v. 1, n. 2, jul./dez. 2015. pp. 83-97.–, ressalve-se haver quem discorde dessa conceituação, e.g., STRECK, Lenio Luiz. “Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou ‘colaboração no processo civil’ é um princípio?” In: *Revista de Processo*. São Paulo, v. 37, n. 213, nov. 2012. pp. 13-34.

⁸¹ MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. *Op. cit.* pp. 210-211; AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito Processual Civil*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2010. pp. 292-294; FREITAS, José Lebre de. *Op. cit.* pp. 163-168; VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. pp. 477-483; GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da Reforma do Processo Civil*. v. I. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2010. pp. 88-99.

⁸² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil*. *Op. cit.* p. 12. Semelhantes são as palavras de Fredie Didier Junior acerca do princípio da cooperação: este “orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais de um mero fiscal de regras. (...) O magistrado deve adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como o produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final

Frise-se: o magistrado continua a não ser parte interessada no resultado específico da demanda, de modo que deve se manter imparcial, valorando identicamente as provas produzidas, mas, ainda assim, buscando traçar a verdade material dos fatos (não se contentando com a mera verdade formal). Para tanto, poderá (*rectius*: deverá) promover os atos que forem necessários a tal alcance e desde que, obviamente, estejam no seu espectro de competências. Nessa ordem de ideias, surge a seguinte –e pertinente– indagação: o que garante a imparcialidade do juiz⁸³, bem como até que ponto vão os limites à cooperação, sobretudo nos casos em que ele, tomado por tal afã de buscar a verdade real do processo, promova a produção de uma prova de ofício? A resposta é simples: a exigência de fundamentação das decisões⁸⁴; a partir de uma fundamentação devida, isto é, com amparo jurídico-legal, garante-se que o Estado-juiz, embora proativo, age nos limites que a lei lhe impõe⁸⁵: o magistrado não

(decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio”. DIDIER JUNIOR, Fredie. “O princípio da cooperação: uma apresentação”. In: *Revista de Processo*. São Paulo, a. 30, n. 127, set. 2005. pp. 76.

⁸³ “[A] imparcialidade não ficará necessariamente afectada por uma intervenção assistencial. O juiz, enquanto técnico do direito, pode e deve discutir com as partes a possibilidade abstracta de procedência da acção. Isto não significa antecipar a decisão. Porque esta dependerá, desde logo, da prova que seja realizada posteriormente em processo. Nem tão pouco [sic] equivale a parcialidade, pois que esta significaria que, perante uma identidade de situações, o juiz adoptasse diferentes comportamentos consoante a sua intervenção se dirigisse a uma ou à outra parte, em função de critérios estranhos ao exercício da sua função”. SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo: O Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. pp. 600-601. Daí se asseverar que “imparcialidade e neutralidade são conceitos que não se confundem. Juiz ativo[, em verdade, que] é o contrário de juiz neutro; um e outro, todavia, podem ser imparciais”. MITIDIERO, Daniel. *Bases para Construção de um Processo Civil Cooperativo: O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo-Valorativo*. Porto Alegre. 2007. p. 73. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

⁸⁴ Na realidade, pode-se apontar mais uma garantia à correção da decisão judicial, apesar da participação mais ativa do magistrado na condução do processo, qual seja, o *fortalecimento do papel das partes* (ou, dito doutra maneira, o *contraditório substancial*): o aumento de poderes conferido ao magistrado sofre um verdadeiro equilíbrio por meio da obrigatoriedade de audições das partes em todas as etapas decisórias, isto é, sempre que se promovam atos que possam influir na decisão final, as partes hão de ser *consultadas*. É o que já se chamou de “*sistema endoprocessual de freios e contrapesos*, em que o fortalecimento do papel do juiz é compensado pelo fortalecimento, também, das posições ocupadas pelas partes”. COLA, Felipe de Souza; ESTEVES, Carolina Bonadiman. “O juízo de terceira via sob a luz do contraditório substancial: proposta de aplicação do princípio da cooperação como forma de se assegurar um acesso à justiça qualitativo”. In: *Revista Depoimentos*. Vitória, n. 14, jul./dez. 2008. p. 165. Grifos no original.

⁸⁵ Em última análise, portanto, os limites à cooperação das partes e do órgão judicial seriam as formalidades impostas pela legislação (daí os *limites* ao “*dever de colaborar no apuramento da*

tem ampla e irrestrita liberdade para atribuir a razão a quem bem entenda, havendo de motivar racionalmente as suas decisões⁸⁶. Logo, a preferência recairá, sempre, sobre a melhor argumentação extraída da dialética processual⁸⁷.

Assim, a efetividade da jurisdição –e lembre-se só se haver falar em efetividade se houver justiça, do contrário inexistente– carece de uma verdadeira colaboração entre o órgão judicial e as partes, sem a qual o único caminho capaz de promover a pacificação social no Estado de Direito que se diz Democrático acaba por ser obstado (ou, no mínimo, mitigado)⁸⁸: o Judiciário somente se legitima –e atinge o perquirido grau de prestígio social enquanto instituição– na medida em que real e efetiva a dita cooperação, em especial se se tiver em conta que o advogado representa a figura de diálogo mais direto daquele Poder com a sociedade civil. Nessa senda, a colaboração corresponde, sob o ângulo do órgão judicante, à oitiva das partes e de seus patronos, incentivando-os a prestar os devidos esclarecimentos acerca das matérias de fato e de direito suscitadas, assim como a suplantam as faltas e falhas porventura verificadas⁸⁹.

verdade [... serem] ditados pela ideia da *não exigibilidade* [..., ou seja,] quando a imposição do dever de colaboração com a justiça excederia (...) os limites da conduta razoavelmente exigível”. VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Op. cit.* p. 481. Grifos no original), as quais funcionam como garantias contra o arbítrio (assim, v.g.: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo”. *Op. cit.* p. 126). Ademais, ainda que haja “comprometimento da parcialidade do magistrado [..., esse] desvio (...) poderá ser perfeitamente controlado pel[a ...] possibilidade de reexame da decisão em segundo grau de jurisdição”. Id. “Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo”. *In: Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 30, n. 90, jun. 2003. pp. 71.

De todo modo, no que tange às aludidas formalidades, ressalte-se que, tendo em vista ser “a busca pela verdade um dos elementos que compõem o valor segurança jurídica, [... elas] somente ser[ão] legítima[s] e aceitável[is ...] se [se ...] fundar[em] em critérios justos, [sic] e visar[em] à maximização das possibilidades de obtenção de justiça no processo, com a correta ponderação entre *efetividade* e *segurança*”. AMARAL, Guilherme Rizzo. *Op. cit.* p. 82. Grifos no original.

⁸⁶ Sobre a motivação das decisões no novel CPC brasileiro, em face do disposto em seu artigo 489: MOREIRA, Denis Gleyce Pinto. “O Novo CPC e a Nudez da Ponderação”. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, a. 10, v. 17, n. 1, jan./jun. 2016. pp. 65-91.

⁸⁷ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 170.

⁸⁸ É o que, com apoio na doutrina alemã, se convencionou chamar de “*comunidade de trabalho* (*Arbeitsgemeinschaft*) entre as partes e o tribunal para a realização da função processual”. FREITAS, José Lebre de. *Op. cit.* p. 168. Grifos no original.

⁸⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Efetividade e Processo de Conhecimento*. *Op. cit.* pp. 59-69. O autor, inclusive, cita exemplos de *formalismos exagerados*, correspondentes a verdadeira denegação de justiça, segundo a jurisprudência da *Schweizerisches Bundesgericht*, a mais alta corte da Suíça (o entendimento do tribunal tem por base o princípio da igualdade perante a lei, estatuído, atualmente, no artigo 8.º da Constituição Federal daquele país): não

Posta dessa maneira a situação sob a perspectiva do órgão judicante, é de se referir que, por outro lado, também as partes hão de cooperar entre si e com o Estado-juiz em prol da obtenção do provimento final do processo: os tempos modernos exigem dos indivíduos não apenas uma maior consciência de seus atos, mas também uma atuação mais presente, uma democracia mais participativa, um exercício mais ativo da cidadania, inclusive do ponto de vista das relações jurídicas materiais e processuais. Assim como o *magistrado que coopera* pauta as suas condutas na proatividade, as *partes* do processo baseado no princípio da cooperação e imbuído no alcance da justiça também necessitam de uma *participação mais ativa*, mais intensa, com um diálogo vivo, estimulando o desenvolvimento contínuo do feito, em substituição à ideia de oposição/confronto, que dominava a relação processual de outrora: a colaboração deve ser ampla, tanto na narrativa dos fatos quanto na valorização em si da causa.

Todavia, só se alcançará tal intento se os poderes das partes, para além de resguardados, forem fortalecidos, o que, por seu turno, demanda uma participação mais ativa delas mesmas – essa participação há de ser, sempre, leal, honesta, proba, correta, célere, enfim, desprovida de intenções de ludibriar o julgador em seu convencimento ou de fraudar os ditames legais⁹⁰. A posição menos autoritária do juiz e mais afeita à divisão do trabalho⁹¹ entre si e as partes é o fio condutor desse novo momento processual, impondo-se, em simultâneo, que todos os sujeitos

recebimento de recurso interposto por pessoa sem procuração escrita; manifestação recursal desacompanhada de cópia certificada da decisão impugnada ou posta no correio no último dia do prazo e recebida pela autoridade judicial fora do tempo. Nessa temática, vale pontuar-se que, no ano de 2012, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, alterando diametralmente a sua jurisprudência consolidada, julgou cabível a interposição de recurso antes da publicação do acórdão (os chamados *recursos prematuros*), por entender tal medida plenamente de acordo com o espírito norteador da fase instrumentalista do direito processual e contribuinte para a celeridade processual: “[o] formalismo desmesurado ignora a boa-fé processual que se exige de todos os sujeitos do processo, inclusive, e com maior razão, do Estado-Juiz, bem como se afasta da visão neoconstitucionalista do direito, cuja teoria proscreve o legicentrismo e o formalismo interpretativo na análise do sistema jurídico, desenvolvendo mecanismos para a efetividade dos princípios constitucionais que abarcam os valores mais caros à nossa sociedade.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, HC nº 101.132 ED / MA, Relator Ministro Luiz Fux, Brasília, 24 abr. 2012. Grifos no original.

⁹⁰ Nesse diapasão, pode-se distinguir a cooperação processual sob dois prismas: (i) em sentido material, que tem por objetivo primordial a apuração da verdade fática, em prol de uma justa composição da lide; (ii) em sentido formal, que tem por base a duração em tempo razoável do processo, isto é, compatível com as suas exigências, sem dilações inúteis, desnecessárias ou indevidas, vide: FREITAS, José Lebre de. *Op. cit.* pp. 164-167. Sobre as diferenças entre o *princípio da cooperação em sentido material* nos Direitos português e alemão: *Ibidem.* p. 166.

⁹¹ Lembre-se, por oportuno, a síntese de DURKHEIM, Émile. *Da Divisão do Trabalho Social*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 100: “[c]ooperar, de fato, é dividir uma tarefa comum”.

envolvidos comunguem do mesmo espírito e busquem igual sucesso da demanda⁹², “cada um com sua função particular; todos jungidos e dependentes, ao fim e ao cabo, de uma mesma causa-final, que é o bom funcionamento do conjunto”⁹³.

Nessa linha, caberá ao magistrado, por exemplo, caso o recorrente não promova a recolha das custas processuais no montante devido, em vez de inadmitir o recurso interposto, aplicar-lhe (tão somente) uma sanção de cunho estritamente pecuniário, agravando os importes porventura devidos; ou, caso o rito escolhido pelo litigante para a realização de determinado procedimento não seja o correto, competirá ao juiz conceder-lhe prazo para ajustar, seja através da alteração do rito, seja, se admissível, até mesmo alterando a situação fática narrada; poderá, ainda, o órgão julgador, caso as partes anuem e a legislação não o vede, modificar a ordem ou o modo de tramitação do feito, promovendo atos que melhor se prestem à apuração da verdade e, por via de consequência, ao acerto da decisão ou prescindindo daqueles que se configurem inidôneos para tal fim⁹⁴.

Por outro lado, do ponto de vista dos litigantes, caber-lhes-á, conforme verificado, intensificar seus deveres de lealdade e boa-fé processual, a fim de não incorrerem em punições que, inobstante atrasarem o regular desenvolvimento do feito, não contribuem para o seu deslinde. Ademais, recorde-se, a visão cooperativa do processo impõe uma mais constante e ampla oitiva das partes, fruto do maior relevo destas no *iter* processual, tendo-se sempre em vista o acerto da decisão final. Logo, quanto mais autor e réu se dedicarem a melhor cumprir os seus encargos, nomeadamente o de cooperar com o órgão judicante, mais benefícios produzirão à solução da causa em si – afinal, o magistrado, tal qualquer outra pessoa, seja qual for a situação da vida, forma as suas convicções também a partir da confiança⁹⁵ depositada nos argumentos (e atitudes) dos litigantes.

⁹² “O processo não é um jogo de espertezas, mas instrumento ético da jurisdição para a efetivação dos direitos da cidadania”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp. nº 65.906 – DF, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, 25 nov. 1997.

⁹³ ABREU, João Maurício Martins de. “Durkheim e o Fenômeno Jurídico na Obra da Divisão do Trabalho Social: ensaio crítico”. In: *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, out./dez. 2011. p. 186.

⁹⁴ Em sede jurisprudencial, por força do princípio da cooperação, já se entendeu, em Portugal, que, a despeito da regra que determina, no processo laboral, o imediato julgamento da demanda na falta de contestação, tal situação não é condição suficiente a impedir que o órgão julgador solicite esclarecimento à parte no intuito de proferir a decisão mais correta possível – inclusive, segundo o tribunal, a prolação de sentença de imediato, tão logo verificada a ausência da contestação, sem se conceder a oportunidade do autor pronunciar-se acerca da sua opção, corresponde a omissão ou irregularidade processual, que, por influenciar na solução final da demanda, configura nulidade: PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa, Processo nº 0089914 (Apelação), Relator Guilherme Pires, Lisboa, 17 jan. 2001.

⁹⁵ “A confiança constitui, para o ser, a base de um comportamento; quando não, haverá mera esperança”. CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Op. cit. p. 1241.

Outrossim, cumpre frisar-se que, sob a égide do contraditório substancial e do princípio da cooperação, o atuar do magistrado não se resume a um *solilóquio*, configurando, em verdade, pelo contrário, um *diálogo argumentativo*⁹⁶: o processo não (mais) se basta na aplicação silogística do direito, na simples subsunção dos fatos às normas; faz-se mister uma real busca pela mais conveniente solução para o caso concreto, face às suas peculiaridades e idiosincrasias, o que somente se obtém a partir de uma interação argumentativa promovida entre autor e réu e capitaneada decisivamente pelo órgão julgador⁹⁷. Logo, “incluído no contraditório”, o órgão judicante deve, antes de proferir a sua decisão, abrir-se ao diálogo (e incentivá-lo), seja para *consultar* as partes acerca das questões de fato ou de direito ainda não debatidas (e, pois, não sujeitas, até então, ao crivo do contraditório), seja para *esclarecer* eventuais dúvidas surgidas ao longo do trâmite processual (as quais podem relacionar-se com pretensões, pedidos, alegações, etc.), seja para as *prevenir* quanto a nulidades que possam existir (ou vir a existir) e atrapalhar o bom andamento do feito (de modo que possam ser sanadas a tempo e, assim, combinado com o princípio da economia processual, evite-se que aquele processo se converta numa verdadeira *perda de tempo*), seja para as *auxiliar* na retirada dos empecilhos ao exercício de seus direitos ou faculdades e no cumprimento de seus ônus ou deveres processuais⁹⁸.

Refira-se, por derradeiro, ser a cooperação que proporciona a chamada *segurança jurídica no interior do processo*, dado ela impedir os contendores surpreenderem-se (ou se sentirem prejudicados) com a decisão, em face da ampla e plena discussão em contraditório – a qual, por óbvio, deverá refletir-se no provimento final através da solução que, ante todos os procedimentos havidos, certamente já se

⁹⁶ Desde meados da década de 1960, a doutrina italiana já trazia essa lição: “é possível determinar[em-se] as notas fundamentais de um regime de colaboração processual. O juiz, no desenvolvimento do diálogo, coloca-se no nível das partes: a tradicional construção triangular substitui-se por uma perspectiva em posições paralelas. As atividades dos três sujeitos (...) tendem a se intensificar, resolvendo-se em uma única força ativa (*unus actus*), que penetra na matéria em busca da verdade”. GRASSO, Eduardo. “La collaborazione nel processo civile”. *In: Rivista di Diritto Processuale*. Pádua, a. XXI, n. 4, p. 609, 1966. Tradução livre. Grifos no original.

⁹⁷ “[O] que, na realidade das coisas, o princípio da cooperação – bem como outros que lhe são conexos, como o da direcção do processo e o incremento da inquisitorialidade judicial – vem, de algum modo, restringir é a *passividade* do juiz, afastando-se claramente da velha ideia liberal do processo como uma ‘luta’ entre as partes, meramente arbitrada pelo julgador–concepção[,] essa, na nossa óptica, dificilmente conciliável com uma Constituição que (...) institui um Estado social de direito”. REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. I. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 266.

⁹⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. “O princípio da cooperação: uma apresentação”. *Op. cit.* pp. 75-79; Id. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. *Op. cit.* pp. 15-23; SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997. pp. 65-66.

delineara e vislumbra⁹⁹. Dessa forma, em suma, “o contraditório substancial e o princípio da cooperação, dele decorrente, asseguram ao jurisdicionado uma dupla garantia, sintetizada no binômio *participação e não surpresa*”¹⁰⁰ – tudo a corroborar o alcance da mais justa solução da controvérsia.

Conclusão

A famigerada constitucionalização do Direito¹⁰¹ pode ser, resumidamente, caracterizada como uma irradiação do conteúdo material-valorativo dos preceitos constitucionais por toda a ordem jurídica, assim influenciando, pois, de forma decisiva no sentido das normas infraconstitucionais, que deles retiram o seu substrato de validade.

Nessa ordem de ideias, a tradição legalista-positivista de outrora perdeu espaço para um novo paradigma, mais comprometido com o Estado Democrático de Direito, que tem por fito tutelar a esfera jurídica dos cidadãos a partir de um Poder Judiciário eficiente e, assim, fundamental na importante tarefa de criar o direito através da interpretação das normas pela ótica constitucional¹⁰². Nesse diapasão, é forçoso concluir-se que, sob o império da Constituição, todas as relações de direito

⁹⁹ “O sucessivo debate oral, portanto, permite um aprofundamento das discussões tanto dos aspectos de facto quanto dos aspectos de direito da controvérsia. Afigura-nos, este, um modo extremamente válido de se evitar o perigo das ‘decisões-surpresa’ e de se colocar os interessados em condições de eficazmente incidir no desenvolvimento e no êxito do julgado. [...] Ignorar o contributo crítico e construtivo das partes encoraja o uso excessivo dos instrumentos de recurso, com todas as consequências negativas que se sucedem. (...) Os resultados do ‘modelo de Stuttgart’ confirmam que o diálogo aberto e sem preconceitos facilita o trabalho de seleção dos elementos relevantes, agiliza a reconstrução do caso concreto e garante, no fundo, também, uma decisão mais correta, enquanto o ‘prestigioso’ silêncio do juiz constringe as partes a alegações supérfluas e dificulta a busca da ‘verdade’. É quase desnecessário acrescentar que celeridade e concentração do processo e correção da pronúncia são valores intimamente relacionados à própria garantia de ação e de defesa”. TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione: Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milão: A. Giuffrè, 1974. pp. 665-667. Tradução livre.

¹⁰⁰ COLA, Felipe de Souza; ESTEVES, Carolina Bonadiman. *Op. cit.* p. 165. Grifos no original.

¹⁰¹ A esse respeito, analisando o seu contexto histórico e as suas principais correntes: CRUZ, Danilo Nascimento. “Premissas históricas e teóricas sobre a Constitucionalização do Direito”. *In: Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF*. Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, mai. 2010. pp. 205-224.

¹⁰² “O juiz, esse ‘ente inanimado’, de que falava Montesquieu, tem sido(,) na realidade(,) a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional. Essa participação do juiz na renovação do direito é, em certo grau, um fenômeno constante, podia dizer-se uma lei natural da evolução jurídica: nascido da jurisprudência, o direito vive pela jurisprudência, e é pela jurisprudência que vemos muitas vezes o direito

material hão de ser asseguradas na exata medida em que por si estatuído, haja vista “a busca não só pela declaração, mas pela efetividade e efetivação d[o]s direitos [ali estatuídos]. A ideologia dominante nos ordenamentos constitucionais atuais é justamente esta: não basta indicar um rol de direitos fundamentais(,) é preciso efetivá-los”¹⁰³.

Essa efetivação dos direitos, acima mencionada, no entanto, só é legitimamente atingível (isto é, em havendo lesão ou ameaça de lesão a direito alheio) pela via da processualística. Significa, nessa sequência de pensamento, que o processo passou a ocupar um papel de ainda maior destaque no cenário jurídico-social, correspondendo, por assim dizer, ao “microcosmos democrático do Estado-de-Direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade”¹⁰⁴.

Em outras palavras: os tempos hodiernos não são mais de simples pedidos ao órgão jurisdicional de realização do direito material não adimplido (época do Estado liberal); hoje, almeja-se um verdadeiro entrelaçamento do direito material com o processual, correspondendo, essa simbiose, à fórmula ideal de promoção da justiça (Estado social-constitucional). Dessa feita, reafirma-se não só a importância da salvaguarda dos direitos subjetivos no *mundo abstrato da lei*, mas também se assegura a sua plena eficácia no *mundo real dos cidadãos*: a busca por uma anulação (ou, minimização) do poder do magistrado, em prol de um suposto procedimento neutro e genérico, com a concessão a cada parte daquilo que se afigurasse correto a partir de uma simples *verdade formal*, cede lugar a um atuar mais incisivo, com reforço dos poderes de todos os participantes –nomeadamente, o Estado-juiz, por meio de um atuar mais presente, mais ativo, que vê no processo um meio para se alcançar o fim, qual seja, a concretização do direito substantivo dos litigantes, a justiça no caso concreto; e as partes, que passam a ter uma maior possibilidade de influenciar na decisão a ser prolatada, através de um contraditório substancial (e não, apenas formal), com audição delas em todas as etapas decisórias¹⁰⁵–, cujo objetivo último há de ser a *verdade real*.

evoluir sob uma legislação imóvel”. CRUET, Jean. *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*. Salvador: Livraria Progresso, 1956. p. 24.

¹⁰³ ZANETI JUNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional*. Porto Alegre. 2005. p. 252. Tese (Doutoramento em Direito). Faculdade de Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

¹⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* p. 25.

¹⁰⁵ “O princípio do contraditório relaciona-se, intimamente, com a idéia de *participação*, com a *possibilidade* de participação na decisão do Estado, viabilizando-se assim, mesmo no processo, a realização de um dos valores mais caros para um Estado Democrático de Direito. [... Logo, ele] deve ser entendido como a possibilidade de o destinatário da atuação do Estado

Assim, o que se ambiciona – e se exige – no Direito contemporâneo é que tanto os ditames constitucionais quanto a legislação infraconstitucional sejam efetivos, de modo que o direito processual, enquanto instrumento de pacificação da sociedade, sob o enfoque do direito material, possibilite uma adequada prestação da tutela judicial. Para tanto, imponderáveis a afirmação e concretização dos postulados teóricos e procedimentos técnicos passíveis de, na prática, proteger aquele cujo direito subjetivo seja colocado em risco ou objeto de violação. Afinal, para a sua plena efetividade, além das remoções, promovidas pelo Estado, dos entraves econômicos impeditivos do acesso à justiça, o direito de ação reclama prestações que viabilizem o alcance efetivo e real da tutela prometida pelo direito material, não correspondendo, pois, a uma rele análise meritória da causa: o direito de ação tem “como corolário o direito de influir sobre o convencimento do juiz¹⁰⁶ e, assim, o direito às alegações e à prova¹⁰⁷”.

Dessa forma, cabe aos diversos sujeitos processuais, por meio de condutas leais e probas, animadas pelos ditames da boa-fé objetiva e norteadas pela garantia do contraditório substancial, promover a tão almejada efetividade do processo. De todo modo, para tanto, faz-se mister a colaboração harmônica de todos eles, cada qual por meio de seu respectivo papel¹⁰⁸, na solução da demanda¹⁰⁹. Afinal, “[c]ertamente, num

influenciar – ou, quando menos, ter condições de *influenciar*, *influir* –, em alguma medida, a decisão a ser proferida”. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um Terceiro Enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 54. Grifos no original.

¹⁰⁶ Aqui, vale a ressalva: “não há paridade no momento da decisão; as partes não decidem *com* o juiz; trata-se de *função* que lhe é exclusiva. Pode-se dizer que a decisão judicial é *fruto* da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado”. DIDIER JUNIOR, Fredie. “Os três modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo”. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et. al. (coord.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: JusPodivm, 2013. pp. 212-213. Grifos no original. Daí o juiz, hoje, haver de ser “isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão”. MITIDIERO, Daniel. *Bases para Construção de um Processo Civil Cooperativo*. *Op. cit.* p. 53.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Il Diritto di Azione nella Costituzione Brasiliana*. Disponível em: <<http://bit.ly/2a8C7oh>>. [Acesso em: 01 mar. 2016]. Tradução livre.

¹⁰⁸ Exemplifica-se: partes – não podem utilizar-se do processo para fins contrários à lei ou protelatórios; magistrado – deve empregar todos os esforços necessários ao pleno deslinde da controvérsia, de modo a alcançar, através da verdade real, a devida justiça daquele caso concreto e a consequente pacificação social.

¹⁰⁹ É o que já se chamou de *quebra do protagonismo do juiz* em prol de um *policentrismo processual*, através da *comparticipação dos sujeitos processuais* (NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e Policentrismo: Horizontes para a Democratização Processual Civil*.

tempo em que o processo é estudado na perspectiva de seus *fins*, não há mais espaço para uma postura *estática* e *indiferente* por parte do magistrado¹¹⁰ – e, *mutatis mutandis*, no Estado que é Democrático e de Direito, em que todos os cidadãos devem primar pela mais adequada prestação da tutela judicial¹¹¹, nem para as partes.

Referencias Bibliográficas

ABREU, João Maurício Martins de. “Durkheim e o Fenômeno Jurídico na Obra Da Divisão do Trabalho Social: ensaio crítico”. In: *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, out./dez. 2011.

Belo Horizonte. 2008. pp. 151-194. Tese (Doutoramento em Direito Processual). Faculdade Mineira de Direito – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais), e se coaduna com a moderna hermenêutica, pela qual o juiz desempenha um papel de criador do direito – sendo certo, todavia, que essa função criativa conferida ao magistrado apenas se legitima democraticamente a partir da coparticipação dos sujeitos processuais, fruto do diálogo judicial. Em outras palavras: é através do princípio da cooperação, ou seja, da possibilidade por si criada de existência de um autêntico ambiente dialógico-participativo que floresce a legitimação da atividade decisória do julgador: GOUVEIA, Lúcio Grassi de. “A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro”. In: *Revista de Processo*. São Paulo, a. 34, v. 172, jun. 2009. pp. 51-52.

¹¹⁰ COLA, Felipe de Souza; ESTEVES, Carolina Bonadiman. *Op. cit.* p. 161. Grifos no original. Aqui, cabe breve nótula acerca da participação do *juiz colaborante* e os *limites à sua atuação*: “um juiz colaborante é, em primeiro lugar, alguém que, em simultâneo, está num patamar de igualdade com as partes (democracia em vez de autoritarismo) e, segundo, alguém que se preocupa com o litígio privado em discussão (solução adequada em vez de desinteresse ou alheamento). [...] O] juiz colaborante não pode intervir na delimitação do caso concreto, como(,) aliás(,) é regra no nosso processo civil desde sempre (...), mas pode e deve utilizar instrumentos que permitam tal adequação entre realidade intra processual e extra processual(*sic*). Isto justifica alguns poderes, como os de convidar a aperfeiçoar requerimentos probatórios, mas deve ser feito com a maior das cautelas, porque estamos no limite da intervenção pública em assuntos privados”. GOUVEIA, Mariana França. *Regime Processual Experimental*: Anotado. Coimbra: Almedina, 2006. p. 13.

¹¹¹ “Numa conjuntura como esta(,) em que o indivíduo, sem anular-se, cede terreno ao coletivo e social, o processo, obviamente, não pode ser visto como simples ritual formalístico da atividade forense. Sua função, além de jurídica, é também política e social, pois é por seus caminhos que se logra atingir, com efetividade, o predomínio da moderna ordem das garantias fundamentais. Dele se espera não apenas a fria aplicação da lei, mas a melhor e mais justa realização do plano das liberdades traçado pela Carta Magna. Torna-se pequena a tradicional denominação de devido processo legal que aos poucos se vai substituindo pelo justo processo da lei”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A arbitragem como meio de solução de controvérsias”. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, v. 1, n. 2, p. 5, nov./dez. 1999. Em sentido semelhante e destacando, inclusive, o papel que devem desempenhar, no processo cooperativo, o magistrado e as partes: GERALDES, António Santos Abrantes. *Op. cit.* pp. 90-91.

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. v. I. Coimbra: Almedina, 2010.

ALVIM, Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil*. v. II. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *A Efetivação das Sentenças sob a Ótica do Formalismo-Valorativo: um método e sua aplicação*. Porto Alegre. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito Processual Civil*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. “A verdade e a prova no processo civil”. *In: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Madri, a. 5, v. 7, 2005.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. *O Comportamento dos Sujeitos Processuais como Obstáculo à Razoável Duração do Processo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERNHARDT, Wolfgang. “Auswirkungen von Treu und Glauben im Prozeß und in der Zwangsvollstreckung”. *In: Zeitschrift für Zivilprozess*. Colônia, v. 66, 1953.

BONFIM, Edílson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp nº 299 – RJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, 28 ago. 1989.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp. nº 65.906 – DF, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, 25 nov. 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, HC nº 101.132 ED / MA, Relator Ministro Luiz Fux, Brasília, 24 abr. 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um Terceiro Enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. “Cidadania e Efetividade do Processo”. *In: Revista SÍNTESE de Direito Civil e Processo Civil*. Porto Alegre, a. 1, v. 1, set./out. 1999.

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CAPONI, Remo. “Il Processo Civile Telematico tra Scrittura e Oralità”. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, a. 10, v. 17, n. 1, jan./jun. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. “Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da ‘justiça constitucional’”. *In: Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Porto Alegre, a. 12, n. 40, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. v. 1. Servanda: Campinas, 1999.

_____. *Como se faz um Processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Líder, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. “Direito, Justiça e Sociedade”. *In: Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di Diritto Processuale Civile: le azioni, il processo di cognizione*. 4ª ed. Nápoles: N. Jovene, 1928.

CHRISTENSON, Ron. *Political Trials in History: From Antiquity to the Present*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1991.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CRUET, Jean. *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*. Salvador: Livraria Progresso, 1956.

CRUZ, Danilo Nascimento. “Premissas históricas e teóricas sobre a Constitucionalização do Direito”. *In: Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF*. Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, mai. 2010.

COLA, Felipe de Souza; ESTEVES, Carolina Bonadiman. “O juízo de terceira via sob a luz do contraditório substancial: proposta de aplicação do princípio da cooperação como forma de se assegurar um acesso à justiça qualitativo”. *In: Revista Depoimentos*. Vitória, n. 14, jul./dez. 2008.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas*. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&ids-c=45582&ida=45614>. [Acesso em: 10 fev. 2016].

_____. *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa “In Agendo”*: Estudo de Direito Civil e de Direito Processual Civil, com exemplo no requerimento infundado da insolvência, à luz do Código de 2004. Coimbra: Almedina, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Editorial 45*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-45/>>. [Acesso em: 12 fev. 2016].

_____. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal – Coimbra Editora, 2010.

_____. “O princípio da cooperação: uma apresentação”. *In: Revista de Processo*. São Paulo, a. 30, n. 127, set. 2005.

_____. “Os três modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo”. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et. al. (coord.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *La Doctrina de los Propios Actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch, 1962.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DUARTE NETO, Bento Herculano; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; TEIXEIRA, Sergio Torres. *Teoria Geral do Processo*. 5ª ed. Curitiba: IESDE Brasil, 2012.

DURKHEIM, Émile. *Da Divisão do Trabalho Social*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. “O Direito Civil Brasileiro Contemporâneo e a Princiologia Axiológica Constitucional”. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional: Anais do IV Simpósio Brasileiro de Direito Constitucional*. Curitiba, v. 3, 2003.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8ª ed. Pádua: Cedam, 1996.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho*. 2ª ed. Madri: Marcial Marcial Pons, 2005.

FRANCE. *Archives Parlementaires: Serie I (1787 à 1789)*. v. 20. NendeIn: Kraus Reprint, 1969.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FURNO, Carlo. *Verdad y Proceso*. Bogotá: Leyer, 2008.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da Reforma do Processo Civil*. v. I. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. “A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro”. In: *Revista de Processo*. São Paulo, a. 34, v. 172, jun. 2009.

GOUVEIA, Mariana França. *Regime Processual Experimental: Anotado*. Coimbra: Almedina, 2006.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. “El principio de la buena fe en el proceso civil”. In: CÓRDOBA, Marcos M. (dir.); GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. Rosa (coord.); KLUGER, Viviana (coord.). *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*. t. I. Buenos Aires: La Ley, 2004.

GRASSO, Eduardo. “La collaborazione nel processo civile”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Pádua, a. XXI, n. 4, 1966.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Tendências do Direito Civil no Século XXI*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/Giselda_Tendencias.doc>. [Acesso em: 09 fev. 2016].

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LACERDA, Galeno. “O Código e o Formalismo Processual”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, v. 21, 1983.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas, 2001.

LÓPEZ CALERA, Nicolás María. *Introducción al estudio del Derecho*. Granada: Don Quijote, 1981.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Il Diritto di Azione nella Costituzione Brasiliana*. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/baixar.php?arquivo=files/_IL_DIRITTO_DI_AZIONE_NELLA_COSTITUZIONE_BRASILIANA.doc>. [Acesso em: 01 mar. 2016].

_____. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: Crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. “Os princípios jurídicos e sua densidade normativa”. In: *Revista Justiça & Cidadania*. Rio de Janeiro, n. 145, set. 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEDEIROS, Luiz César. “O formalismo processual e suas conseqüências na realização do direito: a prevalência da forma no processo civil em detrimento do direito garantidor do bem da vida”. In: *Jurisprudência Catarinense*. Florianópolis, v. 31, n. 106, abr./mar. 2004/2005.

MEDEIROS NETO, Elias Marques. “Princípio da Cooperação no Processo Civil”. In: *Revista Thesis Juris*. São Paulo, v. 5, n. 1, jan./abr. 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Proibição de “decisões surpresa” no NCPC*. Disponível em: <<http://professormedina.com/2011/01/05/principio-do-contraditório-e-proibicao-de-decisoes-surpresa-no-ncpc/>>. [Acesso em: 10 fev. 2016].

MILMAN, Fabio. *Improbidade Processual: Comportamento das Partes e de seus Procuradores no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MITIDIERO, Daniel. “A colaboração como modelo e como princípio no Processo Civil”. In: *Revista de Processo Comparado*. São Paulo, v. 1, n. 2, jul./dez. 2015.

_____. *Bases para Construção de um Processo Civil Cooperativo: O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo-Valorativo*. Porto Alegre. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

_____. “Processo Justo, Colaboração e Ônus da Prova”. *In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v. 78, n. 1, jan./mar. 2012.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. v. 1. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “Constituição e Direito Civil: Tendências”. *In: Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, n. 15, ago./dez. 1999.

MOREIRA, Denis Gleyce Pinto. “O Novo CPC e a Nudez da Ponderação”. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, a. 10, v. 17, n. 1, jan./jun. 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O juiz e a cultura da transgressão”. *In: Revista Jurídica*. São Paulo, v. 47, n. 267, jan. 2000.

_____. *Temas de Direito Processual: Primeira Série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. “Tutela de Urgência e Efetividade do Direito”. *In: Revista de Direito Processual Geral*. Rio de Janeiro, n. 57, 2003.

NALIN, Paulo Ribeiro. “Ética e boa-fé no adimplemento contratual”. *In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, António Castanheira. *Questão-de-Facto–Questão-de-Direito ou o Princípio Metodológico da Juridicidade: Ensaio de uma Reposição Crítica*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.

NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e Policentrismo: Horizontes para a Democratização Processual Civil*. Belo Horizonte. 2008. Tese (Doutorado em Direito Processual). Faculdade Mineira de Direito – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. “O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo”. *In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. “Efetividade e Processo de Conhecimento”. *In: Revista de Processo*. São Paulo, v. 24, n. 96, out./dez. 1999.

_____. “Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo”. *In: Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 30, n. 90, jun. 2003.

PEIXOTO, Silvana Mara Ferneda Ramos; SOUZA NETTO, José Laurindo de. “O Princípio do Contraditório Cooperativo como Instrumento Viabilizador da Jurisdição Constitucional”. *In: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). Processo e Jurisdição*. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, Secção do Contencioso, Processo nº 61/12.0YFLSB (Recurso Contencioso), Relator Lopes do Rego, Lisboa, 11 dez. 2012.

_____. Tribunal da Relação de Lisboa, Secção Cível, Processo nº 1260/08.4TVLSB. L1-2 (Apelação), Relatora Lúcia Sousa Farinha Alves Tibério Silva, Lisboa, 07 mai. 2009.

_____. Tribunal da Relação de Lisboa, Processo nº 0089914 (Apelação), Relator Guilherme Pires, Lisboa, 17 jan. 2001.

PRAZERES, Gustavo Cunha. “A Influência da Solidariedade Social no Processo: Aplicação do Venire Contra Factum Proprium Nulli Conceditur ao Direito Processual”. *Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI – Salvador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

PRETEL, Mariana Pretel e. *A Boa-fé Objetiva e a Lealdade no Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. I. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

REIS, José Alberto dos. *Comentário ao Código de Processo Civil*. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1945.

SANTOS, Boaventura de Sousa. “Introdução à Sociologia da Administração da Justiça”. *In: Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, n. 21, nov. 1986.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo: O Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Notas sobre a súmula vinculante no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://nagib.net/index.php/publicacoes/artigos/2011-10-06-19-20-21/332-notas-sobre-a-sumula-vinculante-no-direito-brasileiro>>. [Acesso em: 10 fev. 2016].

SOARES, Fernando Luso. *A Responsabilidade Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 1987.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. “Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou ‘colaboração no processo civil’ é um princípio?”. *In: Revista de Processo*. São Paulo, v. 37, n. 213, nov. 2012.

STRECK, Lenio Luiz et al. *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. [Acesso em: 01 mar. 2016].

TARUFFO, Michele. *La Semplice Verità: Il Giudice e la Costruzione dei Fatti*. Roma: Laterza, 2009.

TARZIA, Giuseppe. “O novo processo civil de cognição na Itália”. *In: Revista de Processo*. São Paulo, v. 79, jul./set. 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A arbitragem como meio de solução de controvérsias”. *In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, v. 1, n. 2, nov./dez. 1999.

_____. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional: Insuficiência da Reforma das Leis Processuais*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. [Acesso em: 05 mar. 2016].

_____. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. v. I. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TRINDADE DOS SANTOS, Paulo Junior. “A verdade no novo Código de Processo Civil: por uma construção hermenêutica”. *In: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá, n. 43, jan./jun. 2016.

TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione: Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milão: A. Giuffrè, 1974.

VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2ª ed. Indianápolis: Liberty Fund, 1998.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo Civil: Curso Completo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. “Tutela Antecipada e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não-Fazer: arts. 273 e 461 do CPC”. *In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional*. Porto Alegre. 2005. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE: ALGUNAS NOTAS A PROPÓSITO DE LA ANOTACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL PROCESO ARBITRAL EN LOS REGISTROS PÚBLICOS*

Javier Anaya Castillo**

Resumen

El objeto del presente trabajo es comentar los alcances de la modificación efectuada a la Ley de Arbitraje peruana mediante el Decreto Legislativo N° 1231, en mérito del cual se incorporó un nuevo mecanismo denominado “Anotación de la existencia del proceso arbitral”. A tal efecto, se formula un análisis general sobre las medidas cautelares en el arbitraje, teniendo en cuenta los alcances de la potestad cautelar y los distintos tipos de medidas que los árbitros dictan en el proceso. Posteriormente, se evalúa esta nueva medida y se tienen presentes, su naturaleza, características y vinculación con la *confidencialidad* que impera en el arbitraje.

Recibido: marzo 28 de 2016 – Aprobado: julio 4 de 2016.

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: ANAYA CASTILLO, Javier. Medidas cautelares en el arbitraje: algunas notas a propósito de la anotación de la existencia del proceso arbitral en los registros públicos. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 44, julio- diciembre. 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 141-171.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios en la Maestría de Derecho Privado en la Universidad Carlos III de Madrid y estudios de especialización de Arbitraje Comercial y de Inversiones en la Universidad Complutense de Madrid, de Derecho Urbanístico en el Lincoln Institute of Land Policy y de Derecho Registral en la Universidad Autónoma de Madrid y el Colegio de Registradores de España. Miembro de la Comisión Consultiva de Derecho Registral y de la Comisión Consultiva de Derecho Urbanístico, Inmobiliario y Catastral del Colegio de Abogados de Lima. Registrador Público de la Propiedad de Lima. Ha integrado diversas comisiones normativas para la elaboración de reglamentos y directivas registrales.

Palabra claves: potestad arbitral, tipos de medida cautelar, anotación preventiva, registro público.

Abstract

The objective of this paper is to discuss the scope of the amendments made to the Peruvian Arbitration Law by Legislative Decree 1231, by which was incorporated a new mechanism called “Annotation of the arbitration process existence”. For that purpose, the framework of precautionary measures in the arbitration should be explained, taking into account the scope of the interim authority and the different measures that can be dictated in the process. Then we evaluate this new measure inserted in Peruvian Arbitration Law regarding his nature, characteristics, and the confidentiality as principle in the arbitration.

Key words: arbitral authority, provisional measures, public registry.

Introducción

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos como el *colombiano*¹ o el *chileno*², en el Perú se ha establecido un *sistema monista*³ en el arbitraje. Eso significa que la ley arbitral peruana se aplica tanto al arbitraje nacional como al internacional.

¹ Mediante la Ley 1563 del 2012 se aprobó el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. En torno a esta norma Rey Vallejo ha señalado que: “Las disposiciones recientemente adoptadas por el legislador colombiano siguen el esquema dualista, tradicionalmente arraigado en el ánimo de muchos de los operadores arbitrales nacionales, que consagra una primera parte dedicada al arbitraje doméstico con marcada tendencia procesalista y un segundo apartado destinado a regular el arbitraje internacional cuyo fundamento esencial es la Ley Modelo CNUDMI versión 2006”. REY VALLEJO, Alfredo Pablo. “Los modelos regulatorios del arbitraje latinoamericano: un análisis de las normativas de arbitraje doméstico en Colombia y en el hemisferio”. *En*: 128 *Vniversitas*. Enero-junio. Bogotá, 2014. p. 271. Disponible en: <http://goo.gl/nqCwbH>

² Así, mientras que el arbitraje internacional está regulado en la Ley 19.971, el arbitraje doméstico está regulado en el Título IX, artículos 222 al 243 del Código Orgánico de Tribunales (COT) y en el Título VIII del Libro III, artículos 628 al 644 del Código de Procedimiento Civil (CPC).

³ Si bien en algún momento se ha señalado que las normas relativas a las derogaciones y excepciones tienen un cierto carácter dualista, en líneas generales la ley de arbitraje peruana es monista. Al respecto: “Conforme al derecho español y peruano, un único cuerpo de disposiciones rige el arbitraje internacional e interno. Por tanto, la doctrina mayoritaria concuerda en clasificar tales leyes de arbitraje como monistas”. FAVRE-BULLE, Xavier y MUÑOZ, Edgardo. “Monismo y dualismo de las leyes de arbitraje: ¿son todas ellas dualistas?”. *En*: *Arbitraje internacional: pasado, presente y*

Este esquema monista ha requerido que el legislador tenga que “ajustar la ley a los últimos avances en la experiencia internacional”⁴, por lo que ha logrado finalmente adoptar con mucho acierto, no sólo diversas reglas contenidas en la ley modelo de UNCITRAL⁵, sino también, importantes criterios interpretativos esgrimidos en la jurisprudencia arbitral internacional.

Sin embargo, algunas instituciones –propias del arbitraje internacional– que han sido incorporadas, como flexibilizar la formalidad del laudo o extender el convenio arbitral a *partes no signatarias*⁶, por citar sólo algunos ejemplos, han sido mal utilizadas en el arbitraje doméstico, en especial en el arbitraje *ad hoc*. Nos referimos concretamente a aquellos procesos arbitrales amañados que, al permitir irregularmente el cambio de propiedad sobre un inmueble, han coadyuvado en la configuración del *fraude inmobiliario* en el Perú. A modo de ejemplo, podríamos decir que estos arbitrajes se caracterizaban por provenir de cláusulas arbitrales ambiguas⁷, por declararse competentes pese a la ausencia de un acuerdo real entre las partes para someterse a un arbitraje⁸, por pronunciarse sobre materias indisponibles y por admitir medios probatorios falsificados, entre otros problemas.

Empero, estas vicisitudes producidas en el ámbito arbitral no quedaban sólo allí. Para despojar la propiedad inmobiliaria en forma efectiva, se necesitaba que estos laudos *fraudulentos* accedieran también al registro público. Este acceso se conseguía finalmente sin mayores dilucidaciones. Ello en razón de que la función de control que ejercen los registradores públicos sobre las actuaciones arbitrales se encuentra limitada por la propia legislación arbitral (esto se puede colegir de los artículos 3.4⁹,

futuro, Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains. Tomo II, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2013. p. 1439.

⁴ Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1071.

⁵ Ley Modelo de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) del 2006 sobre Arbitraje Comercial Internacional.

⁶ Art. 14. **Extensión del convenio arbitral.** “El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

⁷ Sobre esta problemática puede revisarse la nota periodística realizada por el diario legal *La Ley*. Disponible en: <http://goo.gl/rtFoVd>

⁸ Sobre esta problemática puede revisarse la nota periodística realizada por el diario *Perú 21*, disponible en: <http://goo.gl/Y3IcAg>, en el diario *La República*, disponible en: <http://goo.gl/JE9pwd> y <http://goo.gl/8EKbdc>, o en la revista *Caretas*, disponible en: <http://goo.gl/Sympnp>

⁹ El artículo 3.4 del Decreto Legislativo del arbitraje establece: “**Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal**

41.1¹⁰, 48.3¹¹ y 62¹² de la ley de arbitraje) e incluso por la propia normativa registral pertinente (Reglamento General de los Registros Públicos, art. 32-A¹³).

Frente a esta situación, mediante el Decreto Legislativo 1231¹⁴ se hicieron algunas modificaciones a la ley arbitral peruana y se incorporó una nueva figura denominada “anotación de la existencia del proceso arbitral”, cuya regulación la encontramos en el numeral 5° del artículo 39 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo del Arbitraje. De acuerdo con esta medida, si la demanda o la reconvencción arbitral versan sobre actos o derechos inscribibles en el registro público, el Tribunal Arbitral solicitará la anotación de

arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad”.

¹⁰ El artículo 3.4 del Decreto Legislativo del arbitraje establece: “El tribunal arbitral **es el único competente para decidir sobre su propia competencia**, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales”.

¹¹ El artículo 48.3 del Decreto Legislativo del arbitraje establece: “La **autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar**. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será solicitada por la autoridad judicial o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados”.

¹² El artículo 48.3 del Decreto Legislativo del arbitraje establece: “1. Contra el laudo **sólo podrá interponerse recurso de anulación**. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63. 2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está **prohibido** bajo responsabilidad, **pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral**”.

¹³ En el artículo 32-A del Reglamento General de los Registros Públicos se ha señalado: “(...) Sin perjuicio de ello, las instancias registrales no podrán evaluar la competencia del Tribunal Arbitral o Árbitro Único para laudar, el contenido del laudo, ni la capacidad de los árbitros para ejecutarlo. Tampoco podrá calificar la validez del convenio arbitral ni su correspondencia con el contenido del laudo (...)”.

¹⁴ El 26 de setiembre de 2015 se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo 1231, en virtud del cual se modifica e incorpora normas y disposiciones al Decreto Legislativo 1071, norma que regula el arbitraje en el ordenamiento jurídico peruano.

la existencia del proceso arbitral en la partida registral vinculada con la eventual ejecución del laudo.

Con relación a estas modificaciones formuladas, vemos que cierto sector de la doctrina peruana¹⁵ se ha pronunciado en forma favorable sobre los nuevos preceptos normativos. Sin embargo, el hecho de publicitar la existencia de un proceso arbitral a través del registro público, nos plantea una serie de cuestiones conceptuales en torno a esta nueva figura: ¿cuál es la naturaleza jurídica de esta anotación?, es decir, ¿se trataría en estricto de una medida cautelar? Por otra parte, dado que en aplicación del principio de autonomía de la voluntad las partes pueden sustraer la potestad cautelar de los árbitros, ¿se podría pactar que no se anote en el registro público la existencia del proceso arbitral? En esa misma línea, si se tiene en cuenta que en el arbitraje rigen los principios de igualdad, audiencia y contradicción, ¿podría un árbitro solicitar esta anotación sin que medie instancia de la parte beneficiada o la parte afectada con esta medida? Dicho de otro modo, ¿es posible que dicha anotación registral se trate de una medida arbitral oficiosa? Además, si se llega a publicitar la existencia de un proceso arbitral a través de un registro de derecho, ¿no se estaría afectando con esta medida la obligación de *confidencialidad* que es consustancial al arbitraje? Finalmente, y ya desde un enfoque pragmático, habría que preguntarse si la incorporación de esta anotación arbitral en el registro, evitaría en definitiva que el despojo inmobiliario se consuma a través del arbitraje y el registro público.

Al tener en cuenta estas interrogantes, a través del presente trabajo analizaremos los alcances de esta anotación registral solicitada por los árbitros. Para tal efecto, nos detendremos previamente en la cuestión relativa a la naturaleza del arbitraje a fin de tomar una posición inicial que nos permita formular un examen más riguroso sobre los alcances de la potestad cautelar que ejercen los árbitros. Posteriormente, examinaremos la competencia de los árbitros para dictar cautelares, la atribución que tienen las partes para sustraer la potestad cautelar del arbitraje y los distintos tipos de medidas cautelares que se podrían configurar en el proceso arbitral. Finalmente, y para entrar al tema central del presente trabajo, analizaremos el mecanismo denominado “anotación de la existencia del proceso arbitral” en el registro público, a partir de su finalidad, naturaleza, características y su vinculación con los principios que rigen en el arbitraje.

¹⁵ Al respecto se ha señalado: “(...) En resumen, todas y cada una de las modificaciones y/o incorporaciones efectuadas a la Ley de Arbitraje son necesarias y están suficientemente justificadas”. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Cambios necesarios y justificados: las últimas modificaciones a la ley de arbitraje”. En: *La Ley, Gaceta Jurídica*. Lima. Disponible en: <http://goo.gl/8gXbWk>. En similar sentido, se ha indicado: “En suma, se trata de cambios positivos, que realizan importantes precisiones que fortalecen el arbitraje, para que cada vez tenga menores espacios que den origen a irregularidades y malos manejos (...)”. CASTILLO FREYRE, Mario. “Innovaciones necesarias”. En: *Jurídica N° 574*. Suplemento de análisis legal de *El Peruano*. Lima, 3 de noviembre de 2015. p. 2.

1. Naturaleza del arbitraje: punto de partida

Entre las diferentes teorías que tratan de explicar la naturaleza del arbitraje¹⁶, se destaca la postura *privatista* (arbitraje como contrato) y la postura *procesalista* o *publicista* (arbitraje como jurisdicción). Cabe resaltar que en forma similar a la Constitución de Colombia¹⁷, la Constitución peruana establece en su artículo 139 inciso 1° que “no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la **arbitral**”, con lo cual se estaría reconociendo indirectamente la *naturaleza jurisdiccional* del arbitraje. Por ello, a partir de este precepto constitucional, cierto sector de la doctrina peruana¹⁸ ha planteado que la función arbitral sería de naturaleza *jurisdiccional* antes que *contractual*.

Además, el propio Tribunal Constitucional peruano ha resaltado este aspecto del arbitraje al indicar en el fundamento 11 del Expediente 6167-2005-PHC/TC, lo siguiente: “Así, la **jurisdicción arbitral**, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con

¹⁶ En torno a la naturaleza del arbitraje, González de Cossío sostiene que: “La naturaleza jurídica del arbitraje ha generado debate. No obstante que a la fecha dicho debate no ha encontrado una solución que sea generalmente aceptada, existen cuatro teorías relevantes: la jurisdiccional, la contractual, la mixta o híbrida, y la autónoma o *sui géneris*”. GONZALES DE COSSÍO, Francisco. *Sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje*. Homenaje a Don Raúl Medina Mora. Disponible en: <http://goo.gl/S5JxvZ>. p. 14.

¹⁷ El artículo 116 de la Constitución de Colombia de 1991 establece que: “(...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

¹⁸ A decir de Fernando Vidal Ramírez: “Debo advertir que en la Constitución peruana no sólo se le menciona, sino que reconoce la función jurisdiccional del arbitraje. Su artículo 139, que enumera los principios y derechos de la función jurisdiccional, en su inciso 1 al declarar la unidad y exclusividad del de la función jurisdiccional a cargo del Poder Judicial y preceptuar que no puede existir ni establecerse jurisdicción alguna independiente, reconoce como excepciones a la militar y a la arbitral. De ahí, entonces, que pueda yo sostener, como jurista peruano y atendiendo al tenor de nuestra Carta Política, que el arbitraje es una función jurisdiccional reconocida pero, debo aclarar, no sólo en razón de su presencia en el texto constitucional, sino por la esencia misma de la función arbitral”. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “Jurisdiccionalidad del Arbitraje”. *En: Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editorial Grijley, 2006. p. 58. Sin embargo, pese a no suscribir dicha posición, para algunos autores nacionales, como Alfredo Bullard el arbitraje no sería jurisdicción. Así él ha señalado que: “Si bien considero que el arbitraje no tiene naturaleza jurisdiccional, y que el respeto que los órganos jurisdiccionales deben darle se deriva justamente de la obligación que existe de respetar lo que las partes acordaron, creo que para la discusión del artículo 14 el problema de la naturaleza es inexistente (...)” (el subrayado es nuestro). BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011. p. 203.

lo establecido por la Ley General de Arbitraje, **sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada**, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales”.

Por nuestra parte, al seguir a Merino Merchán y Chillón Medina¹⁹, nos inclinamos por una postura *ecléctica* en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje, es decir, una tesis mixta o híbrida. Ello en razón de que si bien el *arbitraje* tiene características propias y distintas, cuyo origen además reposa en la autonomía de la voluntad privada de las partes involucradas, subyace en su desenvolvimiento una impronta *jurisdiccional*²⁰. De ese modo, cuando los árbitros resuelven la controversia sometida a su conocimiento, no solo lo hacen para dar cumplimiento al mandato conferido por el convenio. Declaran sobre todo el derecho que le asiste a cada una de las partes contractuales de la contienda.

Además, si bien los efectos del arbitraje emergen del *derecho contractual*, estos se trasbocan en *procesales* por efecto de la ley, pues termina por otorgarle la misma tutela jurídica que a las sentencias judiciales²¹.

2. Medidas cautelares en el arbitraje

El *arbitraje* es una institución jurídica *heterocompositiva*²², ya que el árbitro actúa como una tercera persona²³ objetiva e imparcial y resuelve la controversia en base a una potestad específica, siempre que la materia sea susceptible de libre disposición por las partes que plantean la discrepancia²⁴.

¹⁹ Para estos autores: “Es materialmente insuficiente la postura contractualista, porque no conviene a todos los elementos de que se compone la institución del arbitraje, y solamente explica alguno de sus elementos (compromiso, dación y recepción de árbitros y procedimiento arbitral). Es formalmente excesiva la postura procesalista o jurisdiccional, porque pretende considerar el juicio de cognición y al laudo como sentencia perfecta de declaración, olvidando, en cambio, la originación contractual del mismo”. MERINO MERCHÁN, José F. y CHILLÓN MEDINA, José M^a. *Tratado de Derecho Arbitral*, Tercera Edición. Navarra: Editorial Thomson Civitas, 2006. p. 232.

²⁰ VIDAL RAMÍREZ. *Ob. cit.* pp. 58 y 59.

²¹ MERCHÁN, José F. y CHILLÓN MEDINA, José M^a. *Ob. cit.* p. 233.

²² Al respecto, Córdón Moreno señala que: “El arbitraje es una alternativa heterocompositiva a la solución jurisdiccional de los conflictos privados fundada en la voluntad de las partes, que deciden eludir la intervención jurisdiccional y confiar la decisión del conflicto a un tercero no juez, cuya resolución, que puede ser de derecho o de equidad, aceptan previamente (...)”. CORDÓN MORENO, Faustino. *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2000. p. 15.

²³ Nominada por las partes mediante un convenio arbitral.

²⁴ MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. “Breves alcances sobre el Derecho de Arbitraje Peruano”. En: *Revista de Derecho N° 210*. Año LXIX, Concepción, Julio-Diciembre 2001. p. 74..

Empero, el proceso arbitral necesita de tiempo para poder desenvolverse y llegar a su objetivo, que no es otro que la expedición del *laudo* que pone fin a la controversia. En ese contexto temporal, la *tutela cautelar* –que pretende asegurar la efectividad de la tutela declarativa o ejecutiva– no puede ser ajena al desarrollo del proceso arbitral, pues en virtud de estos mecanismos (medidas cautelares), se logra garantizar la efectividad de la propia decisión arbitral.

Pues bien, antes de comentar los distintos tipos de medidas cautelares que hay en el arbitraje peruano, veamos en las líneas que siguen dos cuestiones previas vinculadas con el análisis de la *anotación registral del proceso arbitral*: (i) la competencia arbitral para dictar medidas cautelares y (ii) la atribución de las partes para sustraer la potestad cautelar del arbitraje.

2.1 Competencia de los árbitros para dictar medidas cautelares

Un primer aspecto por dilucidar cuando evaluamos la competencia cautelar de los árbitros, es saber si en el proceso arbitral, normalmente identificado como un procedimiento *abreviado*²⁵ y *rápido*²⁶, se requiere de los recursos que provee la tutela cautelar para asegurar la efectividad de la decisión definitiva.

Desde un plano *fáctico*, como indica Garcimartín Alférez²⁷, el eventual riesgo de infructuosidad que se presenta en un proceso judicial podría también configurarse en un proceso arbitral, por lo que la necesidad del resguardo cautelar en tales circunstancias sería también extensible al arbitraje. Además, desde un plano constitucional, la concepción “publicística” de la tutela cautelar formulada por Calamandrei habría

²⁵ AMPRIMO PLÁ, Natalie. “La tutela cautelar arbitral”. *En: Ius et Praxis*. Revista de la Facultad de Derecho N° 44, Lima, 2013. p. 59.

²⁶ Cabe resaltar que en el sistema arbitral español se ha optado por establecer una norma de duración del arbitraje, ello sin perjuicio de que las partes puedan regular en contrario. Esto permite no sólo estar frente un proceso abreviado, sino además rápido. Al respecto el artículo 37.2 de la Ley 60/2003, establece que: “(...) 2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros deberán decidir la controversia **dentro de los seis meses siguientes** a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada (...)”. Sobre el particular, se ha señalado: “A diferencia de lo que sucede en el proceso judicial (frecuentemente lento y tedioso), el procedimiento arbitral se caracteriza por su rapidez y celeridad, pues, su desarrollo se completa en un periodo de tiempo más corto y breve”. COLINA GAREA, Rafael. *El arbitraje en España: ventajas y desventajas*. Madrid: Difusión Jurídica, 2009. p. 31.

²⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*. Madrid: Ed. McGraw-Hill, 1996. p. 186.

quedado superada²⁸ en tanto el *derecho a la tutela cautelar* forma parte del derecho a la “tutela judicial efectiva”²⁹. De ese modo, su implementación en sede arbitral estaría justificada dada la vinculación existente entre el carácter instrumental de las cautelares y el derecho a una justicia eficaz³⁰.

Sin embargo, cabe recordar que el reconocimiento de la potestad cautelar en los árbitros no siempre fue un tema pacífico en la doctrina, sobre todo en aquellos países en los que la ley arbitral no recoge expresamente esta posibilidad. Así, en estos ordenamientos³¹, vemos que al atender al carácter convencional del arbitraje, el

²⁸ ARIANO DEHO, Eugenia. “La cautela en general. Las medidas autosatisfactivas y el proceso garantista”. Ponencia presentada en el Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Ciudad de Azul (Argentina), 5 de noviembre de 1999.

²⁹ Al respecto, Francisco Carrión ha señalado que: “El derecho a la tutela cautelar forma parte hoy del derecho a la tutela judicial efectiva y es, por tanto, un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional, entre otras, 238/1992, de 17 de diciembre [RTC 1992/238] y más recientemente Sentencia del Tribunal Constitucional [Sala Primera] núm. 159/2008, de 2 de diciembre [RTC 2008\159])”. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, Francisco Javier. “La tutela Cautelar de los derechos en el arbitraje”. *En: Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 29. Enero 2013. p. 4.

³⁰ MUÑOZ SABATÉ, Luis. “Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral”. *En: Revista Jurídica de Catalunya*. Volumen N° 90, N° 3, 1991. p. 729 y 730.

³¹ Fernández Rozas cita los casos de Austria y la República Checa. Al respecto, ha señalado: “Entre los sistemas que mantienen esta actitud cabe referirse a los artículos 577 a 599 del Código de Procedimiento Civil austriaco donde los tribunales arbitrales carecen de competencia para adoptar medidas cautelares, quedando esa función limitada a los jueces ordinarios; y para que estos últimos decidan su concesión deben valorar las pruebas inmediatamente disponibles presentadas por la parte que las solicite. La imposibilidad de que los tribunales arbitrales otorguen medidas cautelares figura también en el artículo 22 de la Ley checa de 1994 relativa a los procedimientos arbitrales y a la ejecución de laudos arbitrales”. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. “Arbitraje y Justicia Cautela”. *En: Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Vol. XXII, 2007. p. 25. En América, estarían los casos de Argentina y Uruguay. Así, Arrarte Arisnabarreta ha señalado: “En esta línea, ZINNY, comentando el sistema arbitral en estos países, y comparándolo con el nuestro, afirma: ‘El Estado moderno asume el monopolio del uso de la fuerza tanto desde el punto de vista jurídico como físico y es por eso que en la legislación vigente los árbitros carecen de *imperium*, que comprende la *coertio* y la *executio*, y por lo tanto, no tienen facultades ni para ordenar medidas cautelares ni para ejecutar su pronunciamiento definitivo, lo que en ambos casos son derivados al juez. No las tienen en la legislación argentina ni en la uruguaya (...)’”. ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. “Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano”. *En: Revista Peruana de Arbitraje* N° 7. Lima, 2008. pp. 123 y 124. Por su parte, Fernando Cantuarias ha señalado que: “Algunas legislaciones, aun modernas, no dan a los árbitros la potestad de dictar medidas cautelares y, a lo sumo, los facultan a pedir las al juez ordinario. Tal es el caso de las legislaciones sobre arbitraje de Brasil (art. 22.4), Costa Rica (art. 52), El Salvador (art. 32), Honduras (art. 41), Italia (art. 818), Suiza (para arbitrajes domésticos, art. 26.1), Uruguay

empleo de medidas cautelares por los árbitros está condicionado al consentimiento expreso de las partes en el convenio arbitral³². Para Caivano³³, esto ocurre en razón de dos circunstancias: (i) porque la *jurisdicción* (cautelar) se concibe como una potestad exclusivamente estatal, y (ii) porque los árbitros carecen de *imperium* para ejecutar sus decisiones.

En el caso peruano, la potestad cautelar de los árbitros está expresamente reconocida en el artículo 47 de la ley arbitral (Decreto Legislativo 1071). Así, una vez constituido el árbitro único o el tribunal arbitral, se podrían adoptar a petición de cualquiera de las partes las medidas cautelares que resulten necesarias para garantizar la eficacia del laudo. Además, la ley arbitral peruana permite que el árbitro pueda exigir las garantías que estime conveniente a fin de asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.

2.2 Atribución de las partes para sustraer la potestad cautelar de los árbitros

Por otro lado, si bien la competencia cautelar de los árbitros es un tema³⁴ que en la actualidad ya no se objeta, no ocurre lo mismo cuando se plantea la posibilidad

(art. 488)”. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO Roque J. “La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad”. *En: Revista Peruana de Arbitraje* N° 7. Lima, 2008. p. 68.

³² PEYRANO, Jorge W. “Medidas Cautelares en los procesos arbitrales”. *En: Disertaciones y conclusiones Jornadas Nacionales de Tribunales Arbitrales: 24 y 25 de junio de 2004*. Bolsa de Comercio de Rosario y Tribunal de Arbitraje General, Rosario, 2005. p. 112.

³³ CAIVANO, Roque J. “La convención de Nueva York y la ejecución de medidas cautelares”. *En: Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*. Tomo 2, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2009. p. 27.

³⁴ Empero, si bien el empleo de las medidas cautelares en el proceso arbitral puede resultar por demás justificado, existen todavía varios tópicos debatibles en torno a esta potestad arbitral. Así, por ejemplo, se discute si se trata de una competencia exclusiva o concurrente con los jueces (LAPIEDRA ALCAMÍ, Rosa. *Medidas Cautelares en el arbitraje comercial internacional*., Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2008. p. 32). Si tales medidas adoptadas son en estricto cautelares (BARONA VILAR, Silvia. *Medidas Cautelares en el arbitraje*. Navarra: Editorial Thomson-Civitas, 2006. pp. 84 al 102). Si tienen efectividad en el extranjero (Así se ha señalado que: “De otro lado, son también reconocibles las medidas cautelares; aunque el Convenio de Nueva York no obliga formalmente a su reconocimiento. El procedimiento para ello, y su propia eficacia (la efectividad en el extranjero de la medida cautelar) dependerá de la legislación interna de cada Estado y de las vías procesales que ofrezca”. DIAZ BASTIEN, Ernesto. “La ejecutabilidad del laudo extranjero”. *En: Arbitraje*. Volumen V, Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007, Lima: Editorial Palestra Editores, 2008. p. 147).

de que las partes puedan suprimir la potestad cautelar de los árbitros. La cuestión pasa por definir si el acuerdo de exclusión, ya sea total o parcial, constituye un límite legítimo de la competencia arbitral, o si, por el contrario, las partes no podrían renunciar a la tutela cautelar al ser esta parte sustancial del derecho a la *tutela jurisdiccional efectiva*.

Si bien la ley de arbitraje peruana no regula esta posibilidad, la Ley Modelo de UNCITRAL establece en el artículo 17.1 que: “**Salvo acuerdo en contrario de las partes**, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares (...)”. Es decir, se permite que las propias partes puedan limitar la competencia de los árbitros para dictar medidas cautelares.

Al seguir lo prescrito por la Ley Modelo, encontramos el artículo 23.1 de la Ley de Arbitraje española, Ley 60/2003, la cual ha previsto en términos similares que: “**Salvo acuerdo en contrario de las partes**, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio (...)”. Para comentar este precepto normativo, Reverón³⁵ ha señalado que “para que los árbitros no pudieran ejercitar la potestad, al menos declarativa, de adoptar medidas cautelares, las partes tendrían que pronunciarse expresamente negando dicha potestad (...)”. Esto quiere decir que a falta de pronunciamiento expreso en ese sentido –esto es, sustrayendo la potestad cautelar–, los árbitros ostentarían la facultad de dictar medidas cautelares.

Entendemos que la razón de ello reposa en el *principio de la autonomía de voluntad* de las partes, pues en virtud de dicho principio las partes tienen la potestad de delimitar y definir la actuación de los árbitros. De ese modo, como sostiene Arrarte³⁶, los árbitros sólo “pueden hacer aquello que la ley y las partes les permiten”. Cabe resaltar que este planteamiento tiene bastante asidero en aquellos que defienden la naturaleza contractualista del arbitraje.

Empero, bajo un enfoque constitucional, se podría sostener que en tanto la tutela cautelar forma parte de la tutela jurisdiccional efectiva, su condición de “derecho fundamental” implicaría estar frente a un derecho indisponible, *irrenunciable*³⁷ e inalienable por las partes contratantes. De ese modo, al constituir la tutela cautelar

³⁵ REVERÓN PALENZUELA, Benito. *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Tomo I. Barcelona: Editorial Bosch S.A., 2004. p. 459.

³⁶ ARRARTE ARISNABARRETA. *Ob. cit.* p. 127.

³⁷ El Tribunal Constitucional peruano ha señalado en el Expediente 0050-2004-AI/TC que sobre los derechos fundamentales es posible predicar que: “(...) son tributarios de los principios de universalidad, imprescriptibilidad, irrenunciabilidad e inalienabilidad, inviolabilidad, eficacia, trascendencia, interdependencia y complementariedad, igualdad, progresividad e irreversibilidad y co-rresponsabilidad”.

un derecho fundamental, las partes no podrían renunciar por convenio, ni mucho menos por remisión a un *reglamento arbitral* que excluya dicha potestad³⁸.

Sobre el particular, debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional peruano sostuvo en el Expediente 0023-2005-PI/TC que: “(...) los derechos fundamentales que componen el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva **son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional** (...) y que pueden ser extendidos, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo, procedimiento legislativo, **arbitraje** y relaciones entre particulares, entre otros)”. En ese orden de ideas, al tener en cuenta el carácter expansivo de los derechos fundamentales, no podrían haber zonas excluidas de la tutela cautelar. Como se puede apreciar, esta posición encontraría mayor cobijo en aquellos sistemas jurídicos que defienden la teoría jurisdiccional del arbitraje.

Sin embargo, algunos autores³⁹ han sostenido que en realidad no habría tal afectación, pues las partes que renunciaron a la tutela cautelar por convenio, podrían luego recurrir ante el poder judicial para solicitar una medida que asegure la eficacia del laudo arbitral. Por nuestra parte, consideramos que si bien podría resultar atendible el argumento antes esgrimido, se presentan ciertos problemas de carácter operativo que dificultarían el desenvolvimiento ordinario del proceso arbitral, los cuales nos llevarían a inclinarnos por dejar de lado esta opción.

Así, para tener presente lo señalado por Fernández Ballesteros⁴⁰, los inconvenientes que se podrían presentar cuando se recurre al juez serían los siguientes: (i) la falta de inmediatez con que la medida cautelar es otorgada o denegada, circunstancia

³⁸ Sobre la posibilidad de sustraer la potestad cautelar del árbitro a través de un reglamento arbitral se han pronunciado a favor Merino Merchán y Chillón Medina, al señalar que: “La potestad arbitral para adoptar medidas cautelares, sólo puede ser excluida por convenio entre las partes, directamente o por **remisión a un reglamento arbitral** (...)”. MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA. *Ob. cit.* p. 570.

³⁹ Al respecto, Arrarte Arisnabarreta ha señalado que: “Nosotros consideramos que, específicamente en materia arbitral, el hecho que las partes sustraigan de la potestad de los árbitros esta posibilidad, no implica que estén vulnerando un derecho fundamental, pues ello no conlleva que estén renunciando a solicitar tutela cautelar. En efecto, nada obsta a que la parte que ha planteado una pretensión en un proceso arbitral, pueda recurrir al Poder Judicial a solicitar una medida que asegure la eficacia del fallo. Recordemos que en este supuesto, regirá el rol subsidiario del Poder Judicial, según el cual podrá hacer todo aquello que el Tribunal Arbitral no está en aptitud de realizar válidamente, pues a diferencia de lo que ocurre en la vía arbitral, el ámbito de su competencia no lo fija la voluntad de las partes sino la ley”. ARRARTE ARISNABARRETA. *Ob. cit.* p. 127.

⁴⁰ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel. *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, 23 de diciembre*. Navarra: Editorial Thomson – Aranzadi, 2004. p. 270.

que no se presentaría en el ámbito arbitral, (ii) un mayor desgaste de la actividad jurisdiccional, pues dada la íntima conexión entre la argumentación y las pruebas de la petición de la cautelar y la materia que debe ser decidida, habría una notable economía de las actuaciones en el propio proceso arbitral. Además, como veremos luego, hay medidas cautelares que en estricto no están orientadas a reguardar la eficacia de la decisión del laudo, sino una parte del proceso o algún elemento probatorio, por lo que a diferencia del juez, el árbitro estaría en mejor posición para determinar la pertinencia de tales medidas.

Asimismo, para entrar a un plano más sustantivo, la exclusión de la potestad cautelar a través de un reglamento arbitral resulta aún más discutible, pues puede ocurrir que las partes no sean plenamente conscientes del contenido de esta limitación o, al serlo, que la institución arbitral modifique el reglamento arbitral con posterioridad a la suscripción del convenio y prevea la sustracción de la potestad cautelar de los árbitros. Por esa razón, al partir de la idea de que las normas que restringen derechos deben ser interpretadas en forma restrictiva, y dado que la tutela cautelar es un derecho fundamental, la limitación de la potestad cautelar de los árbitros no debería extenderse a través de los reglamentos arbitrales.

3. Tipos de medidas cautelares en el proceso arbitral

Como vimos en líneas anteriores, la ley de arbitraje peruana permite que el árbitro pueda adoptar, *a petición de cualquiera de las partes*, la medida cautelar necesaria para garantizar la eficacia del laudo. Ello sin perjuicio de exigir algún tipo de garantía para asegurar el resarcimiento por el eventual daño o perjuicio que podría ocasionar la ejecución cautelar.

Cabe resaltar que a diferencia de otras leyes arbitrales, por ejemplo la española⁴¹, cuyo artículo 23 no especifica el tipo de medidas que puede dictar el árbitro, la ley de

⁴¹ Al respecto, resulta pertinente lo señalado por Díez-Picazo Giménez y Venegas Grau, quienes sostienen que: “La LA no especifica qué tipo de medida o qué medidas específicas pueden adoptar los árbitros, tal como se resalta en su Exposición de Motivos (considerando el legislador que es “preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar”). Esta decisión legislativa es objeto de crítica por un sector doctrinal, que reprocha el no haber facilitado una lista de medidas cautelares (lo que hubiese sido un gran error, teniendo en cuenta que dicho listado podría quedarse obsoleto, con el riesgo de no poder adaptarse a la evolución del arbitraje, sobre todo en su dimensión internacional) o bien reprochan el hecho de no haberse remitido la ley expresamente al artículo 727 de la LEC (lo que era innecesario y, a su vez, demasiado restrictivo en un ámbito del derecho tan flexible como es el arbitraje)”. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VENEGAS GRAU, Carmen. “De la competencia de los árbitros (arts. 22 y 23)”. *En: Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2006. p. 413.

arbitraje peruana si ha previsto una lista enunciativa de distintos tipos de medidas cautelares que pueden ser dictadas en el proceso arbitral. Podrán estar contenidas en una decisión que tenga o no la forma de un laudo y ser otorgadas en cualquier momento del proceso, siempre que se hayan dictado en forma previa a la emisión del laudo que resuelve definitivamente la controversia.

Ahora bien, por lo general se ha entendido que las medidas cautelares tienen por objeto asegurar la efectividad de la tutela *declarativa* o *ejecutiva*. De ese modo, se pretende con la tutela cautelar neutralizar cualquier posible amenaza derivada de la duración temporal del proceso principal. Empero, para cierto sector de la doctrina, estas medidas responden a una finalidad que no se agota en asegurar la firmeza de la decisión final. Así, Barona Vilar⁴² ha señalado que no es posible considerar como cautelares determinadas medidas que el legislador ha previsto en el ordenamiento jurídico, pues “ni los presupuestos ni las características que las hacen propias son extrapolables a las mismas”.

En efecto, el proceso arbitral no es ajeno a esta realidad, pues cuando se examinan los distintos tipos de medidas cautelares que pueden ser dictadas por los árbitros, vemos que algunas tienen como finalidad el *aseguramiento* o *prevención* del propio proceso; otras, en cambio, la *recaudación de pruebas*, e incluso el objetivo de algunas es *cautelar valores* que trascienden al interés de las propias partes –este último sería el caso de la anotación de la existencia del proceso arbitral–. Es decir, estamos frente a medidas cautelares que no se limitan a resguardar la eficacia del laudo arbitral.

En atención a lo expuesto, comentaremos brevemente las distintas clases de medidas cautelares dictadas en un proceso arbitral. A tal efecto, tomaremos como referencia la tipología enunciativa que contiene la Ley Modelo, la cual, por cierto, ha sido tomada como referencia por la ley peruana. Por obvias razones, nos detendremos en el caso particular de la *anotación de existencia del proceso arbitral en los Registros Públicos*, la misma que, como ya adelantamos, no está orientada a tutelar una finalidad propiamente cautelar, sino más bien preventiva o de garantía.

⁴² Además, ha señalado que: “Ahora bien, los últimos años han abierto aún más si cabe la atribución de naturaleza cautelar, y si bien se ha venido negando a determinadas medidas dicha naturaleza, es curioso que el legislador haya venido intitulado bajo “medidas cautelares”, medidas que, desde nuestra concepción jurídica, no lo son. Vamos a poner algunos ejemplos, simplemente para enfatizar la cuestión que nos ocupa, a saber que se emplea legislativamente el término cautelar para referirse a cualesquiera medida de garantía o aseguramiento, ya sea de la ejecución, ya sea del proceso, ya sea de parte del proceso –prueba–, ya sea incluso de personas, aun cuando no tenga función de garantizar la efectividad del proceso sino proteger a los sujetos débiles o víctimas, o ya evitar reiteraciones en las violaciones o infracciones jurídicas”. BARONA VILAR. *Ob. cit.* pp. 64 y 84.

3.1 Alcances generales sobre las medidas cautelares en sede arbitral

La doctrina casi en forma uniforme ha señalado que la tutela cautelar arbitral comparte las mismas *características* y *presupuestos* que las medidas cautelares dictadas por los jueces. Así, en cuanto a sus características son (i) *instrumentales*, pues no son un fin en sí mismas y sólo tienen sentido en función de un proceso de declaración ya comenzado o que ha de comenzar de inmediato, en ese sentido estas pueden manifestarse no sólo durante el desarrollo del proceso arbitral sino también *ante causam*⁴³, esto es, antes de que inicie el proceso principal; (ii) son *temporales*⁴⁴, es decir provisionales, por cuanto el laudo dejará sin efecto tales medidas, salvo que se haya adoptado un plazo determinado y este haya vencido⁴⁵, y (iii) son *variables* en sus contenidos, pues si se produce una variación de las circunstancias que motivaron su concesión, no habría ningún impedimento para que el árbitro pueda modificar,

⁴³ Como explica Lapedra Alcamí, en caso de requerirse una medida cautelar de urgencia y todavía no se ha constituido el tribunal arbitral, lo común sería que en esta fase del procedimiento arbitral la competencia para dictar cautelares recaiga en los jueces. Sin embargo, explica que en el plano institucional se han buscado remedios para superar la necesidad de recurrir a la vía judicial bajo la figura del denominado “árbitro de emergencia”. A tal efecto, destaca los casos de: (i) la Asociación Americana de Arbitraje, que tiene un mecanismo denominado: *Optional Rules for Emergency Measures of Protection*, (ii) la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, que tiene unas normas denominadas *Emergency Relief Rules*, o el caso de (iii) la Asociación Italiana para el Arbitraje, cuyo reglamento permite que el Comité Permanente pueda dictar medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral. Para mayor detalle puede revisarse: LAPIEDRA ALCAMÍ. *Ob. cit.* pp. 165 al 177. Del mismo modo, corresponde resaltar el Reglamento de la C.C.I. de París, en cuya versión del 2012 (art. 29), se introduce la figura del árbitro de emergencia; y el Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid (art. 37 y anexo 2) donde también se incorpora con mayor rigor la figura del árbitro de emergencia. Sin embargo, en el caso del sistema arbitral peruano no se ha previsto esta figura, pues de acuerdo con el artículo 47.4 de la Ley de Arbitraje peruana las partes pueden solicitar medidas cautelares a la autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral.

⁴⁴ Cabe resaltar que la Ley Modelo reconoce esta característica, pues en su artículo 17.2 indica expresamente que: “Por medida cautelar se entenderá toda medida **temporal**, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia (...)”.

⁴⁵ MARTÍNEZ GONZÁLES, Pedro. *El nuevo régimen del arbitraje*. Barcelona: Editorial Bosch, 2011 p. 193. Cabe resaltar que en el sistema arbitral peruano, de acuerdo con el artículo 47.4 de la Ley de Arbitraje (D.L. 1071), en el caso que se solicite una medida cautelar a la autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral, y este no logre constituirse dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, esta caducará de pleno derecho.

sustituir o incluso dejar sin efecto la medida cautelar dictada con la finalidad de ajustarla al cambio ocurrido⁴⁶.

De otro lado, en cuanto a sus presupuestos, el árbitro debe verificar: (i) la *verosimilitud* del derecho (*fumus boni iuris*) invocado por la parte demandante, para tal efecto debe realizar un mero juicio de verosimilitud sobre la probabilidad de la existencia del derecho, por lo que quien la solicite debe aportar una justificación inicial de su derecho⁴⁷; (ii) el *peligro en la demora* (*periculum in mora*), es decir, que el tiempo que demore el proceso arbitral no ponga en riesgo el derecho que es objeto de discusión⁴⁸, de modo tal que la constatación de la existencia de un riesgo cierto y efectivo causado por el transcurso del procedimiento arbitral haga imposible la ejecución del laudo; y por último, iii) la *adecuación* de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión, esto es, que sea proporcional con el objeto que se pretende tutelar en el arbitraje, es decir, con las pretensiones planteadas por la parte demandada⁴⁹.

Por otro lado, puede ocurrir que una medida cautelar sea propiciadora de daños para quien haya sufrido sus efectos. Ello ocurriría si se demuestra que dicha medida cautelar nunca debió concederse. Por lo tanto, el papel que juega la *contracautela* en el proceso arbitral, antes que ser un presupuesto necesario para el dictado de dichas medidas, constituye un mecanismo de reparación por los eventuales daños que se puedan ocasionar por la ejecución de la decisión cautelar dispuesta por el árbitro.

3.2 Clasificación de las medidas cautelares en el arbitraje

Pues bien, para atender a la finalidad que se pretende alcanzar con la tutela cautelar en el arbitraje, estas medidas se pueden ordenar o sistematizar a través de la siguiente clasificación metodológica: (i) medidas cautelares en *sentido estricto*, (ii) medidas cautelares de *aseguramiento*, o (iii) medidas cautelares *preventivas*.

⁴⁶ Al respecto, el artículo 47.6 de la Ley de Arbitraje peruana establece que: “El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado (...)”.

⁴⁷ Sobre el particular se ha señalado además que: “Esta acreditación inicial de la solidez del derecho material que alega el actor deberá ser más o menos ‘intensa en función de la concreta medida cautelar que se solicite”. FERNÁNDEZ BALLESTEROS. *Ob. cit.* p. 273.

⁴⁸ El artículo 728 de LEC española recoge este presupuesto al señalar: “Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”.

⁴⁹ ARRARTE ARISNABARRETA. *Ob. cit.* p. 129.

3.2.1 Medidas cautelares en sentido estricto

Por medidas cautelares en sentido estricto, nos referiremos a aquellas medidas dictadas por los árbitros que no sólo tienen las mismas *características y presupuestos* que las cautelares dictadas por los jueces, sino que su finalidad, para seguir a Calderón Cuadrado⁵⁰, es garantizar la efectividad de la decisión arbitral que se dicte en el proceso. Estas a su vez pueden ser: *anticipatorias* o *asegurativas*.

3.2.1.1 Medidas anticipatorias: previas a la decisión arbitral

Son aquellas medidas que pretenden mantener o conservar el *status quo* o la situación de hecho existente al inicio del proceso arbitral, es decir, antes de que el árbitro resuelva la controversia. De allí que sean medidas anticipatorias, pues se busca evitar que se produzca el agravamiento de la situación durante la tramitación del proceso arbitral.

En la Ley Modelo (al igual que en la ley peruana) estas medidas están previstas en el artículo 17.2 con el siguiente tenor: “(...) a) mantenga o restablezca el *status quo* en espera de que se dirima la controversia; (...)”. Al respecto, se ha señalado⁵¹ que dentro de este tipo de medidas anticipatorias podrían estar las medidas cautelares de *innovar* (restablezca) o de *no innovar* (mantenga).

3.2.1.2 Medidas asegurativas: de la decisión arbitral

En líneas generales, se pretende con este tipo de medidas asegurar que la decisión arbitral que se dicte al concluir el proceso puede finalmente ser ejecutada. Al respecto se ha señalado⁵² que este tipo de medidas sirven: “para impedir algún daño actual o inminente o en menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral”. En la ley modelo se han recogido en el artículo 17.2 con el siguiente tenor: “(...) el tribunal arbitral ordene a una de las partes que: (...) b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral”.

En esa misma línea, estarían las medidas cautelares previstas en el literal c) del artículo 47.2 de la Ley Modelo, que establece que: “(...) el tribunal arbitral ordene a una de las partes que: (...) c) proporcione algún medio para preservar bienes que

⁵⁰ CALDERÓN CUADRADO, María. *Las medidas cautelares indeterminadas en el Proceso Civil*. Madrid: Editorial Civitas, 1992. p. 62.

⁵¹ CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita, y CHIPANA CATALÁN, Jhoel. “La constitución del tribunal arbitral y las medidas cautelares en el arbitraje” *En: Revista Arbitraje PUCP* N° 3. Lima, 2013. p. 11.

⁵² *Ibidem*.

permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; (...).” Estos tipos de medidas podrían ser embargos preventivos, depósito de cosas muebles, anotaciones registrales de demandas, formación de inventarios de bienes, la designación de un administrador que vele por el control provisional de los bienes de la empresa y, en general, cualquier otra medida que permita preservar los bienes para una futura ejecución de los mismos. Claro que en la mayoría de los casos –salvo las anotaciones registrales– se exigirá la prestación de un auxilio judicial por estar falto el árbitro de *imperium*, es decir, por carecer de poder coercitivo.

3.2.2 Medidas de aseguramiento: preservación de elementos de prueba

Como ya se ha explicado, este tipo de medidas no está orientada a garantizar la efectividad de la decisión arbitral, sino una parte del proceso o algún elemento probatorio que pudiera llegar a convertirse en fundamento justificativo de la decisión que adopte el Tribunal Arbitral⁵³. Cabe resaltar que la Ley Modelo ha contemplado este tipo de medidas al señalar en el artículo 17.2 que: “(...) el tribunal arbitral ordene a una de las partes que: (...) **d) preserve elementos de prueba** que pudieran **ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia**”.

Al respecto, Mantilla-Serrano⁵⁴ ha señalado que: “Así podrá ordenar medidas no sólo tendentes a garantizar la ejecución del laudo, sino también a evitar un daño irreparable, a preservar pruebas o facilitar su aportación al arbitraje”. Conforme a ello, se podría sostener que en tanto están orientadas para la conservación de evidencia o medios probatorios, se trataría incluso de una facultad que finalmente va a ser concedida al árbitro para que este pueda, “de manera amplia y discrecional, en los casos que le corresponde decidir, emitir una decisión que constituya una tutela para que las partes puedan lograr lo que tanto esperan en un arbitraje, es decir, un laudo ejecutable y eficaz”⁵⁵.

3.2.3 Medidas preventivas

Este tipo de medidas tienen por finalidad tutelar valores que trascienden al interés de las propias partes. Es decir, no sólo se limitan a resguardar la eficacia del laudo arbitral. Podrían ser calificadas, en palabras de Mezquita del Cacho⁵⁶, como una medida “trascendente o exoactiva porque consiste precisamente en proveer

⁵³ BARONA VILAR. *Ob. cit.* p. 91.

⁵⁴ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje: Una perspectiva internacional*. Madrid: Editorial Iustel, 2005. p. 146.

⁵⁵ CASTILLO FREYRE; SABROSO MINAYA y CHIPANA CATALÁN. *Ob. cit.* p. 11.

⁵⁶ MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. *Seguridad jurídica y sistema cautelar*. Barcelona: Editorial Bosch, 1989. p. 220.

formas ya de referencia, o ya de información publicadora, que permiten involucrar a los terceros en el contenido de su relación y su eficacia; bien sea por ficción legal o bien por efecto de un aparato técnico adecuado”.

Dentro de este tipo de medidas se encontraría la anotación de la existencia del proceso arbitral, dado que esta medida tendría por finalidad tutelar valores que trascienden al interés de las propias partes, que sería evitar fraudes inmobiliarios a través del uso indebido del arbitraje.

4. Anotación de la existencia del proceso arbitral

4.1 Definición: alcances y efectos

La “anotación de la existencia del proceso arbitral” se encuentra regulada en el numeral 5° del artículo 39 del Decreto Legislativo 1071. Dicho precepto normativo no conceptualiza esta medida, pero al atender a los efectos que despliega, sería una *anotación preventiva*. Por tanto, vista esta figura desde el ámbito del registro, se trataría de un asiento registral provisional y transitorio, es decir, tendría los efectos previstos en el artículo 64 del Reglamento General de los Registros Públicos⁵⁷.

Por otra parte, para que el árbitro solicite dicha anotación registral tendría que tener en cuenta dos elementos: (i) uno *temporal*, referido a la oportunidad en que se solicita, y (ii) uno *material*, referido a la determinación de los casos en que resultaría procedente el pedido. Con relación a lo primero, debemos tener en cuenta que la valoración del árbitro para estimar la solicitud de anotación no se efectúa en cualquier etapa del proceso, sino a partir de la propia admisión de la demanda o la reconvencción. En cuanto a lo segundo, es necesario que la controversia arbitral verse sobre algún acto o derecho inscribible en los registros públicos. Es decir, el árbitro tendría que estimar con antelación, si su decisión definitiva afectará o no situaciones inscritas o susceptibles de ser inscribibles.

Debemos destacar con relación a estos dos elementos, que bajo el principio *Competence-Competence* el árbitro goza de plena discrecionalidad para determinar en qué casos solicitará la anotación registral de la existencia del proceso arbitral. Empero, lo que no podría hacer el árbitro es fijar la oportunidad en que lo hará, pues la ley le da un plazo de cinco (5) días –contados a partir de la admisión de la demanda o reconvencción– para hacerlo. Las partes tampoco podrían alterar de común acuerdo este plazo, pues el numeral 5° del artículo 39 del Decreto Legislativo 1071 constituye una norma imperativa y no dispositiva.

⁵⁷ Art. 64. “Las anotaciones preventivas son asientos provisionales y transitorios que tienen por finalidad reservar la prioridad y advertir la existencia de una eventual causa de modificación del acto o derecho inscrito”.

En cuanto sus efectos, tenemos que la ley ha previsto que dicha anotación *no imposibilite la extensión de asientos registrales en la partida registral*, con lo cual, podría anotarse o inscribirse cualquier acto posterior a dicha medida, incluso si ello significase la mutación jurídica del derecho inscrito. Además, en virtud de dicha anotación, se otorgaría también *prioridad y prevalencia respecto de cualquier asiento registral posterior que sea incompatible con el laudo inscrito*. Eso significa que durante la vigencia de la anotación, la prioridad del laudo definitivo estaría reservada, lo que permitiría la retroactividad de sus efectos hasta la fecha de la anotación. Por último, y aunque no esté expresamente previsto en la ley, a través de esta anotación se *enervaría la buena fe del tercero*, pues al publicitar la existencia del proceso arbitral se descarta la posibilidad de quien adquiera u obtenga un derecho real sobre un bien litigioso, pueda alegar el desconocimiento de dicha condición del bien.

Con base en lo anteriormente expuesto, se podría sostener que los efectos de la anotación de la existencia del proceso arbitral serían muy similares a los efectos de una medida cautelar específica para futura ejecución forzada⁵⁸.

4.2 Justificación: ¿era necesario implementar la anotación del proceso arbitral?

De acuerdo con la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1231, se señaló que esta medida surge: “(...) con la finalidad de dar a conocer a los terceros que pretendan contratar sobre la base de la publicidad registral y al propio titular del derecho inscrito, **de modo que se pueda evitar la existencia de procesos arbitrales clandestinos** que impiden la defensa oportuna de los involucrados”. Por proceso arbitral clandestino, entendemos que el legislador se refiere a aquellos casos en que la parte afectada ha sido indebidamente notificada de la demanda arbitral o se le ha excluido dolosamente del proceso. Al tener en cuenta esto, se pretende a través de esta anotación registral impedir que se lleve a cabo un proceso arbitral oculto, es decir, con desconocimiento del titular registral del inmueble sobre el cual versa el litigio.

⁵⁸ Esto es, similar a la medida cautelar prevista en el artículo 673 del Código Procesal Civil peruano, la cual establece que: “Cuando la pretensión discutida en el proceso principal está referida a derechos inscritos, la medida cautelar puede consistir en la anotación de la demanda en el registro respectivo. Para su ejecución, el juez remitirá partes al registrador, las que incluirán copia íntegra de la demanda, de la resolución que la admite y de la cautelar. El registrador cumplirá la orden por su propio texto, siempre que la medida resulte compatible con el derecho ya inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente. La anotación de la demanda no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, pero otorga prevalencia a quien ha obtenido esta medida”.

¿Pero cómo se lograría ello? Una vez efectuada la anotación registral de la existencia del proceso arbitral, el titular registral del inmueble tomaría conocimiento rápido de dicha afectación a través de un servicio electrónico denominado alerta registral⁵⁹, el cual es brindando por la propia institución registral. De ese modo, el titular registral afectado tendría la oportunidad de conocer la existencia de dicho proceso antes de que el laudo adjudique el bien a la contraparte o a un tercero. Asimismo, al tener presente el efecto de cognoscibilidad general que proporciona el registro –Código Civil peruano, art. 2012⁶⁰– pero sobre todo, los diversos medios que proporciona la publicidad formal, los terceros tendrían la posibilidad de enterarse con antelación de la existencia de dicho proceso.

En nuestra opinión, dado que el registro público debería ser un reflejo de la realidad jurídica, si sería conveniente que se dé a conocer la existencia de un proceso arbitral en trámite. Ello en razón de que al publicitar la existencia de un litigio arbitral sobre un inmueble inscrito, el eventual adquirente sabrá a qué atenerse si es que finalmente pretende adquirir la propiedad sobre dicho bien. Además, en la medida en que se tenga más información en la contratación impersonal, se logra atenuar la asimetría informativa entre los contratantes.

Sin embargo, tratándose de las ventajas que conseguiría el propio titular registral, vemos que la cosa ya no resulta tan clara. Habría que preguntarse si con esta anotación arbitral, se evitaría en definitiva el despojo inmobiliario. Para intentar responder a esta cuestión, vemos algunos detalles prácticos que complican la viabilidad de esta medida. Una primera contingencia que advertimos es que no necesariamente todos los titulares registrales se encuentran suscritos al servicio de la *alerta registral*⁶¹ o que, al estarlo, este falle o no revisen su correo o móvil oportunamente. Además, la sola cognoscibilidad que proporciona el registro, no permite al titular registral tener un conocimiento efectivo del contenido de la anotación.

⁵⁹ Es un servicio gratuito al cual se accede a través de la página web de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos y brinda la posibilidad de ser informado, a través de un correo electrónico, de la presentación de un título sobre aquella partida registral que sea de interés del que solicita el servicio.

⁶⁰ Art. 2012°. Principio de publicidad. “Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”.

⁶¹ Con relación al servicio de *Alerta Registral* nos parece adecuada la reciente medida contemplada en el artículo 12 del Reglamento de la Ley N° 30313, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2016-JUS. De acuerdo con este dispositivo normativo, cuando se inscribe una transferencia de propiedad en el Registro de Predios o en el Registro Propiedad Vehicular, la institución registral está obligada a realizar de *oficio* la suscripción de dicho servicio electrónico en favor del interesado. Si bien, ello supondría un coste operativo importante para la institución registral, una vez lograda su implementación se conseguirá finalmente que más personas puedan estar afiliadas a este importante servicio.

Otra contingencia que merece especial atención se produce cuando, pese a tomar conocimiento oportuno de la existencia del proceso arbitral, los afectados no cuentan con los mecanismos necesarios para oponerse a la inscripción del laudo definitivo. Recordemos que el procedimiento registral se caracteriza por ser *no contencioso* y por tanto, no cabe el apersonamiento de terceros. Es decir, el titular registral que se ve afectado por un proceso arbitral, del cual no es parte o no ha podido participar, no podría después de todo oponerse a la inscripción del laudo final. Por otra parte, la Ley 30313 sólo permite plantear *oposición* a la inscripción registral cuando hay un supuesto de suplantación de identidad o falsificación documentaria. Además, en el caso remoto de que el laudo irregular encajara en algunos de los supuestos antes descritos, el titular registral tampoco tendría legitimación activa para oponerse a la inscripción, dado que sólo lo podría hacer el árbitro.

En todo caso, para mitigar estos posibles problemas, la parte interesada tendría que solicitar a la Corte Superior, que conoce la anulación de dicho laudo fraudulento, que anote lo más pronto posible la existencia de dicho proceso judicial. Con ello se conseguiría enervar la buena fe de los posteriores adquirentes a la inscripción del laudo. Pero como resulta evidente, esta medida no sería *preventiva*, sino más bien *correctiva* de la situación patológica.

4.3 Naturaleza de la anotación: ¿constituye una medida cautelar?

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, en virtud de una medida cautelar se pretende asegurar la efectividad de una decisión arbitral. Es decir, se evita que el objeto del litigio se frustre al obtener un laudo ejecutable y eficaz. Si esto es así, ¿no se estaría ejerciendo con esta anotación una función tuitiva ajena al objeto del proceso?

Vimos hace un momento en la exposición de motivos que la idea que justificó el cambio normativo, radica en que el titular registral y los terceros se enteren con antelación, esto es antes de la emisión del laudo, de que el bien inscrito está afecto a un proceso arbitral. De acuerdo con ello, ¿no se estaría yendo con esta anotación más allá de la finalidad cautelar prevista en el artículo 47.2 de la ley de arbitraje peruana? Consideramos que no, pues teniendo en cuenta los efectos que antes vimos, que serían: (i) no impedir la extensión de asientos registrales en la partida registral y (ii) otorgar preferencia y prevalencia respecto de cualquier asiento posterior con dicha anotación, lo que se consigue en definitiva a través de esta anotación es anunciar la posible modificación de la situación jurídica que viene proclamando el registro. La cual además se realizaría sin que se produzca una afectación directa sobre el bien inscrito.

Asimismo, si bien el numeral 10 del artículo 47 de la ley de arbitraje peruana no hace mención expresa a su carácter cautelar, dicha norma remisiva está justamente prevista en los preceptos normativos relativos a las medidas cautelares. Al tener en cuenta lo señalado, se trataría de una *medida cautelar* preventiva, cuya finalidad no sería garantizar la tutela declarativa o de ejecución, sino la *pura publicidad* del proceso arbitral en trámite. De ese modo, al ser una medida cuyos efectos son muy similares a los de una *anotación de demanda*, se requeriría de una menor dosis de *verisimilitud* por su carácter estrictamente publicitario.

Finalmente, si los efectos de esta anotación arbitral son similares a los de una anotación de demanda ¿no hubiera sido suficiente que el propio árbitro a instancia de la parte interesada solicite la anotación de la demanda arbitral? Consideramos que no, pues entendemos que si el arbitraje se encuentra ya amañado, se evitaría a toda costa que el titular registral tenga conocimiento del litigio arbitral sobre su inmueble. De allí que la nota que distingue a esta medida cautelar sea el carácter *oficioso* de la misma. Sobre este punto en específico nos detendremos en el siguiente acápite.

4.4 Características: ¿estaríamos frente a una medida cautelar oficiosa?

La norma que regula esta figura no dice nada respecto a si el árbitro podría adoptar de *oficio* dicha medida, es decir, sin que medie instancia de parte. Como sabemos, está fuera de toda discusión el hecho de que un árbitro pueda disponer de oficio una medida cautelar a favor de una de las partes. Pues en el caso de hacerlo, se estarían contraviniendo los principios de *imparcialidad* (Ley de arbitraje, art. 28.1) e *igualdad* (Ley de arbitraje, art. 23) que rigen en el arbitraje.

Ahora bien, del propio tenor del numeral 5° del artículo 39 de la ley de arbitraje peruana se advierte que el legislador ha empleado la expresión “solicitará la anotación (...)”. Es decir, no dice que “deberá solicitar” o que “bajo responsabilidad solicitará” dicha anotación. Sin embargo, el numeral 10 del artículo 47 de la ley de arbitraje *sí* señala en forma categórica que el árbitro “cumplirá” con la regla contenida en el numeral 5° del artículo 39. De esta manera, el carácter oficioso de esta medida radicaría en el carácter imperativo de esta última norma. Además, de no ser obligatoria carecería de toda utilidad dicha anotación, pues de existir connivencia entre el árbitro y una de las partes, no habría razón para publicitar la existencia del proceso arbitral.

De otro lado, la existencia de una cautelar oficiosa no constituye ninguna novedad, pues cuando de por medio hay un interés que va más allá de las pretensiones de los sujetos procesales, se permite el empleo de esta figura con la finalidad de liberar a

la parte beneficiada de la exigibilidad de la caución. Esto, por ejemplo, ocurre en procesos sobre alimentos⁶², capacidad, filiación, matrimonio y menores⁶³.

Lo particular es que en esta oportunidad no sería un juez, sino un árbitro quien tendría esta atribución para un caso específico: laudos arbitrales que versen sobre actos o derechos inscribibles.

Respecto del carácter oficioso de esta medida, las partes no podrían sustraer la posibilidad de que el árbitro solicite la anotación de la existencia del proceso arbitral, prevista en el numeral 5| del artículo 39 del Decreto Legislativo del Arbitraje, pues constituye un mandato imperativo que los árbitros tendrían que ineludiblemente ejecutar.

4.5 Confidencialidad del arbitraje: ¿se afecta este atributo?

La *confidencialidad*⁶⁴ es un rasgo consustancial en el arbitraje, sobre todo en el ámbito comercial pues garantiza a las partes la preservación de su imagen frente a sus competidores. Implica una obligación por parte de los árbitros y de las partes involucradas, de no *divulgar* el contenido del proceso arbitral. Ello supone que este deber de reserva, no sólo se extienda sobre los alegatos o medios probatorios expuestos por las partes en la controversia, sino también, respecto del resultado de las actuaciones procesales, lo que incluye además al propio laudo arbitral.

En ese sentido, el artículo 51 de la Ley de Arbitraje peruana establece que “todos los actores del arbitraje, salvo pacto en contrario, están obligados a guardar **confidencialidad** sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad”.

Sin embargo, este atributo inherente al arbitraje no es *absoluto*, desde que las propias partes pueden pactar en contrario, hasta situaciones en que las exigencias de privacidad y confidencialidad ceden frente a las necesidades de publicidad y transparencia que se exigen.

⁶² Artículos 608 y 675 del Código Procesal Civil peruano.

⁶³ Cabe resaltar que en sistema español también existen medidas cautelares oficiosas. Estas serían las medidas cautelares en procesos sobre *capacidad, filiación, matrimonio y menores* (LEC, art. 762 y 768).

⁶⁴ En cuanto su definición es: “Concebida esta como escudo protector contra la divulgación a una persona no implicada en el litigio, o a la opinión pública, de una información relativa o producida en el marco de un procedimiento arbitral, se configura en el arbitraje como una de sus grandes ventajas y, en ocasiones, es la razón por la cual las partes en un conflicto optan por este foro privilegiado para resolver sus contenciosos”. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”. *En: Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*. Volumen 2, 2009. p. 336.

En ese sentido, como explica Caivano⁶⁵, existen algunos ordenamientos jurídicos, que si bien han reconocido en forma expresa y específica el deber de *confidencialidad*, han admitido algunas excepciones. Así, por ejemplo⁶⁶, ha señalado dicho autor que la revelación será necesaria:

“(…) para asegurar el derecho de defensa de alguna de las partes, para el establecimiento o protección de derechos de una parte en relación con un tercero, o para la instauración o prosecución de una acción judicial al amparo de la misma ley; (...) si se realiza en cumplimiento de una orden judicial; si es autorizada o requerida por la ley o por alguna autoridad regulatoria competente, o si es autorizada por los árbitros o por un tribunal judicial en los casos en que les es permitido extender estas autorizaciones.”

De la misma forma, se configuraría esta excepción a la confidencialidad si el proceso arbitral hubiera estado en *dominio público*⁶⁷ o existiera un *interés público* como ocurre en el caso del arbitraje de *inversiones*⁶⁸.

En el caso de la anotación registral del proceso arbitral ¿se afectaría entonces la confidencialidad del arbitraje? consideramos que esta medida constituiría una excepción razonable a la regla de la confidencialidad que acabamos de comentar,

⁶⁵ CAIVANO, Roque J. “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”. En: *Lima Arbitration N° 4 - 2010 / 2011*. pp. 121 y 122. Disponible en: <http://goo.gl/bGLOiZ>

⁶⁶ Este sería el caso de la Ley de Arbitraje de Nueva Zelanda de 2007.

⁶⁷ Este sería el caso de la Ley de Arbitraje de Escocia de 2010 (art. 26.4)

⁶⁸ Al respecto, al resaltar la prevalencia del interés público sobre la confidencialidad, Fernández Rozas ha señalado: “FORTIER, Y. “Arbitrating in the Age of Investment Treaty Disputes”. *The University of Southern of Wales Law Journal*. Volumen 31, n° 1, 2008. Disponible en: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12232955433930/1116_001.pdf. Expresivo de esto es que en junio de 2005 el Comité de inversiones de la OCDE publicó una declaración en favor de una transparencia suplementaria en el arbitraje internacional de inversiones con el siguiente tenor: “*Les membres du Comité de l’investissement sont d’avis général qu’une transparence supplémentaire, en particulier concernant la publication des sentences arbitrales, sous réserve des sauvegardes nécessaires pour la protection d’informations confidentielles de nature gouvernementale ou des données sensibles des entreprises, est souhaitable afin d’accroître la bonne marche et l’acceptation par l’opinion publique de l’arbitrage international relatif aux investissements ainsi que de contribuer au développement continu d’une jurisprudence publique. Les membres du Comité de l’investissement partagent en général l’opinion que, dans la mesure où l’instance soulève des questions importantes d’intérêt public, il pourrait être souhaitable de permettre la participation de tiers, sous réserve toutefois de lignes directrices claires et précises*”. OECD Investment Committee, *Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures Statement*, working paper 2005/1, <http://www.oecd.org/dataoecd/25/3/34786913.pdf>”. *Ob. cit.*, pp. 336 y 337.

no sólo porque el citado dispositivo lo permite indirectamente, sino porque desde el momento en que el árbitro pretende solicitar la inscripción de un laudo arbitral definitivo en los registros públicos –lo cual se ha venido haciendo en nuestro país con bastante frecuencia y con anterioridad a la modificación formulada por el Decreto Legislativo 1231–, la decisión arbitral se convierte en *pública*. De ese modo, si el árbitro estima que su decisión tendrá incidencia sobre algún acto o derecho inscrito o inscribible, la anotación previa de la existencia del proceso arbitral no será incompatible con la posterior inscripción del laudo definitivo.

Así por ejemplo, en una controversia arbitral donde se discute la nulidad de un contrato de compraventa, y por tanto se pretenda la restitución del inmueble a favor del vendedor, no bastará que la decisión arbitral diga que el derecho de propiedad le corresponde nuevamente al vendedor. Será necesario que esta nueva situación jurídica sobre el inmueble se inscriba en la partida registral respectiva para corregir la inexactitud registral que viene proclamando el registro. Ello supone que la *revelación* ha sido autorizada por las partes en forma *implícita*, dado que la demanda, o reconvención, requiere indefectiblemente la inscripción del derecho controvertido en el registro de predios.

Sostener lo contrario implicaría que bajo el carácter de la confidencialidad del arbitraje, no sólo las medidas cautelares dictadas por los árbitros no puedan inscribirse, sino incluso los propios laudos arbitrales.

4.6 Algunas consideraciones a tomar en cuenta por los árbitros y el registro

Según vimos, la anotación de la existencia del proceso arbitral en el registro de predios tiene como finalidad evitar la configuración del fraude inmobiliario. Sin embargo, tal como está regulada dicha medida, no habría ningún impedimento para que el árbitro solicite dicha anotación en cualquier otro registro jurídico, como el registro de personas jurídicas, naturales o bienes muebles. Esto podría darse, por ejemplo, en el caso de un arbitraje *estatutario* o *testamentario*.

Por otro lado, si la parte demandante solicita al árbitro una medida cautelar de *anotación de demanda*, cuyo efecto, como sabemos, es similar a la anotación que prevé el numeral 5° del artículo 39 del D.L. 1071, ¿no sería entonces innecesario anotar la existencia del proceso arbitral? Consideramos que no, pues si se pide la anotación de la demanda dentro del plazo que tiene el árbitro para oficiar al registro, este podrá denegar el pedido por tenerlo ya cumplido con la posterior anotación registral que se realizará. Es decir, con la anotación oficiosa ya se estaría satisfaciendo la pretensión del demandante de querer publicitar la existencia del litigio. Lo mismo ocurriría si la anotación de demanda se solicita luego de realizada la anotación oficiosa en el registro correspondiente.

Además, bajo el principio de legalidad (CC, art. 2011), el registrador público estaría facultado para denegar la inscripción del laudo arbitral definitivo cuando compruebe que dicha medida cautelar no se anotó en la partida registral vinculada con la ejecución del laudo. Ello sería así, no tanto porque la cautelar sea un acto previo y necesario para el laudo, sino porque habría un incumplimiento manifiesto de la propia legislación arbitral.

Por otra parte, si bien la ley de arbitraje peruana no ha reconocido la posibilidad de contar con un árbitro de emergencia, nada impide que las partes, si así lo estimen conveniente, contemplen esta figura al momento de establecer un arbitraje *ad hoc* o que la institución encargada de realizar el arbitraje institucional lo haya previsto en su reglamento⁶⁹. En efecto, puede surgir la necesidad de designar un árbitro provisional para que dicte una medida cautelar o provisional urgente, dado que no se puede esperar a la constitución del Tribunal Arbitral.

Lo antes señalado nos plantea la siguiente cuestión ¿podría un árbitro de emergencia estar obligado a solicitar la anotación de la existencia del proceso arbitral en los registros públicos? Estimamos que no, pues no constituiría una medida *anticipatoria* del proceso. Debemos recordar que la anotación que prevé el numeral 5° del artículo 39 del D.L. 1071 no tiene por finalidad el aseguramiento del proceso, sino sólo publicitar la existencia del proceso arbitral para conocimiento del titular registral y de los terceros. Con lo cual, no habría en este tipo de medidas el elemento de urgencia que justifica la intervención del árbitro de emergencia. Además, de acuerdo con dicho precepto normativo, se advierte que la propia ley ha fijado la oportunidad en que se solicitará esta medida –con la admisión de la demanda o reconvencción–, de modo que no podría operar con anterioridad a la constitución e instalación del propio tribunal arbitral.

En cuanto a su duración, entendemos que la anotación de la existencia del proceso arbitral se mantendrá mientras no sea levantada por el propio árbitro que solicitó su anotación o mientras no se extinga el proceso arbitral. Por tanto, dicho asiento subsistirá en el registro hasta que no se ejecute totalmente el laudo arbitral.

Conclusiones

- Como hemos visto, el legislador ha implementado una serie de medidas cautelares que no tienen en estricto tal condición, pues “ni los presupuestos ni las características que las hacen propias, son extrapolables a las mismas”. El

⁶⁹ Así tenemos, por ejemplo, los reglamentos de: la Corte Arbitral de Madrid, el Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional, el Instituto Internacional para Prevención y Solución de Conflictos, el Centro Internacional de Resolución de Disputas, la Cámara de Comercio de Estocolmo, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, entre otros.

proceso arbitral no es ajeno a dicha realidad, pues se han formulado distintos tipos de medidas cautelares que no se limitan a resguardar la eficacia del laudo arbitral. Una de estas medidas sería justamente la *anotación de la existencia del proceso arbitral*, prevista en el numeral 5° del artículo 39 de la Ley de Arbitraje peruana.

- A través de esta medida cautelar, se pretende evitar que se lleve a cabo un proceso arbitral oculto, es decir, con desconocimiento del titular registral del inmueble sobre el cual versa el litigio. Por tanto, busca tutelar valores que trascienden al interés de las propias partes, es decir, evitar fraudes inmobiliarios a través del uso indebido del arbitraje. En ese sentido, se trataría de una *medida cautelar* preventiva, cuya finalidad no sería garantizar la tutela declarativa o de ejecución, sino la *pura publicidad* del proceso arbitral en trámite. Además, es una medida cautelar oficiosa, pues, de no ser obligatoria, se corre el riesgo de que al existir connivencia entre el árbitro y una de las partes, no exista razón para publicitar la existencia del proceso arbitral.
- Esta anotación registral constituye una excepción razonable a la regla de la *confidencialidad*, no sólo porque la Ley de Arbitraje lo permite, sino porque desde el momento en que el árbitro pretende solicitar la inscripción de un laudo arbitral definitivo en los registros públicos, lo cual se ha venido haciendo en el Perú con bastante frecuencia y con anterioridad a la modificación formulada por el Decreto Legislativo 1231, la decisión arbitral se convierte en *pública*.
- Sin embargo, los supuestos de *fraude inmobiliario* causados por laudos arbitrales amañados, no se agotan en los casos en que el titular registral del inmueble desconoce la existencia del proceso. Con lo cual, la medida adoptada no cubriría todo el abanico de estafas posibles. Además, dejamos constancias de algunas deficiencias que se presentan en la aplicación práctica de esta medida, como no poder enterarse oportunamente de la anotación o, peor aún, no poder oponerse a la inscripción del laudo fraudulento. Adicionalmente, la problemática planteada en la introducción de este trabajo revela que las deficiencias causadas en el arbitraje doméstico no estarían en las instituciones contempladas en la ley de arbitraje, sino más bien en la propia idoneidad de los árbitros que conocen de estas controversias, quienes al ser sujetos parcializados y carentes de toda valoración ética, trastocan el orden arbitral en perjuicio de la ciudadanía. De allí que resulte muy apropiado sostener que un procedimiento arbitral será tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen⁷⁰.

⁷⁰ SANDERS, Pieter. *Quo vadis arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*. The Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 1999. p. 224.

Referencias Bibliográficas

AMPRIMO PLÁ, Natalie. “La tutela cautelar arbitral”. En: *Ius et Praxis*. Revista de la Facultad de Derecho N° 44, Lima, 2013.

ARIANO DEHO, Eugenia. “La cautela en general. Las medidas autosatisfactivas y el proceso garantista”. Ponencia presentada en el Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Ciudad de Azul (Argentina), 5 de noviembre de 1999.

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. “Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano”. En: *Revista Peruana de Arbitraje* N° 7. Lima, 2008.

BARONA VILAR, Silvia. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Navarra: Editorial Thomson-Civitas, 2006.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011.

CAIVANO Roque J. “La convención de Nueva York y la ejecución de medidas cautelares.” En: *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*. Tomo 2, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2009.

_____ “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”. En: *Lima Arbitration* N° 4 - 2010 / 2011.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO Roque J. “La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad”. En: *Revista Peruana de Arbitraje* N° 7. Lima, 2008.

CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, Francisco Javier. “La tutela Cautelar de los derechos en el arbitraje”. En: *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 29. Enero 2013.

CALDERÓN CUADRADO, María. *Las medidas cautelares indeterminadas en el Proceso Civil*. Madrid: Editorial Civitas, 1992.

CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita, y CHIPANA CATALÁN, Jhoel. “La constitución del tribunal arbitral y las medidas cautelares en el arbitraje” En: *Revista Arbitraje PUCP* N° 3. Lima, 2013.

CASTILLO FREYRE, Mario. “Innovaciones necesarias”. En: *Jurídica* N° 574. Suplemento de análisis legal de *El Peruano*, Lima, 3 de noviembre de 2015.

COLINA GAREA, Rafael. *El arbitraje en España: ventajas y desventajas. Difusión Jurídica*. Madrid, 2009.

CORDÓN MORENO, Faustino. *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2000.

DÍAZ BASTIEN, Ernesto. “La ejecutabilidad del laudo extranjero”. En: *Arbitraje*. Volumen V, Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007, Lima: Editorial Palestra Editores, 2008.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VENEGAS GRAU, Carmen. “De la competencia de los árbitros (arts. 22 y 23)”. En: *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2006.

FAVRE-BULLE, Xavier y MUÑOZ, Edgardo. “Monismo y dualismo de las leyes de arbitraje: ¿son todas ellas dualistas?” En: *Arbitraje internacional: pasado, presente y futuro*. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains, Tomo II, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2013.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel. *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, 23 de diciembre*. Navarra: Editorial Thomson – Aranzadi, 2004.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. “Arbitraje y Justicia Cautela”. En: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Volumen XXII, 2007.

_____. “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”. En: *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*. Volumen 2, 2009.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*. Madrid: Ed. McGraw-Hill, 1996.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “Sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje. Homenaje a Don Raúl Medina Mora”. Disponible en: <http://goo.gl/S5JxvZ>

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Cambios necesarios y justificados: las últimas modificaciones a la ley de arbitraje”. En: *La Ley, Gaceta Jurídica*. Lima.

LAPIEDRA ALCAMÍ, Rosa. *Medidas Cautelares en el arbitraje comercial internacional*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2008.

MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje: Una perspectiva internacional*. Madrid: Editorial Iustel, 2005.

MARTÍNEZ GONZÁLES, Pedro. *El nuevo régimen del arbitraje*. Barcelona: Editorial Bosch, 2011.

MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. “Breves alcances sobre el Derecho de Arbitraje peruano”. En: *Revista de Derecho N° 210*. Año LXIX, Concepción, Julio-Diciembre 2001.

MERINO MERCHÁN, José F. y CHILLÓN MEDINA, José M^a. *Tratado de Derecho Arbitral*. Tercera Edición. Navarra: Editorial Thomson Civitas, 2006.

MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. *Seguridad jurídica y sistema cautelar*. Barcelona: Editorial Bosch, 1989.

MUÑOZ SABATÉ, Luis. “Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral”. En: *Revista Jurídica de Catalunya*. Volumen N° 90, N° 3, 1991.

PEYRANO, Jorge W., “Medidas Cautelares en los Procesos Arbitrales”. En: *Disertaciones y conclusiones Jornadas Nacionales de Tribunales Arbitrales: 24 y 25 de junio de 2004*. Bolsa de Comercio de Rosario y Tribunal de Arbitraje General, Rosario, 2005.

REVERÓN PALENZUELA, Benito. *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Tomo I, Barcelona: Editorial Bosch S.A., 2004.

REY VALLEJO, Alfredo Pablo. “Los modelos regulatorios del arbitraje latinoamericano: un análisis de las normativas de arbitraje doméstico en Colombia y en el hemisferio”. En: *128 Vniversitas*. Enero - junio 2014, Bogotá.

SANDERS, Pieter. *Quo vadis arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*. The Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 1999.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “Jurisdiccionalidad del Arbitraje”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editorial Grijley, 2006.

ATAACANDO EL DOGMA DE LA NO CONCILIACIÓN DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LA APROBACIÓN JUDICIAL *

Rodrigo Pombo Cajiao**

“La seguridad constituye un deseo arraigado en la vida anímica del hombre, que siente terror ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido.

La seguridad en cuanto valor jurídico no es algo que se de espontáneamente, y con idéntico sentido de intensidad, en los distintos sistemas normativos. Su formación y alcance dependerá de las luchas políticas y las vicisitudes culturales de cada tipo de sociedad”.

Enrique Pérez Luño

Resumen

En este escrito el lector encontrará argumentos que contradicen la imperante tesis según la cual el principio de legalidad, que se presupone acompaña a los actos administrativos, no puede ser objeto de conciliación

Recibido: marzo 27 de 2016 – Aprobado: julio 26 de 2016.

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: POMBO CAJIAO, Rodrigo. Atacando el dogma de la no conciliación de la legalidad de los actos administrativos y la aprobación judicial. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 44, julio- diciembre. 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 173-196.

** Rodrigo Pombo Cajiao, abogado de la Universidad Javeriana, especialista en Derecho Administrativo de la misma universidad, Especialista en Filosofía de la Universidad de Notre Dame EU; Máster en acción política de las Universidades Rey Juan Carlos y Francisco de Victoria del Reino de España. Ex Decano de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Sergio Arboleda. Editor y autor de varios libros y publicaciones especializadas. Miembro del Instituto de Derecho Procesal Colombiano. Socio fundador de M & P Abogados y director del Área de Derecho Público y contratación Estatal de M & P Abogados.

prejudicial administrativa. Así mismo, encontrará una fuerte crítica a la necesidad de que las conciliaciones administrativas en Colombia tengan que ser aprobadas posteriormente por la Rama Judicial.

Abstract

This essay puts forth a series of argument against the dominant thesis according to which the principle of legality, which is assumed that accompanies the administrative acts, cannot be the subject of pre-trial administrative conciliation.

The text also advances a strong criticism of the requirement of judicial review and approval for all administrative conciliations prescribed by Colombian law.

Palabras claves: conciliación administrativa, conciliación prejudicial, requisito de procedibilidad, principio de legalidad, control judicial de la conciliación contencioso administrativa.

Key words: administrative conciliation, pre-trial conciliation, requirements for admission in court, principle of legality, judicial review of administrative conciliation.

Introducción

Propagada como está entre nosotros la idea de que somos herederos de un Derecho continental europeo y afrancesado¹, constituye un punto de indiscutible valor académico rebatir aquellos tabús conceptuales que impiden que nuestras instituciones jurídicas (y en especial las procesales) marchen en sintonía y con la celeridad que demandan los tiempos contemporáneos.

Uno de ellos consiste en que la legalidad de los actos administrativos no puede ser objeto de conciliación. Por legalidad entendemos, en suma, la manera como los servidores públicos atienden el principio de legalidad según el cual sus decisiones siempre han de adoptarse al amparo de una disposición superior, preexistente y positivizada que le otorgue competencia para tal fin.

Lo anterior es consecuencia lógica, por supuesto, de una visión del Estado moderno: orgánico, personificado y leviatánico, que se limita a sí mismo a través de un postulado “racional” y “amoral” aprobado por los representantes populares, denominado LEY, en favor, claro está, de respetar y garantizar los derechos fundamentales de los asociados.

¹ Ver doctrina: MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. “Vivir en Policía: Una contralectura de los orígenes del Derecho administrativo colombiano”. U. Externado de Colombia, 2007.

Sobre esta elemental pero vasta premisa liberal se edificaron todos los aparatos jurídicos de la Europa continental y de la América hispánica², especialmente el Derecho Administrativo.

Cuando el soberano (llámese Dios, monarca o pueblo) impone; no negocia. Sus decisiones son verdaderos actos de poder. Su existencia originaria en la modernidad implica o implicaba la innegociabilidad de sus decisiones. La no mediación de la legalidad que acompaña las decisiones administrativas era, en tiempos modernos, la regla de conducta y la columna vertebral del derecho administrativo. En tanto que la decisión del servidor público deviene de la intocable, suprema y perfecta ley, aquella providencia administrativa no es más que el acto reflejo del mandato popular, ergo, inconciliable.

Así hemos pasado –con algunos altos y muchos bajos– la era republicana, a la sombra del principio de legalidad, tan sólo atenuado en estos tiempos por el de constitucionalidad, bajo la idea de un Estado social postmoderno y constitucional de derecho y no del otrora Estado de legalidad³.

Al cabalgar sobre estas primeras letras es que se erige el objetivo de este artículo: (i) por una parte, deconstruir el concepto según el cual la legalidad de los actos administrativos no puede ser objeto de conciliación y, (ii) por la otra, romper con la tara, según la cual en Colombia se requiere de la previa aprobación judicial para que la conciliación prejudicial o extrajudicial cobre fuerza jurídica y tenga plenos efectos.

Los argumentos que respaldan mi tesis son los siguientes:

1. Uno de estirpe axiológico: el valor de la conciliación como manifestación de la voluntad libre del Estado.
2. Uno de estirpe teleológico o finalístico: el objeto de la conciliación amenazado por anacrónicas ataduras.
3. Uno en defensa de la presunción de honestidad, honradez y buena fe del servicio público a través del principio de “Buena Administración”.
4. Uno en el cual el contexto histórico importa: la nueva visión del derecho y su influencia en estas materias.

² Sin embargo, las lecturas como la del profesor Malagón limitan de buena gana esa afirmación y esa percepción del derecho administrativo colombiano.

³ Sobre la presente clasificación del Estado sugiero la lectura de la obra titulada *Legalidad y legitimidad* del autor Carl Schmitt. Editorial Comares. España, 2006.

Deconstruyendo el concepto según el cual la legalidad de los actos administrativos no puede ser objeto de conciliación

1. Uno de estirpe axiológico: el valor de la conciliación como manifestación de la voluntad libre del Estado

No tiene sentido que se reconozca a la conciliación como un formidable mecanismo de solución de conflictos (establecido en el ordenamiento jurídico para (i) garantizar la convivencia pacífica, la paz, la tranquilidad, la armonía comunitaria y el orden social justo⁴ y, de esa manera (ii) ayudar con la descongestión judicial tan presente en los Estados latinoamericanos⁵) y que, además, se considere como una manifestación libre de las partes⁶ que en ella intervienen (con el propósito de que a modo de autocomposición explayen su libertad y su propia concepción de la justicia⁷), si la misma cuenta con tan sobradas cortapisas, límites y traumatismos procedimentales que en la práctica conviertan esos postulados en meras entelequias jurídicas.

La axiología de la conciliación, cifrada en su naturaleza jurídica⁸, reside en la potencialidad de resolver de manera directa los conflictos jurídicos “con la ayuda de un tercero neutral y calificado”⁹. De esta manera, resulta contradictorio que esté permitido que la administración pueda someter sus diferencias, de manera directa y sin intervención de terceros ni posterior validación judicial, a un contrato de transacción sin mayores límites que “aquellos susceptibles de transacción”; pero que esta no pueda hacerlo propio a través de un procedimiento especial conciliatorio en el que interviene un tercero experto y neutral, cuya función principal es la de acercar a las partes para que alcancen un acuerdo total o parcial pero siempre definitivo.

⁴ Ver Sentencia C- 037 de 1996 de la Corte Constitucional. M. P. Vladimiro Naranjo Meza. También ver SU del Consejo de Estado. Radicado 2009 199 01 (41.834) del 28 de abril de 2014 C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ Ver SU del Consejo de Estado. Radicado 2009 199 01 (41.834) del 28 de abril de 2014 C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁶ Ver Sentencia C-1195 de 2001. M. P. Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷ Ver Sentencia del Consejo de Estado. Radicado 2008 0090 del 24 de noviembre de 2014. C. P. Enrique Gil Botero.

⁸ Ver SU del Consejo de Estado. Radicado 2009 199 01 (41.834) del 28 de abril de 2014 C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁹ Artículo 64, Ley 446 de 1998.

Dado que la ley permite conciliar todo lo que es objeto de transacción¹⁰, por supuesto que lo fundamental acá es establecer qué puede ser determinado como tal, “pues lo que se discute son intereses de contenido particular y subjetivo, generalmente de orden patrimonial, y no la legalidad o constitucionalidad en abstracto”¹¹.

En este punto y en este contexto es cuando salta, cual natural hazaña, la tesis según la cual “la materia conciliable no es la legalidad del acto administrativo, sino los efectos patrimoniales de este”¹². De tal manera que cuando la administración se ve abocada al procedimiento conciliatorio “no está negociando su legalidad, sino sus consecuencias”¹³.

Lo que fundamenta esa posición es la idea, antes vista, según la cual el poder soberano reflejado en el principio de legalidad no puede ser negociable pues, (a) la parte no puede contradecir al todo donde la parte es el ciudadano y el todo la administración o, (b) peor aún, porque el soberano no puede equivocarse y, por ende, la administración tampoco cuando despliega su poder imperial o, (c) de manera más sofisticada, porque se entiende que el consentimiento del particular se encuentra inmerso, de manera inequívoca e implícita, en la decisión de la administración, en tanto que ella representa los intereses sociales que lo abrazan.

Pero lo cierto es que la conciliación administrativa “no es cosa distinta a una transacción asistida por un tercero calificado llamado conciliador”¹⁴, de lo que se sigue que, “transigir, y por lo tanto conciliar, nos coloca en el terreno de las concesiones mutuas y no en la simple renuncia de derechos”¹⁵.

Ahora bien, los puristas sostienen que la discusión es respetable pero un tanto bizantina, como quiera que lo que realmente importa a quien convoca a la conciliación son los intereses patrimoniales que se derivan del acto, no la existencia o legalidad del acto como tal.

Esa concepción está igualmente soportada en el hecho de que solamente procede la conciliación contra los actos administrativos de carácter particular y concreto, cuyo efecto lógico es la afectación del patrimonio del destinatario, mas nunca la existencia, *prima facie*, del acto administrativo.

¹⁰ Artículo 19 de la Ley 640 de 2001. Artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

¹¹ Ver Sentencia C- 713 del 15 de julio de 2008. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹² Ver doctrina: BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Colombia: Editorial Temis. p. 54.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Ver doctrina: GARCÍA RODRÍGUEZ, Franklin Segundo. *La conciliación administrativa. Concepto, clases y tratamiento*. Editorial Ibáñez. Colombia, 2001. p. 151.

¹⁵ Bis.

Esa visión de las cosas no resiste mayor análisis práctico por cuanto, por un lado, existen actos administrativos que pueden afectar los intereses y los derechos del destinatario sin siquiera esgrimir en su parte resolutive consecuencias patrimoniales. Por otro lado, pueden existir tales actos particulares y concretos con efectos jurídicos pero cuya fundamentación y cuya decisión revistan alcances allende a los de contenido económico o patrimonial.

Al suponer, por ejemplo, el caso de una declaratoria de incumplimiento de un contrato estatal sin contenido económico directo, nótese que la Ley 1447 señala en su artículo 90 unas fortísimas inhabilidades provenientes de declaratorias de incumplimiento, sin que se distinga que ellas deban o no tener contenido económico.

De igual forma, se puede exponer el caso de una declaratoria de incumplimiento de un contrato estatal, cuya decisión no involucre ninguna sanción pecuniaria pero que, sin embargo, conforme al artículo 22 de la Ley 80, esta deba ser publicada en el Registro Único de Proponentes (RUP) con todas las consecuencias reputacionales y jurídicas que ello conlleva frente a potenciales socios, aseguradoras y entidades públicas.

Existen casos, no sobra recordarlo, en los que los actos administrativos particulares y concretos expedidos dentro del poder de policía conllevan decisiones que no involucran, *per se*, afectaciones de orden económico. Véase también el caso del sometimiento a control de alguna sociedad vigilada por parte de una superintendencia en ejercicio legítimo de las funciones de control.

Evidentemente, tales decisiones (las de la contratación estatal y las del poder de policía) no tienen por qué involucrar inicialmente medidas con consecuencias patrimoniales, no obstante, estas pueden ser objeto de revocación o, por qué no, de conciliación.

Total, nuestro ordenamiento jurídico está repleto de ejemplos en los cuales se pueden expedir ilegales o inconvenientes actos administrativos de carácter particular y concreto que, como tal, no involucren efectos patrimoniales directos; sin embargo, no por ello pueden dejar de ser objeto de revocación, recursos, o transacción.

Si ello es así, nada impediría, desde la axiología jurídica estudiada, que la legalidad del acto administrativo pueda ser objeto de conciliación igualmente.

Por lo demás, si la discusión resulta tan inane o inútil o tan bizantina, ¿por qué no permitir que se concilie la legalidad de los actos administrativos?

En efecto, los razonamientos que sostienen la imposibilidad de hacerlo, los cuales anotamos anteriormente, se derriban con el hecho de permitirle a la administración la revisión de legalidad y conveniencia a iniciativa de parte, vía recurso o vía revocación, o cuando los mismos puedan ser objeto de una completa e integral

transacción, pero, *contrario sensu* e inexplicablemente, NO puedan darse en el marco de un procedimiento especial, cuya finalidad es la garantía del patrimonio público y la defensa de los derechos de los ciudadanos, ante un tercero calificado, neutral y muy institucional (ministerio público) como lo es la conciliación.

2. Uno de estirpe teleológico o finalístico: el objeto de la conciliación amenazado por anacrónicas ataduras

Enseña nuestra jurisprudencia y la más connotada doctrina que la conciliación se exhibe como un mecanismo alternativo de solución directa de conflictos que promueve la reconciliación de las partes involucradas en un indiscutible conflicto.

Su innegable naturaleza contractual la muestra como adalid de la libertad y del libre y calificado discernimiento, al auspicio de un tercero tan neutral como calificado, lo que le permite convertirse en un verdadero catalizador de los conflictos sociales y, de contera, en un mecanismo que podría ayudar efectivamente al innecesario congestionamiento de la justicia, amén de generar una cultura democrática de diálogo¹⁶.

Pero esa concepción postmoderna escudada celosamente en nuestra Carta Política ha cedido enorme espacio ante la visión inquisidora e intervencionista que pregona, en suma, que el procedimiento conciliatorio debe tener una fisionomía moralizante, un juicio de corrupción.

Los fallos judiciales en este sentido son prolíferos y siempre insisten en la idea de que lo que realmente importa es el contenido económico de la conciliación.

Veamos una muestra:

“Con ello también se pasa inadvertido que los asuntos de esta naturaleza están involucrando el patrimonio público, de modo que el congreso debe ser particularmente cauteloso y riguroso en el diseño de mecanismos de control judicial, **buscando siempre ampliar las medidas de protección del erario público, en vez de reducirlas**. Además, tampoco puede perderse de vista que en muchas ocasiones el acuerdo conciliatorio implica un análisis sobre la legalidad de actos administrativos, asunto que por su naturaleza está reservado a la jurisdicción contencioso administrativa”¹⁷ (resaltado propio).

Nosotros creemos que la conciliación no debe ser considerada un método anticorrupción. No lo es en el ámbito privado, no lo es en el ámbito internacional y no lo debería ser en el ámbito público.

¹⁶ Ver SU del Consejo de Estado. Radicado 2009 199 01 (41.834) del 28 de abril de 2014 C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁷ Ver Sentencia C-713 del 15 de julio de 2008. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

La visión de que la conciliación debe coadyuvar al estatuto anticorrupción aleja a este procedimiento (i) del principio dispositivo de las partes y su carácter contractual, es decir, de la libertad; (ii) de que se promueva efectivamente la autocomposición; (iii) de que se convierta en un verdadero mecanismo alternativo de solución de controversias, y (iv) de que sirva de dique iluminado que evite congestionar innecesariamente la administración de justicia. Por lo demás, para aquellos que, como el profesor García Rodríguez¹⁸, consideran que se trata de una franca actividad judicial, nada sería más loable que permitir que esta figura vuele lo más alto posible sin las trabas que le impiden hacerlo, entre ellas la de evitar que sea objeto de conciliación la legalidad de los actos administrativos.

Ahora bien, se ha enseñado por la jurisprudencia y así lo ha asumido el ministerio público que “para la procuraduría no es conciliable la legalidad de un acto administrativo sino los efectos económicos del mismo (...). Una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto administrativo y sustituido por el acuerdo conciliatorio”¹⁹.

El problema reside cuando a juicio del procurador de turno y/o de la administración y/o del juez que apruebe el acuerdo conciliatorio, **se decide** –so pretexto de que la legalidad del acto administrativo no es conciliable– **dejarlo vivo, no obstante desaparecer sus efectos patrimoniales.**

Nótese una vez más, que se parte de un error inadmisibles consistente en creer que el único interés del convocante es evitar los efectos nocivos económicos del acto.

Ese es, sin duda, un interés pero existen otros tantos igualmente amparados por el estatuto superior como la honra, el buen nombre, el *goodwill*, y la buena reputación o fama que también pueden interesar al convocante.

Lo curioso es que en la otra mano tenemos igualmente varios pronunciamientos de las altas cortes que advierten que en virtud del artículo 275 superior, el ministerio público tiene el deber constitucional de velar por el interés de la sociedad civil ante los desmanes de la administración y velar por la equivalencia en una relación contractual (conciliación) donde el particular es la parte débil²⁰.

De manera que no es cierto que la única misión del ordenamiento jurídico resida en la defensa del patrimonio de la parte fuerte del Estado. Urge acudir al constitucionalismo, es decir, a los valores y a los principios constitucionales así como a las atribuciones que explícitamente le fueron entregadas al ministerio público, para

¹⁸ GARCÍA RODRÍGUEZ. *Op. cit.* p. 188.

¹⁹ Concepto de la Procuraduría General de la Nación. *Libro conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo*. Procuraduría General de la Nación. Editorial Legis, 2015.

²⁰ Ver SU del Consejo de Estado. Radicado 2009 199 01 (41.834) del 28 de abril de 2014 C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

concluir que de lo que se trata es de, por una parte, intentar llegar verdaderamente a un acuerdo y, por la otra, de que el mismo sea justo y legal.

Total, esa exclusiva visión garantista e inquisidora del proceso conciliatorio, en la que el procurador y el juez están exclusivamente para velar por los intereses del Estado y su integridad patrimonial, no se compadece con los derroteros constitucionales exhibidos por nuestro máximo tribunal constitucional en vastedad jurisprudencial.

Este argumento de la teleología conciliatoria contiene una utilidad que a veces pasa inadvertida y que genera una preocupación constante entre los que creemos en el estado del orden y la libertad.

En efecto, el artículo 6°, parágrafo 2°, inciso 1° del Decreto 1716 reglamentario de la Ley 446 y 640 principalmente, “prevé que en el evento que se interponga una solicitud de conciliación que verse sobre asunto no conciliable (...) el ministerio público debe emitir la correspondiente constancia dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la petición”²¹ y con ello evitar darle trámite²².

Todo lo cual conlleva a que no se pueda superar el requisito de procedibilidad, indispensable para acceder a la administración de justicia.

En no pocas oportunidades se ha leído así esta disposición, la cual ha impedido que se cumpla este requisito antes del término de caducidad de la acción judicial, que no sea posible acceder a la administración de justicia y que se violente con ello tan sagrado derecho fundamental.

3. En defensa de la presunción de honestidad, honradez y buena fe del servicio público a través del principio de “buena administración”

La mirada “anticorrupción” del proceso conciliatorio es la que generalmente apoya la tesis según la cual resulta imposible negociar o conciliar la legalidad del acto administrativo y la que promueve que el ministerio público no está para facilitar el acuerdo y equilibrar las partes, sino para velar de modo exclusivo por los intereses de la administración, en especial, por su integridad patrimonial. De igual manera, son los que defienden la intromisión de la Rama Judicial a través de la defensa de la aprobación o improbación del acuerdo conciliatorio por razones de legalidad o de conveniencia.

Amén de desplazar a la administración de su rol gubernativo y de poner en boca del constituyente lo que este nunca dijo, esa postura atenta abiertamente contra

²¹ Ver Sentencia del Consejo de Estado. Rad. 2009 00310 01 AC. C. P. Gerardo Arenas.

²² Ver Sentencia del Consejo de Estado. Rad. 2010 00853 01 AC. C. P. Gerardo Arenas.

la presunción de buena fe y del buen nombre que corre también a favor de los servidores públicos y, si me apuran, de la presunción de inocencia²³.

El Estado contemporáneo se despliega en un mundo cuyas relaciones sociales se caracterizan por su velocidad, por su intensidad mediática, por la globalización y por una serie de aspectos que apremian a la administración de la cosa pública para que ella asuma una posición ágil, servicial y muy efectiva. Así lo exige la democracia participativa y la nueva conciencia ciudadana.

Principios como los de celeridad, economía, eficiencia y eficacia de la gestión pública se encuentran en casi todas las constituciones latinoamericanas con inusitado éxito cuando resultan bien entendidos.

Por tal motivo es que en el Reino de España y en toda Europa comienza a hacer carrera la tesis del principio de buena administración en virtud de la cual los servidores públicos tienen el deber de hacer las cosas bien, suficientemente razonadas y con criterio económico; es decir, tienen que cumplir con sus deberes no hasta el punto de cumplimiento, sino hasta el punto que realmente satisfaga los deseos, intereses y derechos del administrado. Esto conlleva a hacer las cosas con profesionalismo y con calidad y siempre con un criterio económico a la vista, a actuar no sólo diligentemente y libre de dolo o culpa, sino a ser excelente en el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales.

De hecho “tras la aprobación de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales en el año 2000, el 6 de diciembre, contamos con un nuevo derecho fundamental en el espacio europeo: EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN. Derecho que también tiene una dimensión de principio (...)”²⁴.

Así las cosas, “este principio ofrece una perspectiva en positivo que es el principio de racionalidad o el principio de objetividad, principios que tienen en el campo del derecho administrativo una trascendencia indudable. (...) Por tanto, el principio de buena administración se deriva del principio de racionalidad y objetividad de acuerdo con el que debe conducirse la administración en sus relaciones internas y en sus relaciones con los ciudadanos”²⁵.

De allí que el Tribunal Supremo Español advirtiese la importancia del criterio, del razonamiento y de la lógica económica en las decisiones de los administrados. Así, “(...) **Los principios de buena administración imponen una decisión basada en criterios económicos:** en igualdad de alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes para realizar una obra, la racionalidad de los principios de buena

²³ Ver artículos 15, 29 y 83 C. P.

²⁴ Ver doctrina: RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*. U. Externado de Colombia, 2009. p. 101.

²⁵ *Ibidem*. p. 102.

administración exige la elección de la mejor oferta económica. (...) No entenderlo así implica una vulneración de las exigencias del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”²⁶ (resaltado fuera de texto).

Evidentemente, ese principio proviene y se sustenta en los tradicionales principios de buena fe, honradez, dignidad de las personas y honestidad. No es posible pensar que el administrador logrará los mejores resultados cuando sobre él pesa un velo de duda y cuando sobre él recaen un sinnúmero de normas que limitan injustificadamente su actuación a punto tal de tornarla ineficiente, ineficaz, antieconómica, pesada, ruda, lenta y, en consecuencia, poco transparente.

En ese orden de ideas, los ordenamientos jurídicos contemporáneos y sus intérpretes no pueden partir de una presunción de mala fe y de la ineptitud de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva. La agilidad de los tiempos que corren implica una especial confianza de los habitantes en sus autoridades, en sus gobernantes y en los mandatarios en los que depositaron el ejercicio de la función pública. El principio de autoridad, así las cosas, reverbera y cobra la postura que nunca debió haber perdido.

Todo lo cual nos lleva a que la tesis de que la legalidad que sustenta la competencia de los actos administrativos no se puede conciliar caiga en franco desuso, toda vez que no existe principio iusfilosófico que lo soporte y, además, porque esta atenta contra el principio de buena administración y contra los explícitos principios de la buena función administrativa consignados en el artículo 209 superior.

4. El contexto histórico importa: la nueva visión del Derecho y su influencia en estas materias

Colombia atraviesa nuevamente por un singular momento. Se encuentra en medio de la conciliación de la paz. En las primeras 60 actas de los acuerdos pactados hasta ahora, los terroristas de las FARC y el Gobierno Nacional han presentado a la comunidad los puntos de encuentro en los que ambos ceden y en los que ambas partes despliegan concesiones recíprocas²⁷.

Eso es propio de nuestro tiempo y es la herencia de nuestra historia. Todo lo cual no es neutral ni puede posar de serlo. Se trata de trascendentales acuerdos que modifican la vida de los colombianos en tanto que cambian la axiología moral nacional.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Sobre estos aspectos ver por ejemplo la obra de Legis y la Corte Constitucional colombiana proveniente del simposio: *Diálogo Constitucional para la Paz*. Memorias del IX Conversatorio de la Jurisdicción Constitucional de Colombia. 18 al 20 de septiembre de 2013. Legis.

Con base en ello se nos enseña que ninguno de los acuerdos sociales existentes puede ser absoluto ni mucho menos perpetuo y que los cánones éticos que subyacen a la concepción de justicia y de legalidad son relativos²⁸.

Pues bien, si los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el genocidio y los más altos crímenes contra la especie humana son transigibles, ¿por qué no lo ha de ser la legalidad de los actos administrativos?

Los debates discurren en su tiempo; este es su marco y su plataforma. Por tal motivo conviene recordar los albores que llevaron a establecer el principio de legalidad, padre teórico de la innegociabilidad de la legalidad de los actos administrativos.

Michel Vovelle enseña que “el objetivo de la Revolución Francesa era la destrucción del feudalismo”²⁹. Aniquilar el “antiguo régimen” era lo que contaba, era su propósito; y para ello estaba bien valerse de las vías de hecho, de la revolución, de una rebelión incontrolada, armada y violenta, siempre que se pudiese liquidar cualquier vestigio de tradición, orden preestablecido, monarquía, clero y aristocracia.

Pero una vez guillotinado el rey y su época, urgía la necesidad de legitimar el nuevo orden social, político y jurídico. Sin embargo, nadie quería el origen de la fuerza como legitimador válido del poder político, como legitimador del nuevo poder del nuevo mundo. Así las cosas, “todos los poderes, cualesquiera que sean, lo reniegan; ninguno quiere haber nacido en el seno de la fuerza. Un instinto invencible advierte a los gobiernos que la fuerza no funda un derecho y que, si no tuvieran otro origen que la fuerza, el derecho no podría surgir nunca de ella”. De modo que, “el primer carácter de la legitimidad política es, pues, el de renegar de la fuerza como fuente del poder y adherirse a una idea moral, a una fuerza moral, a la idea del derecho, de la justicia, de la razón”³⁰.

Esa idea moral consistió, en primer término, en entregarle el poder soberano, el poder del soberano, a una novísima institución, a pesar de que la etimología de su palabra ya indicase algunas nociones: el pueblo.

El pueblo, como depositario del poder soberano creaba al Estado mediante la expedición de una Constitución Política. Y así fue como se entendió que “una

²⁸ Sobre estos aspectos ver por ejemplo la obra: IBÁÑEZ, Jorge Enrique. *Justicia transicional y las comisiones de la verdad*. Biblioteca de Derechos Humanos. Colombia, 2014

²⁹ Ver doctrina: VOVELLE, Michel. *Introducción a la Revolución Francesa*. Barcelona: Editorial Crítica, 2000. p. 11.

³⁰ Ver doctrina: GUIZOT, Francois. *Historia de la Civilización en Europa*. Madrid: Alianza Editorial, 1972. pp. 69 y 70.

constitución no es el acto de un gobierno, sino de un pueblo que constituye un gobierno, y un gobierno sin una constitución es un poder sin derecho”³¹.

La idea moral subyacente al poder popular la acreditaba Rousseau a través de la Teoría de la Voluntad General, suficientemente bien promulgada en sus *Confesiones* y en su *Contrato social*.

Recuérdese que “la Voluntad general no es en modo alguno pura y simple adición de voluntades particulares. Voluntad general no es, lisa y llanamente, voluntad de todos o del mayor número”³². Se trata, digámoslo en estos términos, de aquella decisión política que adopta forma jurídica y que presume que todo el pueblo participó en ella, así hubiese sido en oposición a ella.

Todo lo cual, según Rousseau, permitía reducir a la fuerza a quien se opusiera a la ley como quiera que “reducir a la obediencia por la fuerza a quien, dominado por su voluntad particular, rehúsa someterse a la voluntad general (que es la suya, tanto como la de cualquier otro), es, simplemente, ‘forzarle a ser libre’”³³.

De lo que se siguió, como axioma político, que “exigir la sumisión de la minoría a las leyes votadas por la mayoría, a las que, por hipótesis, la minoría no ha dado nunca su consentimiento, es realizar la libertad y no violarla”³⁴.

Así fue cómo en el artículo 6° de la Declaración de los Derechos del Hombre se manifestó que “la ley es expresión de la voluntad de la comunidad”.

En tal virtud, se estableció que los actos proferidos por el servicio público debían respetar la ley pero, sobretodo, fungir como su brazo propagador, lo que significó que su extensión no podía ser ni lícita ni legítimamente controvertida por el particular, ni mucho menos conciliada. Lo anterior, dado que la decisión administrativa era depositaria de la voluntad general, es decir, de la propia voluntad del particular destinatario de susodicho acto administrativo, en consecuencia, irrefutable, inalterable, indebatible, no conciliable.

Esa fue la idea fundante, la idea moral sobre la que se edificó todo el nuevo sistema, la idea del Estado moderno y, consiguientemente, del derecho administrativo.

Pero de la violencia y la incivilidad nunca retoñan buenos frutos. “La constante anarquía del país y la amenaza de la invasión extranjera les demostrarían, (a los revolucionarios franceses) súbitamente, la necesidad de restaurar una autoridad

³¹ Ver doctrina: PAINE, Thomas.. *Derechos del hombre*. Madrid: Editorial Alianza, 2008. p. 246.

³² Ver doctrina: CHEVALLIER, JJ. *Los grandes textos políticos*. Biblioteca de Ciencias Sociales. Madrid, 1974. p. 149.

³³ *Ibidem*. p. 150.

³⁴ Bis.

fuerte y establecer la barrera de los límites naturales entre una Europa eternamente hostil y Francia”³⁵.

Todos los líderes revolucionarios fueron igualmente guillotizados. Robespierre, La Fayette, Danton, Talleyrand, entre muchos otros, fueron víctimas de su propio invento y murieron en su ley. En la ley del desorden, la anarquía y el asesinato.

Tal y como lo señala el historiador Louis Madelin:

Muchos de esos hombres que, desde 1789 hasta 1791, habían hablado de libertad sin límites y de paz a cualquier precio, reaparecerían, un año después, dispuestos a evitar los peligros mortales que amenazaban a la patria, mediante la práctica de una autoridad que llegaría hasta la violencia y de una política exterior decidida hasta la agresividad. Poblarán las bancas de la Convención Nacional que, a la espera de Bonaparte, intentara restablecer en un país convulsionado los principios tradicionales que la Asamblea Constituyente, en su embriaguez ideológica, desconoció³⁶

Fracasó así la Revolución Francesa de 1789 pero nos quedó la herencia del principio de legalidad y con él la infalibilidad de la decisión administrativa pues, en palabra de Rousseau, **“no estando el soberano formado más que por los particulares que lo componen, no tiene ni puede tener interés contrario al de estos”**³⁷.

Pero de ese sofisma ya hace cerca de 250 años con lo cual es válido pensar que tales postulados liberales pueden ser desvirtuados, máxime si por estos años se cree más en la idea de los valores y principios constitucionales que en la inflexible idea de la pura y simple legalidad.

El Estado contemporáneo y la administración que lo representa se encuentran hoy, a la luz de los postulados sociales y de los derechos fundamentales, en un plano de igualdad conceptual con el ciudadano, con el administrado. En este, cuando se reconoce una desigualdad es precisamente para custodiar con particular celo al administrado y no al Estado, quien denota la parte fuerte en la relación.

Para eso están los órganos constitucionales como el ministerio público, para defender los intereses de la sociedad y los derechos colectivos, proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad (CP, art. 275).

El cambio de paradigma, de cara a lo que el Estado es y lo que la administración pública significa, debe influir en la reacción que se tenga y que se pueda tener en torno de los actos administrativos. De suerte que la posibilidad de conciliar la legalidad de los actos administrativos debería ser la regla, no la axiomática prohibición.

³⁵ Ver doctrina: MADELIN, Louis. *Los hombres de la Revolución Francesa*. Buenos Aires: Editorial Vergara, 2004. p. 134.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Ver doctrina: CHEVALLIER. *Op. cit.* p. 154.

La tara de la aprobación judicial para la conciliación

Como entre nosotros ha prevalecido la concepción inquisidora, anti corruptiva e intervencionista del procedimiento conciliatorio (lo que nos ha llevado en no pocas oportunidades a partir de la mala fe, deshonestidad e incompetencia tanto de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva como del mismo ministerio público), fue necesario imponer la revisión judicial *ex post* en aras de aprobar lo acordado.

La idea moral que subyace a esta postura no es otra que la de creer que la administración judicial es éticamente más apta y profesionalmente más capaz que los miembros de la Rama Ejecutiva y que los supervisores del órgano de control.

No obstante, una mirada a los estudios más calificados sobre la percepción, eficiencia y calidad de la Rama Judicial en Colombia demuestran todo lo contrario, con lo cual esta posición queda huérfana de cualquier argumento que lo soporte y hace que, mientras ella subsista, se continúe con un alto e innecesario costo, amén de una injustificada demora y atraso en el acceso y en la administración de justicia.

Veamos algunos estudios sobre la materia³⁸:

Se efectuará un análisis en torno a 3 perspectivas, a saber: (i) la opinión pública; (ii) la facilidad de los negocios y atención a los inversionistas y ciudadanos y, (iii) la visión desde adentro, desde la Rama Judicial.

1. Opinión pública

Estudio de transparencia internacional y The Rule of Law

Factor analizado: ausencia de la corrupción

En este factor se busca medir la ausencia de corrupción a través de variables de abuso personalista y arbitrario del poder como: “Los funcionarios del gobierno en las distintas ramas del poder y la policía no utilizan su cargo público para beneficio privado”.

A continuación se presentan las clasificaciones de los países:

1. Los funcionarios del gobierno en el poder ejecutivo no utilizan su cargo público para beneficio privado.
2. **Los funcionarios del gobierno en el poder judicial no utilizan su cargo público para beneficio privado.**

³⁸ Sobre este punto se realizó un estudio de ELABORACIÓN PROPIA que cruza distintos análisis y conclusiones para sacar algunas propias en torno a la ineficiencia y corrupción de la Rama Judicial colombiana.

Atacando el dogma de la no conciliación de la legalidad de los actos administrativos

3. Los funcionarios del gobierno en la policía y el ejército no utilizan su cargo público para beneficio privado.
4. Los funcionarios del gobierno en la legislatura no utilizan su cargo público para beneficio privado.

Los resultados por país fueron:

País F. 2.1 F. 2.2 F. 2.3 F. 2.4

Canadá: 0.8 0.88 0.85 0.69

España: 0.74 0.84 0.9 0.72

Estados Unidos: 0.77 0.88 0.83 0.62

Colombia: 0.52 -0.51 - 0.52 - 0.2

Chile: 0.78 0.78 0.83 0.56

Perú: 0.46 0.36 0.34 0.3

Guatemala: 0.39 0.28 0.4 0.11

El Salvador: 0.47 0.44 0.63 0.27

Bolivia: 0.34 0.22 0.22 0.19

Factor analizado: orden y seguridad

- Las personas no recurren a la violencia para reparar agravios personales.

Los resultados donde 100 es nunca y 0 es siempre

Canadá 74

España 46

Estados Unidos 62

Colombia 31

Chile 34

Perú 44

Guatemala 33

El Salvador 28

Bolivia 36

Estudio de Latinobarómetro

En este caso, y al tener como base de análisis las encuestas realizadas por el Latinobarómetro en el año 2002, **se clasifica la percepción que tienen los ciudadanos frente a la Rama Judicial** en variables como confianza y satisfacción.

Cabe destacar que, al ser una encuesta practicada sólo en países de América Latina, no se tienen datos sobre Canadá, España y Estados Unidos.

**Factor analizado, ¿cuánta confianza tiene usted en el poder judicial?
[Desconfianza en el poder judicial (2002)]:**

1. Mucha/Algo
2. Poca/Nada
3. No sabe/ No Responde

Resultados por País: F. 1 F. 2 F. 3

Colombia: 23.3% - 71.6% - 5%

Chile: 23.1% 73.7% 3.1%

Perú: 16.5% 78.6% 5%

Guatemala: 22% 74.7% 3.4%

El Salvador: 28.8% 64.4% 6.8%

Bolivia: 19% 74.6% 6.4%

En la tabla se refleja cómo en la variable de “mucha o algo” la confianza en los seis países no asciende a más del 28,8%, lo cual es bajo, puesto que no corresponde ni a la mitad del porcentaje aceptable. Sin embargo, en el caso de la variable “poco o nada” el porcentaje se mantiene entre un 64,4% y un 78,6%, lo que lleva a entrever que para el caso de estos seis países latinoamericanos la confianza que se tiene frente al poder judicial es sustancialmente baja. Finalmente, nótese cómo más del 70% de los encuestados de Colombia manifestaron confiar poco o nada en la Rama Judicial.

Conclusiones parciales

1. Los colombianos no creemos en nuestra justicia y desconfiamos en grado sumo de ella.

Factor 2 analizado, relación entre satisfacción con la democracia y confianza en la justicia (2002):

1. Satisfacción con el funcionamiento de la democracia.
2. Confianza en el poder judicial.

Resultados por País: F. 1 F. 2

Colombia: 11% - 23%

Chile: 27% 23%

Perú: 18% 17%

Guatemala: 35% 22%

El Salvador: 38% 29%

Bolivia: 24% 19%

En este segundo factor, que mide la relación entre satisfacción con la democracia y satisfacción con la justicia, las cifras de los Estados estudiados es preocupante y la de Colombia no lo es menos. En el caso de la confianza en el poder judicial, el porcentaje más bajo lo tiene Perú con un 17% y el más alto El Salvador con 29%, con lo cual Colombia se encuentra entre los países estudiados que reporta una desconfianza media entre países que no tienen muy baja confianza por su sistema de administración de justicia.

Conclusiones parciales

1. En los países estudiados cerca de $\frac{3}{4}$ partes de la población desconfía de su justicia.
2. Colombia no es la excepción pues tan sólo 1 de cada 4 personas cree en la justicia.

Factor analizado, corrupción de los funcionarios públicos (2002):

Imagínese que todos los funcionarios públicos (en el país) fueran 100 y usted tuviera que decir cuántos de esos 100 cree que son corruptos. ¿Cuántos diría usted?

Resultados por País: F. 1

Colombia: 64%

Chile: 48%

Perú: 74%

Guatemala: 76%

El Salvador: 69%

Bolivia: 72%

En este último factor de opinión pública se mide la percepción que tienen los ciudadanos en torno a la **corrupción de los funcionarios públicos judiciales**. Los países peor calificados son Perú y Guatemala. En el primero, las personas arguyen que 74 de cada 100 jueces son corruptos, mientras en el segundo este índice es aún mayor con 76 de cada 100. **Para el caso colombiano, el resultado es de 64 de cada 100 jueces**, lo cual, en términos generales, permite concluir que la percepción que tienen los latinoamericanos de los jueces es que, en su mayoría, son corruptos; por tanto, desconfían de la Rama Judicial. Colombia no es ajena a esta lamentable percepción.

Conclusiones parciales

1. Los colombianos creemos que la gran mayoría de nuestros jueces son corruptos.

2. Facilidad de los negocios y atención a los inversionistas

Estudio de Doing Business

Según Doing Business (2013), hay tres factores que permiten ubicar a los países en nivel alto: 1) la apertura de un negocio; 2) la protección de los inversores y, 3) el cumplimiento de los contratos. En cada uno de ellos, Canadá y Estados Unidos se caracterizan por un buen servicio de la administración de justicia al gestionar un buen número de días, procedimientos, costos y requisitos mínimos en los procesos judiciales, en comparación con, por ejemplo, El Salvador y Bolivia, los cuales, muy por el contrario, presentan unos desalentadores indicadores de gestión en materia de administración de justicia.

En el Doing Business (2013), Colombia se ubica en un nivel medio - bajo y bajo. Esto, al tener en cuenta que el número de días para el cumplimiento de contratos es de 1346 o **casi cuatro años**, en comparación al de Estados Unidos (370 días), que es de aproximadamente **un año**. De igual forma, en cuanto al costo, tanto de los honorarios de los abogados como de los pagos a las cortes y tribunales de ejecución, la diferencia es abismal, como quiera que el porcentaje del costo es del 47,9%, que sería casi tres veces lo que cuesta el cumplimiento de un contrato en Estados Unidos, cuyo porcentaje es de 14.4%.

Factor analizado: cumplimiento de contratos (2013)

2.1 Tiempo (días)

- i. Notificación
- ii. Juicio ordinario
- iii. Juicio ejecutivo

2.2 Costo (% Cantidad demandada)

- i. Honorarios de los abogados
- ii. Pagos a la corte
- iii. Pagos de ejecución

2.3 Procedimientos (número)

Resultados por país: F. 2.1 / F. 2.1.i / F. 2.1.ii / F. 2.1.iii / F. 2.2 / F. 2.2.i / F. 2.2.ii / F. 2.2.iii / F. 2.3

Canadá: 570 – 30 – 390 – 150 - 22.3 - 15 - 5.3 - 2 - 36

España: 510 – 50 - 280 – 180 - 17.2 - 12.5 - 4.5 - 0 - 40

Estados Unidos: 370 – 30 – 240 – 100 - 14.4 - 10.4 - 0.5 - 3.5 - 32

Colombia: 1346 – 68 - 913 – 365 - 47.9 - 23.2 - 12.6 - 12.1 - 34

Atacando el dogma de la no conciliación de la legalidad de los actos administrativos

Chile: 463 – 30 – 270 – 180 - 28.6 – 15 – 5 - 8.6 - 36

Perú: 428 – 82 – 171 – 175 - 35.7 – 30 - 4.7 – 1 - 41

Bolivia: 591- 40 - 401 – 150 - 33.2 – 10 - 20.4 - 2.8 - 40

Conclusiones parciales

Independientemente de la cultura de ilegalidad e incumplimiento moral de la palabra de los colombianos, cuando de celebrar y cumplir los contratos se trata, lo cierto es que la justicia en Colombia es tremendamente demorada, por lo tanto, ineficiente, inoportuna e ineficaz, lo cual permite construir unas bases fértiles para que esta cultura crezca y se fortalezca diariamente sin posibilidad de visualizar un futuro venidero.

3. Visión desde adentro: desde la Rama Judicial

Con datos proporcionados por el Consejo Superior de la Judicatura y estudios especializados, se relacionan algunos de los indicadores básicos de la administración celeré, oportuna, eficiente y eficaz de la administración de justicia, que permiten establecer una información general sobre la tasa de cobertura judicial por habitantes, la tasa de egresos e ingresos por juez y su posterior evacuación. Finalmente, cabe anotar que, a la postre, el índice de congestión judicial para el 2012 se mantuvo en un preocupante 19% con una tasa de **evacuación total del 42%**.

• Informes del Consejo Superior de la Judicatura

Consejo Superior de la Judicatura: sólo aplica para Colombia y algunos de los indicadores medidos para el 2012 son:

1. Tasa de cobertura judicial por cada 100.000 habitantes.
2. Tasa anual de ingresos por juez.
3. Tasa anual de egresos por juez.
4. Índice de evacuación parcial.
5. Índice de evacuación total.
6. Congestión judicial.

Resultado: F. 1 F. 2 F. 3 F. 4 F. 5 F. 6

Colombia: 10,01 - 475 - 529 - 111% -42%- 19%

Conclusiones parciales

1. A pesar de que en los últimos años los egresos por juez superan los ingresos, lo cierto es que **la congestión judicial sigue siendo el gran resultado en el que confluyen todos los males de nuestra administración de justicia.**

2. El índice de evacuación total de los casos sigue siendo lamentable y sus resultados indican que la justicia colombiana es lenta, inoportuna, ineficiente e ineficaz.

• **Estudio regional de la “congestión de la jurisdicción administrativa”.**
Coordinador: Manuel Alberto Restrepo Medina

El estudio dirigido por el profesor Manuel Alberto Restrepo Medina estudia las causas y presenta varias propuestas para ayudar a la congestión existente en los despachos judiciales.

Al punto, y según lo que interesa a este artículo, estos son sus resultados:

“Factores de origen exógeno:

• El **tercer factor** es la “reticencia de las entidades estatales en desatender la jurisprudencia constitucional y administrativa y en desconocer el propio principio de legalidad”, en especial cuando se trata de la liquidación y los pagos de los derechos laborales de los servidores públicos y los pensionados. Este problema se ve reflejado en las acciones en trámite que “entre el 70 y 80% corresponden a nulidad y restablecimiento del derecho en materia laboral” (369).

• El quinto factor es la conciliación prejudicial que se hizo obligatoria, sin embargo, se ha mostrado que esta es un mecanismo ineficaz.

Factores de carácter endógeno:

• El **séptimo factor** es el de “la vinculación del ministerio público como sujeto procesal, cuyo papel es duramente cuestionado por jueces y magistrados” (372). Las notificaciones obligatorias de todas las providencias y traslados hacen que los procesos tarden más³⁹.

• **Estudio de Latinbarómetro**

Percepción de la honestidad de la justicia en Colombia

La percepción de la honestidad de la justicia en Colombia para el 2010 fue “poco honesta”, con un porcentaje de 60.6%, lo cual evidencia que la administración de justicia es percibida de manera regular o mala.

Confianza ciudadana en instituciones

Año: 2012

Rama Ejecutiva: 54.50

Rama Judicial - Sistema de justicia: **48.90 (por debajo de la ejecutiva)**

Rama Legislativa: 46.40

³⁹ Ver Doctrina: *Congestión en la Jurisdicción Administrativa*. Coordinador, Manuel Alberto Restrepo M. Patrocinadores: PNUD, Consejo de Estado, GIZ, CSJ y Aceid. Colombia, 2001.

Conclusión parcial

La confianza ciudadana en la Rama Judicial –Sistema de Justicia– en el año 2012 fue de 48.9%⁴⁰, se ubicó muy por debajo de la Rama Ejecutiva lo que significa que los ciudadanos confían más en los servidores públicos de la administración de gobierno que en la justicia.

Visto todo lo anterior, podemos concluir que la información de campo, la empírica, es lo suficientemente elocuente para poder romper el mito según el cual la Rama Judicial es prenda de garantía del patrimonio público y de la moralidad administrativa, así como de la conservación del imperio de la ley.

Según los distintos estudios, el desprestigio, la ineptitud y la ineficiencia e ineficacia de la Rama Judicial impiden legitimarla como garante del imperio de legalidad al permitirle que revise con posterioridad los acuerdos conciliatorios en aras a supervisar que “i) se cuente con las pruebas necesarias que lo sustenten, ii) que no sea violatorio de la ley y iii) que no resulte lesivo para el patrimonio público”⁴¹.

Conclusiones finales: los efectos prácticos de esta disquisición

Las consecuencias prácticas de esta disquisición no pueden ser más palpables. Si se permitiera la conciliación de la legalidad de los actos administrativos de naturaleza particular y concreta contaríamos con las siguientes ventajas:

1. Cumpliríamos de mejor manera los postulados constitucionales de la paz, la reconciliación, el orden social y la convivencia pacífica que con tanto ahínco, pero de manera contradictoria, enseñan nuestras altas cortes.
2. No se tendrían que hacer sofisticadas diferenciaciones entre lo que significa el principio de legalidad y lo que significan los efectos económicos y patrimoniales. Ello permitiría que con mayor honestidad, transparencia, celeridad y economía se le permitiera a la administración celebrar conciliaciones más completas y claras.
3. Permitiría hacer hincapié en los reiterados yerros en los que incurre la administración al momento de expedir sus actos en aras de garantizar su no repetición.
4. Ello permitiría también que se descongestionara la administración de justicia al aumentar significativamente el número de conciliaciones prejudiciales.
5. El hecho de acudir a la esencia de la conciliación, cual es la libertad de disposición proveniente de una buena fe y calificación de los servidores públicos, alejaría una

⁴⁰ Fuente: *Proyecto necesidades jurídicas insatisfechas CEJ (2007 - 2010)*. Bogotá, 2007.

⁴¹ Ver SU del Consejo de Estado. Radicado 2009 199 01 (41.834) del 28 de abril de 2014 C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

indebida intromisión de los organismos de control y de la Rama Judicial en las gestiones propias del gobierno y la administración pública.

6. De suerte que, permitir conciliar el principio de legalidad de los actos administrativos significa sintonizar la práctica judicial y la administrativa con los nuevos tiempos, en especial, en el caso de instituciones tan respetables como el Principio de Buena Administración que debe regir los parámetros de conducta de los servidores públicos.
7. De igual manera, permitir conciliar el principio de legalidad de los actos administrativos no solamente trae consigo unos indudables beneficios en el campo de las estadísticas, la descongestión y la gerencia de la Rama Judicial, sino que permite preservar y custodiar los derechos de los administrados, particularmente cuando se evita dejar con vida actos administrativos sancionatorios o de policía que no contengan *per se* decisiones económicas o patrimoniales pero que puedan afectar gravemente la reputación, honra y buen nombre de los destinatarios.

Referencias Bibliográficas

Doctrina

BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Colombia: Editorial Temis.

CHEVALLIER, J.J. *Los grandes textos políticos*. Madrid: Biblioteca de Ciencias Sociales, 1974.

GARCÍA RODRÍGUEZ, Franklin Segundo. *La Conciliación Administrativa. Concepto, clases y tratamiento*. Colombia: Editorial Ibáñez, 2001.

GUIZOT, Francois. *Historia de la Civilización en Europa*. Madrid Alianza Editorial, 1972.

IBÁÑEZ, Jorge Enrique. *Justicia transicional y las comisiones de la verdad*. Colombia: Biblioteca de Derechos Humanos, 2014.

MADELIN, Louis. *Los hombres de la Revolución Francesa*. Buenos Aires: Editorial Vergara, 2004.

MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. *Vivir en Policía. “Una contra lectura de los orígenes del Derecho administrativo colombiano”* U. Externado de Colombia, 2007.

PAINE, Thomas. *Derechos del Hombre*. Madrid: Editorial Alianza, 2008.

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*. U. Externado de Colombia, 2009.

VOVELLE, Michel. *Introducción a la Revolución Francesa*. Barcelona: Editorial Crítica, 2000.

SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. España: Editorial Comares. 2006.

Jurisprudencia

Sentencia del Consejo de Estado. Rad. 2009 00310 01 AC. C. P. Gerardo Arenas.

Sentencia del Consejo de Estado. Rad. 2010 00853 01 AC. C. P. Gerardo Arenas.

Sentencia C-713 del 15 de julio de 2008. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-1195 de 2001. M. P. Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia del Consejo de Estado. Radicado 2008 0090 del 24 de noviembre de 2014. C. P. Enrique Gil Botero.

Sentencia C- 713 del 15 de julio de 2008. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C- 037 de 1996 de la Corte Constitucional. M. P. Vladimiro Naranjo Meza.

SU del Consejo de Estado. Radicado 2009 199 01 (41.834) del 28 de abril de 2014 C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

Estudios e investigaciones especializadas

Conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo. Procuraduría General de la Nación. Editorial Legis, 2015.

Congestión en la Jurisdicción Administrativa. Coordinador, Manuel Alberto Restrepo Medina. Patrocinadores: PNUD, Consejo de Estado, GIZ, CSJ y Aceid. Colombia, 2001.

Diálogo Constitucional para la Paz. Memorias del IX Conversatorio de la Jurisdicción Constitucional de Colombia. 18 al 20 de septiembre de 2013. Legis.

Proyecto Necesidades Jurídicas Insatisfechas CEJ (2007 - 2010). Bogotá, 2007.

Leyes

Ley 446 de 1998.

Ley 640 de 2001.

Ley 1285 de 2009.

EL DERECHO A LA CONFRONTACIÓN EN PUERTO RICO: DE GUERRIDO LÓPEZ HASTA WILLIAMS VS. ILLINOIS*

Vivian I. Neptune Rivera**

Resumen

El derecho a la confrontación juega un rol medular en el sistema de derecho probatorio puertorriqueño. Esta garantía constitucional provee para que todo acusado pueda confrontar y refutar la prueba que sea presentada en su contra. La prueba de referencia es inadmisibile en los juicios pero existen excepciones a la regla de exclusión. En ocasiones, el derecho a la confrontación interseca con la regla de exclusión de la prueba de referencia y sus excepciones y crea, de esta manera, la necesidad de realizar un balance de intereses. El objetivo de este artículo es analizar cómo ha evolucionado el derecho a la confrontación en Puerto Rico y cómo este ha afectado la excepción a la regla de exclusión del informe público. Para esto, evaluaremos la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos y adoptada, en gran medida, por el Tribunal Supremo de Puerto Rico. De este análisis surge con claridad que, a pesar de existir la excepción a la regla de exclusión de la prueba de referencia del informe público, si el informe contiene declaraciones testimoniales será inadmisibile por violentar el derecho a la confrontación,

Recibido: marzo 10 de 2016 – Aprobado: julio 17 de 2016.

- * Este artículo es inédito. Para citar el artículo: NEPTUNE RIVERA, Vivian I. El derecho a la confrontación en Puerto Rico: de Guerrido López hasta Williams vs. Illinois. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 44, julio- diciembre. 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 197-222
- ** Decana de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. LL.M., Maestría en Derecho, Columbia University School of Law — New York, NY. Juris Doctor, Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico — San Juan, P.R. Bachillerato en Artes, Concentración en Economía, Universidad de Puerto Rico, Facultad de Ciencias Sociales — San Juan, P.R.

a menos que declare en el juicio en su fondo el funcionario que elaboró el informe. Para los países que han adoptado la oralidad en los procesos penales, y han dejado atrás el sistema inquisitorial, es importante conocer el tratamiento que se le brinda en este sistema a los informes públicos y cómo el derecho constitucional a la confrontación tiene prelación sobre las excepciones a la regla exclusión de prueba de referencia.

Palabras clave: Derecho Constitucional, Derecho Probatorio, confrontación, prueba de referencia, informes públicos.

Abstract

Confrontation right plays an essential role in Puerto Rican probative law. This constitutional guarantee provides that in all criminal cases the accused should have the right to confront the witnesses that testify against him and to contradict all the evidence presented against him. Hearsay is not admissible but there are exceptions to the rule. Occasionally, the Confrontation Clause collides with the exceptions to the rule against hearsay, forcing the courts to perform a balance of interests. The objective of this article is to analyze how the confrontation right in Puerto Rico has evolved and how it has affected the hearsay exception of public records. Consequently, we will evaluate the latest law case developed by the Supreme Court of the United States and adopted, in most part, by the Supreme Court of Puerto Rico. This analysis clearly shows that despite the existence of the hearsay exception rule of public records, if the record contains testimonial statements it is inadmissible for violating the confrontation right, unless the official who prepared the record, testifies in the trial. This interpretation is of most importance to countries that have changed from the inquisitorial system to the oral system in order to know the treatment given to public records and how the constitutional right to confrontation supersedes the hearsay exceptions.

Key words: Constitutional Law, Probative Law, confrontation, hearsay, public records.

Introducción

En Puerto Rico existe mucha discusión sobre la aplicación del derecho a la confrontación en etapas anteriores al juicio en su fondo y la relación de este derecho con las excepciones a la regla de exclusión de prueba de referencia, basada en récords e informes públicos. La prueba de referencia es la declaración que se realiza fuera del tribunal y se repite en el tribunal para probar la verdad de lo aseverado. Quien hizo la declaración original no está en el tribunal para repetirla por lo que no puede ser contrainterrogado. Surge la controversia sobre si la presencia y testimonio

de quien realiza informes públicos es indispensable para su admisión en evidencia, o si pueden admitirse los documentos solos, sin el testimonio base que invoca las excepciones de las reglas de evidencia. En este escrito analizaremos las excepciones a las reglas de exclusión de la prueba de referencia referentes a los informes públicos y el tratamiento que ha recibido por parte de tribunales locales y federales en el contexto del derecho a la confrontación.

1. Las excepciones a la regla de exclusión de prueba de referencia

En las Reglas de Evidencia de Puerto Rico existe, al igual que en las reglas federales de los Estados Unidos, una excepción a la regla de exclusión para los récords de negocio. La Regla 805(F)¹ define récord de negocio e incluye documentos gubernamentales y de organizaciones sin fines de lucro, como:

Un escrito, informe, récord, memorando o compilación de datos –en cualquier forma– relativo a actos, sucesos, condiciones, opiniones o diagnósticos que se hayan preparado en o cerca del momento en que estos surgieron, por una persona que tiene conocimiento de dichos asuntos, o mediante información transmitida por esta, si dichos récords se efectuaron en el curso de una actividad de negocios realizada con regularidad, y si la preparación de dicho escrito, informe, récord, memorando o compilación de datos se hizo en el curso regular de dicha actividad de negocio, según lo demuestre el testimonio de su custodio o de alguna otra persona testigo cualificada, o según se demuestre mediante una certificación que cumpla con las disposiciones de la Regla 902(K) o con algún estatuto que permita dicha certificación, a menos que la fuente de información, el método o las circunstancias de su preparación inspiren falta de confiabilidad. El término *negocio*, según se utiliza en este inciso, incluye, además de negocios propiamente, una actividad gubernamental y todo tipo de institución, asociación, profesión ocupación y vocación, con o sin fines de lucro².

Existe también la regla 805(G)³ sobre ausencia de entradas en los récords de negocio. Específicamente, esta regla menciona que la ausencia de entrada en un registro puede utilizarse como prueba de que algo “no ocurrió o no existió, si el asunto es del tipo que requiere que se lleven y conserven regularmente entradas” en estos récords.

¹ PUERTO RICO. Tribunal Supremo de Puerto Rico. Reglas de Evidencia de Puerto Rico Núm. 805(F) (9 de febrero de 2009), 32 LPRA Ap. VI R. 805(F) (2010).

² *Ibidem*.

³ PUERTO RICO. Tribunal Supremo de Puerto Rico. Reglas de Evidencia de Puerto Rico Núm. 805(G) (9 de febrero de 2009), 32 LPRA Ap. VI R. 805(G) (2010).

En el contexto del Gobierno, todo lo que generan funcionarios gubernamentales se entiende que son informes públicos conforme se define en la actual Regla 805(H)⁴ de Evidencia. En las Reglas de Evidencia del 1979 la definición establecía que récord e informes público sería todo documento que “[f]ue hecho en o cerca del momento del acto, dentro del ámbito del deber de un empleado público y siempre que las fuentes de información, el método y momento de preparación fueran tales que indiquen su confiabilidad”⁵.

En *Pueblo v. Mattei*⁶ se añadió un principio importante. Cuando la defensa es quien ofrece la prueba, la regla debe ser interpretada liberalmente a favor de la admisibilidad. Por el contrario, cuando es el ministerio público quien ofrece dicha prueba en contra del acusado, hay que considerar el asunto del derecho a confrontación, la admisibilidad bajo otras posibles excepciones y examinar rigurosamente si se cumplen los tres requisitos indicados.

En las Reglas de Evidencia del 2009 se adoptó la definición de informe público de las Reglas Federales de Evidencia. El texto actual de la Regla 805(H) define como récord o informe público:

Cualquier forma de récords, informes, declaraciones, o compilaciones de datos de oficinas o agencias gubernamentales que describan (1) las actividades que se realizan en dicha oficina o agencia; (2) los asuntos observados conforme al deber impuesto por ley de informar sobre dichos asuntos, excluyendo, sin embargo, en los casos criminales, cualquier asunto observado por oficiales de policía y otro personal del orden público; o (3) en casos o procedimientos civiles y en casos criminales en contra del gobierno, las determinaciones de hechos que surjan de una investigación realizada conforme a la autoridad que confiere la ley. El informe se excluirá cuando las fuentes de información u otras circunstancias inspiren falta de confiabilidad⁷.

De esta manera se adoptó el esquema restrictivo de la Regla Federal de Evidencia (FRE) 803(8)⁸, que distingue tres categorías de informes oficiales. Se excluyen como prueba contra un acusado los informes de policías y otros funcionarios del orden

⁴ PUERTO RICO. Tribunal Supremo de Puerto Rico. Reglas de Evidencia de Puerto Rico Núm. 805(H) (9 de febrero de 2009), 32 LPRA Ap. VI R. 805(H) (2010).

⁵ PUERTO RICO. Tribunal Supremo de Puerto Rico. Reglas de Evidencia de Puerto Rico Núm. 65(H) (9 de febrero de 1979), 32 LPRA Ap. IV R. 65(H) (2010).

⁶ PUERTO RICO. Tribunal Supremo de Puerto Rico. *Pueblo v. Mattei*, 121 DPR 600 (16 de junio de 1988) (Negrón García, Juez Asociado). CR-86-79.

⁷ PUERTO RICO. Tribunal Supremo de Puerto Rico. Reglas de Evidencia de Puerto Rico Núm. 805(H) (9 de febrero de 2009), 32 LPRA Ap. VI R. 805(H) (2010).

⁸ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. Reglas de Evidencia Federal Núm. 803(8) (1 de diciembre de 2013), Fed. R. Evid. 803(8).

público, aunque sean informes basados en conocimiento personal, y todo tipo de informe evaluativo o por investigación. Si es la policía la que observa o la que investiga, tiene que declarar en el juicio en su fondo el policía que hizo el informe. El informe del policía no sería admisible por sí mismo, ya que no le aplica la excepción de informe público.

2. Derecho a la confrontación

La Carta de Derechos de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico se pronuncia claramente en cuanto al derecho a la confrontación: “En todos los procesos criminales, el acusado disfrutará del derecho a un juicio rápido y público, a ser notificado de la naturaleza y causa de la acusación recibiendo copia de la misma, a carearse con los testigos de cargo, a obtener la comparecencia compulsoria de testigos a su favor, a tener asistencia de abogado, y a gozar de la presunción de inocencia”⁹.

Por su parte, la Constitución de los Estados Unidos establece que: “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defense*”¹⁰.

A continuación, revisaremos el estado de derecho actual de estas cláusulas conforme se ha interpretado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y el Tribunal Supremo de Puerto Rico.

2.1 Jurisprudencia federal

2.1.1 *Crawford v. Washington*

En *Crawford v. Washington*¹¹, Kenneth Lee fue apuñalado y por esos hechos se arrestó a David Crawford. La policía interrogó a David Crawford y a su esposa Sylvia. Ambos, en entrevistas por separado, admitieron que fueron al apartamento de Lee por un incidente previo en que este intentó violar a Sylvia. Indicaron que hubo un altercado en el cual David recibió una herida en su mano y Lee fue apuñalado. David

⁹ Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Artículo. II, Sección 11.

¹⁰ Constitución de los Estados Unidos de América. Sexta Enmienda.

¹¹ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36(8 de marzo de 2004) (Scalia, J.). No. 02-9410.

Crawford indicó que Lee tenía algo en sus manos y que pensó era un arma y por eso se defendió. Sylvia, en su declaración, no dijo haber visto algo en las manos de Lee¹².

En el juicio en su fondo David levantó legítima defensa. Sylvia no declaró, porque se amparó en el privilegio de los cónyuges. El fiscal intentó presentar la grabación de la declaración de Sylvia como prueba de que no fue defensa propia. La defensa planteó que se violaba el derecho a la confrontación. Al citar a *Ohio v. Roberts*^{13*}, el Tribunal permitió al jurado escuchar la grabación y declaró culpable a David¹⁴.

El Tribunal Supremo resolvió que las declaraciones de Sylvia eran testimoniales, por lo que constituían prueba de referencia que violaba la Cláusula de Confrontación de la Sexta Enmienda. La defensa de David no había tenido la oportunidad de contrainterrogarla al momento de las expresiones en controversia¹⁵. Se resolvió que una declaración testimonial hecha por un testigo fuera del tribunal (*out-of-court statement*), no es admisible en contra de un acusado, a menos que tal testigo no esté disponible en el juicio y el acusado haya tenido la oportunidad de contrainterrogarlo acerca de esas declaraciones, sin importar si estas son o no confiables:

The text of the Confrontation Clause (...) applies to "witnesses" against the accused--in other words, those who "bear testimony". (...) An accuser who makes a formal statement to government officer's bears testimony in a sense that a person who makes a casual remark to an acquaintance does not.

¹² *Ibidem*. pp. 38 - 39.

¹³ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980) (25 de junio de 1980) (Blackmun, J.). No. 78 - 756.

(*) Herschel Roberts fue acusado de falsificar cheques y estar en posesión de tarjetas de crédito robadas. En la vista preliminar, el abogado del acusado llamó como testigo a la hija de la víctima. Esta se negó a admitir que ella le había dado los cheques o las tarjetas al acusado. El abogado de la defensa no declaró a la testigo como hostil y tampoco pidió ponerla en contrainterrogatorio. En el juicio a su fondo, la testigo no compareció a brindar su testimonio. El Estado ofreció como evidencia la transcripción de su testimonio en la vista preliminar. El acusado fue convicto. El Tribunal Supremo de Ohio decidió a favor del acusado y estableció que la evidencia de la transcripción del testimonio de la testigo en la vista preliminar era inadmisibles debido a que violó el derecho de confrontación del acusado. El Tribunal Supremo de Estados Unidos revocó y estableció que la admisión de la transcripción era constitucionalmente permitida y no se le violó el derecho de confrontación del acusado, debido a que el testimonio de la testigo en la vista preliminar era suficientemente confiable; ya que el abogado de la defensa tuvo la oportunidad de cuestionar a la testigo. El mero hecho de tener la oportunidad de contrainterrogar satisface la cláusula de confrontación.

¹⁴ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 40-41 (8 de marzo de 2004) (Scalia, J.). No. 02-9410.

¹⁵ *Ibidem*. p. 68

*The...constitutional text, like the history underlying the common-law right of confrontation, thus reflects an especially acute concern with a specific type of out-of-court statement*¹⁶.

No se prohíbe la admisión de aquellas declaraciones hechas fuera del tribunal (*out-of-court statements*) si la intención no es probar la verdad de lo aseverado. Tampoco se prohíbe la admisión de una declaración anterior de un declarante, si el mismo se encuentra disponible para ser conainterrogado durante la vista. Sin embargo, *Crawford* no define qué son declaraciones testimoniales, aunque se brindan algunos ejemplos. Entre estos figuran:

- Declaraciones en un testimonio ex-parte vertido durante un juicio.
- Affidávits.
- Interrogatorios bajo custodia.
- Testimonios anteriores, en los cuales el acusado no haya tenido la oportunidad de conainterrogar.
- Declaraciones vertidas antes del juicio en circunstancias que el declarante razonablemente pudiera esperar que fueran usadas por fiscalía.
- Depositiones.
- Testimonios anteriores y declaraciones hechas en circunstancias que razonablemente pudieran llevar a un testigo objetivo a creer que tal declaración pudiera utilizarse en un juicio posterior¹⁷.

Cabe destacar que en la nota al calce 6 de *Crawford* se deja sin contestar la interrogante de si las declaraciones hechas en peligro de muerte contravienen la cláusula de confrontación¹⁸.

2.1.2 *Davis v. Washington*¹⁹

El Tribunal Supremo Federal se enfrentó a la admisibilidad de las declaraciones de una testigo no disponible, hechas mediante una llamada al sistema de emergencias 911²⁰. Este foro resolvió que una declaración no es testimonial cuando, aun hecha en el curso de un interrogatorio de la policía, se hace bajo circunstancias

¹⁶ *Ibidem*. p. 51.

¹⁷ *Ibidem*. pp. 51 - 52.

¹⁸ *Ibidem*. p. 56, nota 6. (“*The one deviation we have found involves dying declarations. The existence of that exception as a general rule of criminal hearsay law cannot be disputed*”).

¹⁹ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Davis v. Washington*, 547 U.S. 813 (19 de junio de 2016) (Scalia, J.). Nos. 05-5224, 05-5705.

²⁰ *Ibidem*. pp. 817 - 19.

que objetivamente indican que el propósito principal era recibir ayuda en medio de una emergencia²¹.

El tribunal explicó que las declaraciones hechas durante una llamada al sistema de emergencia 911 son testimoniales y por lo tanto estarían sujetas a las delimitaciones de *Crawford v. Washington*²² si estas declaraciones se ofrecen cuando ya no existe el riesgo potencial creado por la emergencia. Además, el objetivo principal de la declaración es establecer o probar eventos que ya pasaron y que son potencialmente relevantes para una posterior presentación de cargos por el ministerio público²³.

2.1.3 *Meléndez Díaz v. Massachussetts*²⁴

Meléndez Díaz es un caso relacionado a la distribución y tráfico de cocaína. La controversia intentaba dilucidar si los certificados de análisis juramentados por sus analistas en el laboratorio estatal eran o no *affidávits* y si a estos le aplicaban los requisitos de la Sexta Enmienda y el derecho a confrontación de los acusados²⁵.

El Supremo Federal determinó que los certificados constituían declaraciones juradas y que estaban cobijadas por el derecho a la confrontación del acusado²⁶. Aunque los analistas no hubiesen sido "*accusatory witnesses*" (testigos de cargo), el derecho a confrontación de los acusados se ejerce frente a cualquier testigo utilizado en su contra en un juicio²⁷. En este caso, los certificados de análisis, aunque fuesen récords de negocios oficiales, no estaban exentos de la Cláusula de Confrontación²⁸, aun bajo el argumento del ministerio público de que fueron hechos por testigos neutrales²⁹.

A partir de este caso, la evidencia documental testimonial siempre tendrá que ponerse a la disposición del acusado y de su defensa para contrainterrogar a quienes prepararon los documentos presentados. Aunque el documento trate sobre evidencia documental científica, este no está exento de cumplir con las exigencias de

²¹ *Ibidem.* p. 822.

²² ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (8 de marzo de 2004) (Scalia, J.). No. 02-9410.

²³ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Davis v. Washington*, 547 U.S. 813, 822 (19 de junio de 2016) (Scalia, J.). Nos. 05-5224, 05-5705.

²⁴ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Meléndez-Díaz v. Massachussetts*, 557 U.S. 305 (25 de junio de 2009) (Scalia, J.). No. 07-591.

²⁵ *Ibidem.* p. 307.

²⁶ *Ibidem.* p. 311.

²⁷ *Ibidem.* p. 313.

²⁸ *Ibidem.* p. 321.

²⁹ *Ibidem.* pp. 317 - 18.

la Cláusula de Confrontación³⁰. Este principio aplica aunque la evidencia presentada haya sido preparada por testigos no acusatorios (o neutrales)³¹.

La opinión concluye que el informe forense preparado para usarse por fiscalía está sujeto a las exigencias de la Sexta Enmienda Federal, Cláusula de Confrontación. El juez Scalia escribió la opinión a la que se unieron Stevens, Souter, Thomas y Ginsburg. En la misma establecieron que los certificados de análisis juramentados contenían declaraciones testimoniales. Por lo tanto, dado que en el Meléndez-Díaz no se tuvo la oportunidad de contrainterrogar a quienes elaboraron el informe, el mismo era inadmisibile³².

Sin embargo, el juez asociado Thomas se unió a la opinión mayoritaria, debido a que los documentos en cuestión eran affidávits, y, como corolario, caían bajo la categoría principal de declaraciones testimoniales³³. Así lo hizo constar el propio juez en su opinión concurrente al expresar que continúa adherido a su contención de que la Cláusula de Confrontación es de aplicación a declaraciones extrajudiciales, sólo en la medida en que dichas declaraciones consten en materiales formales testimoniales (*formalized testimonial materials*), como affidávits, deposiciones, testimonio previo o confesiones³⁴.

2.1.4 *Michigan v. Bryant*³⁵

En hechos ocurridos el 29 de abril de 2001, la policía de Detroit, Michigan, recibió una llamada que indicaba que un hombre había sido herido de bala aproximadamente a las 3:00 am. Al llegar a la escena encontraron a Anthony Covington en el suelo con un disparo en el abdomen y dificultad para hablar. El policía le preguntó qué le había pasado, quién le había disparado y dónde le habían disparado. Covington respondió que “Rick” le había disparado. Posteriormente, Covington falleció. En el juicio contra Bryant, el tribunal de instancia admitió las declaraciones que Covington hizo a los agentes de la policía, lo que contribuyó a que Bryant fuese encontrado culpable de asesinato en segundo grado. El Tribunal Supremo de Michigan revocó la sentencia según lo establecido por el Tribunal Supremo Federal en *Crawford v. Michigan*³⁶. El

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibidem.* pp. 310 - 11.

³³ *Ibidem.* p. 330.

³⁴ *Ibidem.* p. 329.

³⁵ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Michigan v. Bryant*, 562 U.S. 344 (28 de febrero de 2011) (Sotomayor, J.). No. 09-150.

³⁶ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 40-41 (8 de marzo de 2004) (Scalia, J.). No. 02-9410.

máximo foro estatal concluyó que las declaraciones de Covington presentadas en el juicio eran testimoniales y por lo tanto inadmisibles³⁷.

Posteriormente, en una opinión emitida por la jueza Sonia Sotomayor, el Tribunal Supremo Federal resolvió que las declaraciones de una persona moribunda sobre quien lo atacó no son testimoniales porque había una “*ongoing emergency*” (una emergencia en progreso)³⁸. El Estado argumentó que las declaraciones de Covington eran expresiones espontáneas por excitación y no una declaración de una persona en inminente peligro de muerte. Por su parte, la defensa reiteró que las expresiones de Covington eran testimoniales y por lo tanto eran inadmisibles. Sin embargo, el Tribunal concluyó que la descripción provista por Covington del atacante y del lugar del ataque no eran declaraciones testimoniales, porque su objetivo principal era recibir ayuda durante una emergencia en desarrollo³⁹. Según el más alto foro federal, lo determinante para concluir si las declaraciones se obtuvieron en violación a la cláusula de confrontación es si el objetivo primario era recibir ayuda⁴⁰.

El Supremo federal opinó que, de acuerdo con la descripción de su condición física, no se podría concluir que el propósito primordial de las declaraciones de Covington eran para probar o establecer actos ocurridos en el pasado que pudieran ser relevantes a una radicación criminal⁴¹. La identificación y descripción de quien disparó, así como la localización del lugar donde ocurrieron los tiros, no eran testimoniales ya que su propósito primordial era asistir a la policía en la atención de una emergencia en curso, mas no servir como base para una investigación criminal⁴².

Según el juez asociado Scalia, la historia relatada por la mayoría, en la que cinco oficiales examinaron sucesivamente a un hombre en su lecho de muerte –con el propósito primordial, no de obtener y preservar su testimonio en cuanto a su asesino, sino de protegerlo, protegerse ellos y a otros de un asesino que se encontraba suelto–, es tan falsa que meramente creerla insulta a la Corte Suprema de Estados Unidos como institución⁴³. En su opinión disidente, el juez asociado Scalia hizo hincapié en que a la hora de determinar si una declaración en peligro de muerte es testimonial: i) la intención del declarante al ofrecer la declaración es determinante mas no la intención del interrogador y ii) la confiabilidad de dicha declaración es irrelevante.

³⁷ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Michigan v. Bryant*, 562 U.S. 344, 348-52 (28 de febrero de 2011) (Sotomayor, J.). No. 09-150.

³⁸ *Ibidem*. pp. 348 - 49

³⁹ *Ibidem*. pp. 376 - 78.

⁴⁰ *Ibidem*. pp. 374 - 75 (citando a *Davis v. Washington*, 547 U.S. 813, 2006).

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*. p. 378.

⁴³ *Ibidem*. p. 379.

Para el juez asociado Scalia, el caso era uno “absurdamente fácil” si se miraba el propósito del declarante⁴⁴. En cuanto a este particular, la opinión disidente resaltó que habían transcurrido veinticinco minutos desde que Covington había sido herido hasta el momento en el que la policía de Detroit respondió a la llamada del 911⁴⁵. Según el juez asociado Scalia, las declaraciones de Covington no tenían ningún propósito adicional al de asegurar el arresto y eventualmente acusar a Richard Bryant⁴⁶. Ello debido a que Covington sabía que la situación amenazante ya había culminado veinticinco minutos antes y seis bloques atrás cuando logró huir de la casa de Bryant⁴⁷.

Para sostener su contención, Scalia distinguió la situación en la que se encontraba Covington de aquella en la que se encontró Michelle McCottry en *Crawford*. Al momento de emitir las declaraciones, Covington, a diferencia de McCottry: i) sabía que ya no corría peligro; ii) tenía protección de la policía; y, iii) llevaba tiempo distanciado de su agresor⁴⁸. Por el contrario, las declaraciones de McCottry surgieron como parte de una llamada a la operadora del 911 con el solo propósito de pedir ayuda contra una amenaza física *bona fide*, a la vez que la víctima describía los sucesos tal y como estaban sucediendo⁴⁹.

El juez asociado Scalia entendió que la mayoría creó una excepción expansiva en la aplicación de la Cláusula de Confrontación; la jueza asociada Ginsburg dijo estar de acuerdo con Scalia⁵⁰. Según la opinión disidente, el concepto de emergencia que aparenta haber adoptado la mayoría es peligroso ya que para esta la emergencia pudo haberse extendido al menos por dos horas y media –hasta las 5:30 am– debido a que Bryant no se encontraba en su casa a esa hora cuando los policías fueron a buscarlo⁵¹. Para la mayoría, el hecho de que la policía desconocía el paradero y los motivos de Bryant, quien estaba armado y ya había herido a alguien, justificaba pensar que había una emergencia en progreso⁵².

En cuanto a la confiabilidad de la declaración, el juez asociado Scalia indicó que la mayoría, erróneamente, descansó en un estándar que fue rechazado en *Crawford*, a saber: que una declaración hecha fuera de un tribunal es admisible si cae bajo una

⁴⁴ *Ibidem*. p. 384.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*. p. 385.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*. pp. 388, 395 – 96.

⁵¹ *Ibidem*. p. 388.

⁵² *Ibidem*.

de las excepciones a la prueba de referencia o si tiene indicios de confiabilidad⁵³. Este enfatizó que la confiabilidad “no dice nada” en cuanto a si una declaración es o no es testimonial⁵⁴. En síntesis, Scalia sostuvo que, independientemente de las garantías de confiabilidad, la declaración en peligro de muerte, que es hecha con propósitos de utilizarse en un procedimiento criminal, es testimonial y, como corolario, su admisión contraviene la Cláusula de Confrontación⁵⁵. Igualmente, el juez asociado Scalia sostuvo que el análisis propuesto por la mayoría –en virtud del cual la admisión de la declaración en peligro de muerte queda supeditada a la evaluación del contexto específico en el cual se ofrecieron las declaraciones– es uno subjetivo y no se diferencia de aquel rechazado en *Crawford*⁵⁶.

2.1.5 *Bullcoming v. México*⁵⁷

En esta opinión de la jueza Ginsburg⁵⁸ se atiende una controversia relacionada a una intervención realizada a Donald Bullcoming por presuntamente conducir bajo los efectos de bebidas embriagantes. La prueba contra Bullcoming descansaba en el informe forense de laboratorio sobre el porcentaje de alcohol en la sangre. En el juicio en su fondo, el cual se llevó a cabo después de haberse resuelto *Crawford*⁵⁹, pero antes de la opinión de *Meléndez*⁶⁰, la fiscalía no sentó a declarar al técnico que firmó la certificación. En su lugar, llamaron a testificar a otro técnico que estaba familiarizado con el proceso utilizado en el laboratorio, pero que no fue quien realizó el análisis ni observó cuándo se hizo el mismo⁶¹.

La opinión, aprobada con una votación 5 - 4, resuelve que el testimonio subrogado no cumple con el requisito constitucional de la Sexta Enmienda y que el derecho del acusado es a confrontar al científico que analizó su muestra y emitió la certificación. Esto sólo puede obviarse si ese científico no estuviera disponible y, previo al juicio, la defensa del acusado haya tenido oportunidad de contrainterrogarlo⁶².

⁵³ *Ibidem*. p. 391.

⁵⁴ *Ibidem*. p. 392.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*. pp. 392 - 95.

⁵⁷ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Bullcoming v. New Mexico*, 131 S. Ct. 2705 (23 de junio de 2011) (Ginsburg, J.). No. 09-10876.

⁵⁸ La Jueza Ginsburg fue la autora de la opinión, excepto por la parte IV y la nota al calce 6.

⁵⁹ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 40-41 (8 de marzo de 2004) (Scalia, J.). No. 02-9410.

⁶⁰ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Meléndez-Díaz v. Massachusetts*, 557 U.S. 305 (25 de junio de 2009) (Scalia, J.). No. 07-591.

⁶¹ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Bullcoming v. New Mexico*, 131 S.Ct. 2705, 2711-12 (23 de junio de 2011) (Ginsburg, J.). No. 09 - 10876.

⁶² *Ibidem*. p. 2710.

2.1.6 *Williams v. Illinois*⁶³

Un acusado de violación escogió someterse a juicio por Tribunal de Derecho. Como parte de la prueba se presentó prueba de ADN de unas muestras de semen. En su declaración, la perito forense consignó como su opinión pericial que la configuración del ADN del acusado, que aparecía en la base de datos de ADN del laboratorio del Estado, correspondía con las muestras del ADN del acusado que fueron analizadas por el laboratorio privado, como resultado de las muestras obtenidas del “*rape kit*” de la víctima (*match*). El informe del laboratorio privado no fue admitido en evidencia. En el contrainterrogatorio, la perito forense confirmó que ella no realizó ni observó los exámenes hechos a las muestras y presentados como evidencia contra el acusado. Explicó además que su testimonio estaba basado en el perfil de ADN producido por el laboratorio privado. La perito testificó que la comparación de diferentes perfiles de ADN es una costumbre aceptada por la comunidad científica. Es decir, que era práctica común que un experto de ADN confiara en los registros de otro experto de ADN. La defensa solicitó la exclusión del testimonio de la perito y alegó violación a la cláusula de confrontación, porque la perito no podía declarar sobre el procedimiento utilizado en el laboratorio privado. La defensa también argumentó que no había evidencia presentada en este caso relacionada con el trabajo realizado por el laboratorio privado para justificar que algún testimonio entrara con relación al análisis hecho⁶⁴.

El Tribunal de Instancia declaró no ha lugar la objeción y admitió el testimonio. El Tribunal de Apelaciones confirmó y concluyó que el testimonio de la perito no violó el derecho de confrontación del peticionario porque el informe del laboratorio privado no se ofreció como prueba sobre la verdad del asunto afirmado⁶⁵. El Tribunal Supremo de Illinois también confirmó su opinión de que el informe del laboratorio privado no se podía usar como evidencia substantiva bajo las leyes del Estado⁶⁶.

El Tribunal Supremo Federal confirmó al Tribunal Supremo estatal, en una opinión por pluralidad de votos, de la autoría del juez Alito con la concurrencia de los jueces Roberts, Kennedy y Breyer. Por su parte, el juez Alito concluyó que el testimonio pericial puede estar basado en prueba disponible antes o durante el juicio⁶⁷. Añadió que se permite la presentación de evidencia base (*basis evidence*), la cual se consideraría como evidencia inadmisibles si se fuera a utilizar para establecer la verdad de lo aseverado. En este caso, la perito utilizó la evidencia producida por

⁶³ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Williams v. Illinois*, 132 S.Ct. 2221 (18 de junio de 2012) (Alito, J.). No. 10-8505.

⁶⁴ *Ibidem*. pp. 2229 - 2232.

⁶⁵ *Ibidem*. p. 2231.

⁶⁶ *Ibidem*. pp. 2231 - 2231.

⁶⁷ *Ibidem*. p. 2234.

el laboratorio privado para emitir su opinión y no para establecer la verdad de lo aseverado⁶⁸.

El juez Thomas emitió una opinión concurrente en la que concluyó que el análisis del laboratorio privado carecía de la formalidad y solemnidad necesaria para ser considerado como testimonial para propósitos de la cláusula de confrontación⁶⁹. Acertadamente, el juez Thomas estableció que, como cuestión de umbral, había que determinar si la declaración del laboratorio era prueba de referencia debido a que la cláusula de confrontación no prohibía declaraciones testimoniales cuyo propósito no era establecer la verdad de lo aseverado⁷⁰. Para el juez Thomas, la introducción de las declaraciones relacionadas con el laboratorio no tenía ninguna razón distinta a la de probar la verdad de lo aseverado y, por tanto, su admisibilidad estaba condicionada a que no contuviera declaraciones testimoniales⁷¹. Es aquí donde reside, precisamente, la importancia de la opinión concurrente del juez Thomas, a saber: reitera los factores que, para este, son determinantes a la hora de evaluar si una declaración es o no testimonial para efectos de la cláusula de confrontación.

Para el juez Thomas, lo que caracteriza una declaración testimonial es su indicio de solemnidad⁷². Por lo tanto, para este, la cláusula de confrontación aplica a declaraciones contenidas en materiales testimoniales formales como deposiciones, affidávits, y testimonio previo o declaraciones que surgen de un “diálogo formal”, como lo sería un interrogatorio bajo custodia⁷³. Para Thomas, la declaración en cuestión en *Williams* carecía de las solemnidades de una deposición o affidavit debido a que no fue tomada bajo juramento y tampoco contenía una certificación de la declaración; por lo tanto, no era testimonial⁷⁴.

Para sostener su posición, el juez Thomas distingue la declaración de *Williams* de aquellas que fueron consideradas testimoniales en *Meléndez-Díaz* y en *Bullcoming*. Por un lado, Thomas enfatiza que los reportes de laboratorio que arrojaron positivo a cocaína en *Meléndez-Díaz* estaban “juramentados ante notario público por los analistas”⁷⁵. Por otro lado, en cuanto a *Bullcoming*, el juez asociado resalta que, aunque no estaba juramentado, el reporte contenía un “certificado del analista” firmado por el analista forense que realizó la prueba de sangre. En dicha certifi-

⁶⁸ *Ibidem*. pp. 2239 - 2240.

⁶⁹ *Ibidem*. p. 2255.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*. p. 2260.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

cación, el analista hizo constar que: i) la muestra, la cual estaba sellada al llegar al laboratorio, fue abierta por primera vez allí; ii) las declaraciones del analista en el reporte son correctas; y, iii) que este había seguido los procedimientos indicados detrás del reporte⁷⁶. En síntesis, para el juez Thomas, el reporte del laboratorio de *Williams* no era solemne por no haber sido suscrito bajo juramento ni contener certificación alguna que le diera formalidad.

Al final de su opinión concurrente, Thomas recalca lo que ya había dicho en *Bryant* y arroja luz sobre lo que para él sería el estándar adecuado. Thomas dice estar de acuerdo con el análisis del propósito principal de la mayoría, en virtud del cual una declaración será considerada testimonial para efectos de la cláusula de confrontación si la intención o propósito primordial del declarante es establecer algún hecho bajo el entendimiento de que su declaración puede ser utilizada en un proceso criminal. No obstante, ello no es suficiente para Thomas, quien entiende que el análisis del propósito primordial del declarante debe ser complementado con el requisito de solemnidad. Para Thomas, resulta altamente improbable que una declaración que ostenta formalidad y solemnidad haya sido hecha con el fin de atender una emergencia en progreso y, como corolario, que sea testimonial.

2.1.7 *Ohio v. Clark*⁷⁷

El último pronunciamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos en cuanto a la cláusula de confrontación se hizo en *Ohio v. Clark*.

Clark, conocido también como “Dee”, vivía con su novia, quien tenía dos hijos, uno de 3 años y el otro de 18 meses de edad⁷⁸. En ocasiones, Clark enviaba a su novia a que se prostituyera a Washington, D.C. por varios días y él se quedaba cuidando a los menores⁷⁹. Durante uno de estos viajes, una maestra observó que uno de los niños tenía un ojo negro y unas marcas rojas en el cuerpo; a preguntas de esta, el menor indicó que “Dee, Dee” le había propinado los golpes⁸⁰.

Eventualmente, Clark fue acusado de agresión agravada, maltrato de menores y violencia doméstica en la Corte Estatal de Ohio⁸¹. En el juicio en su contra, se admitieron las declaraciones de los menores que apuntaban a Clark como el agresor.

⁷⁶ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Williams v. Illinois*, 132 S.Ct. 2221, 2259 (18 de junio de 2012) (Alito, J.). No. 10-8505.

⁷⁷ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Ohio v. Clark*, 135 S.Ct. 2173 (18 de junio de 2015) (Alito, J.). No. 13-1352.

⁷⁸ *Ibidem.* p. 2177.

⁷⁹ *Ibidem.*

⁸⁰ *Ibidem.* p. 2178.

⁸¹ *Ibidem.*

Los menores no testificaron pues, bajo las Reglas de Evidencia de Ohio, estos eran incompetentes para declarar; sin embargo, las declaraciones fueron admitidas ya que las mismas reglas de evidencia permitían la admisión de prueba de referencia ofrecida por menores víctimas de abuso, siempre y cuando fuera confiable⁸². Para el tribunal, las declaraciones de los menores gozaban de suficiente confiabilidad por lo que fueron admitidas en evidencia⁸³.

Clark solicitó que se excluyeran las declaraciones de los menores, amparado en la cláusula de confrontación; sin embargo, el tribunal de instancia denegó la petición por entender que dichas declaraciones no eran testimoniales⁸⁴. El jurado lo encontró culpable. Clark apeló y la Corte de Apelaciones de Ohio revocó la convicción. La Corte Suprema de Ohio confirmó⁸⁵. No obstante, el caso llegó al Tribunal Supremo de Estados Unidos y fue revocado por la opinión mayoritaria del juez asociado Alito, a la cual se unieron los jueces asociados Roberts, Kennedy, Breyer, Sotomayor y Kagan. La controversia del caso giraba en torno a si la Cláusula de Confrontación de la Sexta Enmienda prohibía a los fiscales introducir las declaraciones de los niños cuando estos no estuvieron disponibles para ser contrainterrogados⁸⁶.

Según la mayoría, las declaraciones de los menores no eran testimoniales debido a que surgieron durante una emergencia en progreso⁸⁷. Para estos, en el momento en que las maestras descubrieron los golpes, estas tenían que averiguar quién había sido el agresor para asegurarse de que los niños estarían seguros, al final del día, cuando su custodio los viniera a recoger⁸⁸. La mayoría comparó esta “emergencia en progreso” con la que ocurrió en *Bryant*, los motivos que dieron peso a esto son que: i) la emergencia estaba en progreso; ii) las circunstancias aún no estaban claras; iii) las maestras no estaban seguras de quién era el agresor ni cómo asegurar el bienestar de los menores; y, iv) las maestras no sabían si otros niños corrían peligro⁸⁹. Por estas razones, la mayoría concluyó que las preguntas de las maestras y las declaraciones del menor iban dirigidas primordialmente a identificar y terminar la amenaza⁹⁰.

Antes de llegar a la conclusión, la Corte Suprema hizo una serie de salvedades. En cuanto a si las declaraciones hechas a personas que no son oficiales del orden

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*. p. 2177.

⁸⁷ *Ibidem*. p. 2181.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*.

público –como las maestras en este caso– están sujetas a la cláusula de confrontación, la mayoría rechazó establecer una norma categórica por entender que en algunos casos podrían estarlo⁹¹. Sin embargo, la mayoría opinó que el hecho de que las declaraciones no fueron hechas a un agente del orden público resulta altamente relevante y, **más aún, indicó que estas declaraciones tienen mucho menos probabilidad de ser testimoniales por ser hechas a personas cuyo deber no es descubrir y procesar conducta criminal**⁹². Igualmente, al despachar el argumento del acusado, la mayoría aclaró que será irrelevante el hecho de que el maestro tenga un deber estatutario de reportar los incidentes de violencia⁹³. Específicamente, tal deber estatutario, por sí solo, no convertirá la conversación entre un maestro y su estudiante en una expedición dirigida a obtener evidencia para procesar criminalmente al presunto agresor⁹⁴.

2.2 Jurisprudencia de Puerto Rico

2.2.1 *Pueblo v. Guerrido López*⁹⁵

Guerrido López fue acusado de violación a la Ley de Sustancias Controladas por posesión de marihuana y cocaína. El agente que incautó la droga y realizó las pruebas de campo también testificó en el juicio en su fondo. El ministerio público intentó presentar en evidencia el informe preparado por la químico que analizó la sustancia. Debido a que estaba de vacaciones, esta perito estaba ausente y no disponible, por lo que declararía otro químico del Instituto de Ciencias Forenses (ICF)⁹⁶.

En su directo, el ministerio público no explicó la razón para la no disponibilidad de la químico que realizó el análisis. La defensa solicitó que se eliminara el informe, por ser prueba de referencia inadmisibles. Argumentó que, al ser este presentado como prueba sustantiva, su admisión sin tener disponible a quien efectuó el análisis violentaba el derecho a confrontación del acusado. El Tribunal favoreció a la defensa y concluyó que no era admisible el informe químico ya que la perito que declaró en el juicio no fue la que hizo el informe⁹⁷.

⁹¹ *Ibidem.* p. 2181.

⁹² *Ibidem.* pp. 2181 - 82.

⁹³ *Ibidem.* pp. 2182 - 83.

⁹⁴ *Ibidem.* p. 2183.

⁹⁵ PUERTO RICO. Tribunal Supremo de Puerto Rico. *Pueblo v. Guerrido López*, 179 DPR 950 (23 de septiembre de 2010) (Kolthoff Caraballo, Juez Asociado) CC-2007-776.

⁹⁶ *Ibidem.* pp. 954 - 955.

⁹⁷ *Ibidem.* pp. 955 - 956.

La controversia giraba en torno a si, bajo las Reglas de Evidencia del 1979, se debía determinar que el informe era admisible por ser informe público, ya que la Regla 65h no requería la disponibilidad del perito que preparó el informe. El Tribunal de Apelaciones confirmó al Tribunal de Primera Instancia al determinar que el ministerio público no explicó adecuadamente las razones para la no disponibilidad de la perito químico que realizó el análisis⁹⁸.

La opinión comienza con un resumen del Derecho a la Confrontación en Puerto Rico y señala que este emana del artículo II, sección 11 de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico y de la 6ª enmienda de la Constitución Federal⁹⁹. El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha resuelto que el derecho de confrontación es uno renunciante que incluye el derecho de todo acusado “a obtener la comparecencia compulsoria de testigos a su favor”¹⁰⁰.

Continúa explicando que la regla 65H del 1979 confería unas garantías de confiabilidad al redactor de un informe público, las cuales hacían el informe admisible en evidencia, independientemente de que ese redactor estuviera o no disponible para declarar¹⁰¹. Esta regla provenía de la sección 1280 del Código de California, la cual dejó atrás la regla federal 803(8) para adoptar una más liberal. Según la misma, el informe se admitía si “fue hecho en o cerca del momento del acto, condición o evento, por y dentro del ámbito del deber de un empleado público, siempre que las fuentes de información, el método y el momento de preparación fueran tales que indican su confiabilidad”¹⁰².

Sin embargo, el Comité Asesor Permanente de las Reglas de Evidencia, en el 2009, adoptó la regla federal 803(8)¹⁰³ para incorporar lo resuelto en *Crawford v. Washington*¹⁰⁴. Esta regla de exclusión a la prueba de referencia permite la admisión de cierta evidencia, independientemente de la disponibilidad del testigo que origina la evidencia para declarar y ser contrainterrogado. Específicamente, la sección (8) trata sobre récords públicos y permite su admisibilidad si el documento presentado describe:

⁹⁸ *Ibidem*. p. 956.

⁹⁹ *Ibidem*. pp. 957 - 958.

¹⁰⁰ PUERTO RICO. Tribunal Supremo de Puerto Rico. Pueblo v Acosta Escobar, 101 DPR 886 (18 de enero de 1974) (Irizarry Yunque, Juez Asociado) CR-73-29.

¹⁰¹ PUERTO RICO. Tribunal Supremo de Puerto Rico. Reglas de Evidencia de Puerto Rico Núm. 65(H) (9 de febrero de 1979).

¹⁰² PUERTO RICO. Tribunal Supremo de Puerto Rico. Pueblo v. Mattei, 121 DPR 600 (16 de junio de 1988) (Negrón García, Juez Asociado). CR-86-79.

¹⁰³ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. Reglas de Evidencia Federal Núm. 803(8) (1 de diciembre de 2013).

¹⁰⁴ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 40-41 (8 de marzo de 2004) (Scalia, J.). No. 02-9410.

- i. Actividades que se realizan en dicha oficina o agencia;
- ii. Asuntos observados conforme al deber impuesto por ley de informar, excluidos en casos criminales cualquier asunto observado por oficiales de ley y orden; o
- iii. En casos civiles o en casos criminales en contra del gobierno, las determinaciones de hecho que surjan de una investigación realizada conforme a la autoridad que confiere la ley¹⁰⁵.

El Tribunal Supremo de Puerto Rico resuelve que, aunque este caso fue presentado antes que el de *Meléndez Díaz*¹⁰⁶, aplica lo establecido en este último por el Tribunal Supremo Federal¹⁰⁷. Concluye que los informes del ICF son testimoniales, que el ministerio público no justificó la no disponibilidad de la testigo y que el acusado nunca pudo interrogar a esta¹⁰⁸. Por lo tanto, nuestro más alto foro expresa que un informe químico no es admisible como prueba sustantiva contra un acusado, cuando quien preparó el informe no comparece al juicio y cuando el acusado no tuvo oportunidad de contrainterrogar al testigo¹⁰⁹.

Vemos entonces que, a partir de *Crawford v. Washington*¹¹⁰, la Cláusula de Confrontación Federal sólo se activa en relación a declaraciones testimoniales. El concepto de “testigos” de la Cláusula de Confrontación de la Sexta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos es similar al de nuestra cláusula de confrontación¹¹¹.

2.2.2 Pueblo v. Santos Santos¹¹²

La controversia en este caso planteaba si, para satisfacer las exigencias impuestas por la cláusula de confrontación, es suficiente que el acusado tenga oportunidad de contrainterrogar en corte a un perito que testifica en sustitución del químico que

¹⁰⁵ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. Reglas de Evidencia Federal Núm. 803(8) (1 de diciembre de 2013).

¹⁰⁶ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Meléndez-Díaz v. Massachusetts*, 557 U.S. 305 (25 de junio de 2009) (Scalia, J.). No. 07-591.

¹⁰⁷ PUERTO RICO. Tribunal Supremo de Puerto Rico. *Pueblo v. Guerrero López*, 179 DPR 950, 979 (23 de septiembre de 2010) (Kolthoff Caraballo, Juez Asociado) CC-2007-776.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 40-41 (8 de marzo de 2004) (Scalia, J.). No. 02-9410.

¹¹¹ PUERTO RICO. Tribunal Supremo de Puerto Rico. *Pueblo v. Guerrero López*, 179 DPR 950, 967 (23 de septiembre de 2010) (Rodríguez Rodríguez, Juez Asociado) CC-2007-776.

¹¹² PUERTO RICO. Tribunal Supremo de Puerto Rico. *Pueblo v. Santos Santos*, 185 DPR 709 (31 de mayo de 2012) (Kolthoff Caraballo, Juez Asociado) CC-2011-0098.

preparó el informe de análisis que se admite como evidencia en su contra. De esto no ser suficiente, el tribunal tenía que resolver si tal violación al derecho a confrontación representa un error estructural, que acarrea la revocación automática de la sentencia condenatoria emitida, o si meramente constituye un error sujeto a la doctrina de error constitucional no perjudicial¹¹³.

El Tribunal determinó que al acusado se le violó su derecho a confrontación, al no presentar como testigo al señor Soto, analista que preparó el informe presentado como evidencia¹¹⁴. Explicó que, cuando el análisis químico se realiza como parte de un procedimiento criminal con el propósito de utilizarse como prueba en contra del acusado, como sucedió en este caso, se trata de una declaración testimonial que está sujeta a las exigencias de la cláusula de confrontación, conforme a *Crawford*¹¹⁵. En este caso, el Certificado de Análisis Químico Forense admitido en evidencia, el cual concluía que la sustancia evaluada era cocaína y heroína, constituyó una declaración testimonial que requería que el declarante compareciera a juicio para ser contrainterrogado¹¹⁶.

3. El derecho a la confrontación en vista preliminar

En el estado de derecho puertorriqueño actual, no hay derecho a la confrontación en etapas anteriores al juicio. Específicamente, en cuanto a los informes periciales forenses, en la vista preliminar, en la cual se determina si hay causa para acusar por delito grave, la Regla 23 de Procedimiento Criminal dispone en lo pertinente que:

Al hacer la determinación de causa probable [para acusar], el tribunal tomará en cuenta la admisibilidad en el juicio de la evidencia presentada por el ministerio público sobre los elementos del delito y la conexión de la persona imputada con el delito. En ningún caso será obligatoria la presentación de informes periciales forenses. Si, a pesar de lo anterior, fueran a presentarse los referidos informes de peritos forenses, no será requerido el testimonio de los peritos forenses durante la vista, sin perjuicio de que el imputado pueda confrontarlos en el juicio, de determinarse causa probable para acusar¹¹⁷.

Esto puede ser así por varias razones. En primer lugar, el *quantum* de prueba en vista preliminar es mucho más laxo que el del juicio; en otras palabras, para satisfacer

¹¹³ *Ibidem*. pp. 714 - 15.

¹¹⁴ *Ibidem*. pp. 729 - 730.

¹¹⁵ *Ibidem*. p. 731.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ PUERTO RICO. Tribunal Supremo de Puerto Rico. Reglas de Procedimiento Criminal de Puerto Rico Núm.23 (26 de junio de 1963).

el requisito de *causa probable* se necesita mucho menos prueba de la necesaria para establecer la culpabilidad del acusado *más allá de duda razonable*. En segundo lugar, y relacionado a la primera razón, la vista preliminar no tiene el propósito de ser un *mini juicio* y, como corolario, se le permite a la defensa confrontar al perito forense que ha preparado el informe durante el juicio.

4. Luego de *Williams v Illinois*, ¿qué le depara a la evidencia pericial?

A raíz de *Williams v Illinois*¹¹⁸, surge la interrogante sobre cómo se va a tratar la evidencia pericial ante la ausencia de una nueva definición de lo que es evidencia testimonial. Algunos entienden que el Tribunal Supremo ahora es más estricto y restrictivo al disminuir el alcance de la cláusula de confrontación¹¹⁹. Luego de *Ohio v. Roberts*¹²⁰, *Crawford v. Washington*¹²¹ y *Meléndez Díaz v. Massachusetts*¹²², hay quienes entienden que en *Williams* se reafirmó la norma de *Crawford*, en cuanto a que las declaraciones no testimoniales no están sujetas a la cláusula de confrontación¹²³. Sin embargo, cabe señalar que el Tribunal en *Williams* no proveyó una definición de lo que se puede considerar como “testimonial”. Por lo tanto, el futuro de la cláusula de confrontación, después de la decisión de *Williams*, va a depender del esquema que adopte el Tribunal para concluir si una declaración se considera como testimonial. En el caso de *Williams*, se concluyó que la declaración de la perito no era prueba de referencia porque no se traía para probar la verdad de lo aseverado, ya que era una opinión. Pero algunos entienden que, en una situación en la cual un informe de laboratorio pudo haber sido notarizado o acompañado

¹¹⁸ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Williams v. Illinois*, 132 S.Ct. 2221 (18 de junio de 2012) (Alito, J.). No. 10-8505.

¹¹⁹ CARR, Katelyn. “Constitutional Law--Confrontation Clause--Expert testimony on Non-testifying analyst’s DNA Report is Non- Testimonial and does not violate the Confrontation Clause, but Supreme Court fails to define ‘testimonial’.” *Williams v. Illinois*, 132 S.Ct. 2221 (2012). En: *Cumberland Law Review*. Birmingham, Alabama. vol. 43. 2012/2013. Birmingham. pp. 361 - 74.

¹²⁰ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980) (25 de junio de 1980) (Blackmun, J.). No. 78-756.

¹²¹ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 40-41 (8 de marzo de 2004) (Scalia, J.). No. 02-9410.

¹²² ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Meléndez-Díaz v. Massachusetts*, 557 U.S. 305 (25 de junio de 2009) (Scalia, J.). No. 07-591.

¹²³ CARR. *Op. cit.* pp. 361 - 74.

por algún documento que lo certificara, es probable que ese mismo informe de la controversia hubiera sido considerado como testimonial¹²⁴.

Por otra parte, algunos autores entienden que el hecho de que el Supremo Federal de los Estados Unidos no haya ofrecido una opinión mayoritaria, ocasiona que la doctrina de la cláusula de confrontación se convierta en una más confusa, ya que las opiniones que controlan la decisión no logran justificar el resultado de una forma correcta¹²⁵. Cabe destacar lo problemáticas que pueden ser las opiniones que no establecen un precedente concreto como directriz clara para los tribunales inferiores¹²⁶. Por lo tanto, el hecho de que esta sea una opinión de pluralidad plantea como posible consecuencia que los tribunales inferiores tendrán dificultad en decidir qué partes de la opinión deben seguir. Con toda probabilidad los tribunales inferiores se verán en la disyuntiva de considerar los argumentos de cada opinión en *Williams* con el propósito de inferir razonablemente cuáles son vinculantes y cuáles son *dictum*, para resolver controversias que requieran interpretar el caso de *Williams*¹²⁷. En la opinión de pluralidad del juez Alito se han señalado como fallas, primero, que mezcla la cláusula de confrontación con las reglas de evidencia estatales; y, segundo, que establece un examen preliminar (*primary test*), el cual requiere tener un sospechoso particular¹²⁸. Este factor es uno arbitrario y resulta en más confusión sobre la doctrina de la cláusula de confrontación¹²⁹. Ciertamente, la confusión que generara la decisión de *Williams* se hubiese evitado si se hubiera emitido una opinión mayoritaria claramente revocando o confirmando a *Meléndez Díaz y Bullcoming*¹³⁰.

Particular análisis requiere la aplicación de *Crawford*¹³¹ a los casos de peritos¹³². Hay quienes entienden que luego de *Williams v. Illinois*¹³³, los tribunales considerarán varios factores como el informe del laboratorio, la acreditación y la formulación de las preguntas usadas para cuestionar a los testigos. Por otra parte,

¹²⁴ *Ibidem*. p. 373.

¹²⁵ Harvard Law Review Association, "LEADING CASE: Constitutional Law: Sixth Amendment: Confrontation Clause—Forensic Evidence: Williams v. Illinois". *En: Harvard Law Review*. Boston, Massachusetts. (noviembre 2012) vol. 126. pp. 266 - 76.

¹²⁶ *Ibidem*. p. 272.

¹²⁷ *Ibidem*. p. 273.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ *Ibidem*. p. 274.

¹³⁰ *Ibidem*. p. 276.

¹³¹ ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 40-41 (8 de marzo de 2004) (Scalia, J.). No. 02-9410.

¹³² CRAWFORD, Natasha, "Williams V. Illinois: Confronting Experts, Science, and the Constitution". *En: Mercer Law Review*. Macon, Georgia. (spring 2013) vol. 64. pp. 805 - 26.

¹³³ *Ibidem*. p. 819.

el ministerio público puede considerar que la presentación en evidencia de los informes forenses no será necesaria porque esa información puede hacerse llegar de otra manera al juzgador de hechos, con la opinión de un perito sin presentar el informe (*factfinder*)¹³⁴. Se toma en cuenta el costo versus el derecho constitucional de confrontación, cuando un experto tiene que testificar para el descubrimiento de la verdad (*experts testify for truth*), los laboratorios forenses y la evidencia de ADN usado hoy en día. Existe una relación entre los laboratorios y los departamentos de policía, los cuales pueden crear expertos que estén parcializados, ya que el 83% de los laboratorios están financiados con fondos públicos. La decisión de *Williams* creó una excepción a la regla establecida anteriormente por el Tribunal. Esta nueva excepción beneficia al ministerio público y limita los derechos del acusado¹³⁵. La decisión no provee una directriz concreta sobre cómo los tribunales deben manejar la evidencia forense¹³⁶.

En lo que respecta al perito sustituto, se ha indicado que ¹³⁷*Williams v. Illinois* no arroja mucha luz sobre el manejo de esta figura, ya que el Tribunal no se concentró en el aspecto de prueba de referencia del informe de Cellmark, sino en el testimonio del experto¹³⁸. El Tribunal concluyó que el perfil de ADN no fue ofrecido en el juicio para establecer la verdad de lo aseverado en las alegaciones, sino para proveer una explicación según la opinión de un experto. Algunos críticos consideran que esta explicación es una forma contorsionada de interpretarla regla de prueba de referencia, bajo el entendido de que, si el informe de ADN no estuviera reiterando la verdad, ningún perito confiaría en ese informe¹³⁹. Además, cualquier científico forense que realiza pruebas científicas que pueden resultar en la identificación de un sospechoso en un caso criminal, debe anticipar que el resultado de esas pruebas podría constituir evidencia en un procedimiento criminal¹⁴⁰. Puede concluirse, ante la falta de directriz concreta del Tribunal Supremo, que lo que queda es una división entre los Tribunales del Circuito de Apelaciones y los Tribunales Estatales en cuanto a la naturaleza testimonial de un informe de la autopsia forense¹⁴¹.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ *Ibidem*. p. 824.

¹³⁶ LIPTACK, Adam. "No Majority Rationale in Crime Lab Testimony Ruling". *New York Times*. U.S. Nueva York (19 de junio de 2012) p. A13. Disponible en: http://www.nytimes.com/2012/06/19/us/supreme-court-ruling-on-crime-lab-testimony-lacks-majority-rationale.html?_r=0 [última visita 6 de marzo de 2016].

¹³⁷ GINSBERG, Mark. "The Confrontation Clause and Forensic Autopsy Reports- A 'Testimonial'". En: *Louisiana Law Review*. Baton Rouge, Louisiana. (julio 2013) vol.74. pp. 132 - 35.

¹³⁸ *Ibidem*. p. 134.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ GINSBERG. *Op. cit.* p. 171.

Los dos fundamentos principales de la opinión del juez Alito hicieron referencia a que el informe no se presentó para establecer la verdad de lo aseverado en el mismo y que este no fue preparado con el propósito primordial de acusar a un individuo en específico. Esta opinión de pluralidad lo que ha dejado es confusión entre los tribunales¹⁴². Lo que se infiere de la opinión es la intención de cuatro jueces de limitar de cualquier forma posible las opiniones de *Meléndez-Díaz* y de *Bullcoming*. Estas dos opiniones han quedado significativamente modificadas, pero nadie puede explicar con precisión de qué manera o hasta qué punto se limitan esas opiniones, ya que ninguna de las modificaciones propuestas en las diversas opiniones de los jueces tiene el apoyo de la mayoría¹⁴³. La norma creada en *Crawford* está en peligro y nadie conoce la nueva norma que la va sustituir¹⁴⁴.

En el tema de los peritos sustitutos, o informes en que han trabajado más de un perito, se ha discutido la decepción que ha causado la decisión de *Williams v. Illinois*. Esto, debido a que, en ausencia de una clara opinión mayoritaria, la pluralidad de opiniones ha generado más confusión y preguntas de las que ha podido resolver en cuanto a cómo y cuándo un perito puede testificar en relación a conclusiones basadas en la opinión o trabajo de otros expertos¹⁴⁵. Aunque la decisión del Tribunal fue una victoria para el ministerio público, no resolvió la interrogante de qué evidencia tiene que ser presentada en el juicio cuando el caso del Estado está parcialmente basado en evidencia científica que pudo haber sido trabajada por varios expertos, cuyas contribuciones colectivas se suman para formular una conclusión y presentar un informe final. En *Williams*, no hay factores en común entre la opinión de pluralidad y la opinión concurrente de Thomas. Como resultado, se la ha hecho difícil a los tribunales inferiores extraer una simple regla sobre cómo proceder en casos donde se presenta este tipo de evidencia. Ya se están viendo discrepancias entre tribunales de instancia y apelativos en cuanto a los requisitos y el procedimiento para presentar este tipo de evidencia producida por más de un experto (*multi-analyst testing*)¹⁴⁶. El ministerio público debe tener sumo cuidado al momento de presentar evidencia

¹⁴² GIANNELLI, Paul. "The Confrontation Clause and Experts". *En: Criminal Justice Review*. Atlanta, Georgia. (fall 2012) vol. 27. pp. 55 - 57.

¹⁴³ *Ibidem*. p. 57.

¹⁴⁴ *Ibidem*. Véase además, MOISE, Warren. "Attack of the Molecular People: Williams v. Illinois and the Confrontation Clause". *En: South Carolina Lawyer*. Columbia, South Carolina. (Noviembre 2012) pp. 12 - 14.

¹⁴⁵ GARVERY, Teresa. "Williams v. Illinois and Forensic Evidence: The Bleeding Edge of Crawford", Strategies: The Prosecutors' Newsletter on Violence Against Women. Washington, D.C. (junio 2013). pp. 1-11. Disponible en: <http://www.aequitasresource.org/Williams-v-Illinois-and-Forensic-Evidence-The-Bleeding-Edge-of-Crawford-Issue-11.pdf>. [Última visita, 6 de marzo de 2016].

¹⁴⁶ *Ibidem*. p. 5.

forense, con la meta de que sus convicciones no sean revocadas con base en la cláusula de confrontación, al tomar en consideración que el examen establecido en *Crawford* aparenta estar cuestionado en *Williams*. Hasta que el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos no aclare la situación con respecto a este tipo de evidencia, los ministerios públicos tendrán que formar sus propias estrategias para presentar este tipo de prueba, reenfocada en maximizar la posibilidad de una condena y minimizar la posibilidad de una revocación¹⁴⁷.

Conclusión

Las opiniones del Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos sobre la cláusula de confrontación y el derecho de la persona acusada en juicios plenarios en su fondo presentaban una trayectoria de defensa de los derechos del acusado frente a la facultad del Estado de invocar la regla de excepción a la exclusión de prueba de referencia, al aludir que los informes químicos o patológicos eran récords de negocios o informes públicos. Sin embargo, *Williams v Illinois* alteró ese desarrollo sin arrojar luz sobre las declaraciones testimoniales. Se permitió el testimonio de la experta, que concluyó que había una correlación (*match*) de ADN. No se presentaron en evidencia los informes de los laboratorios que analizaron esas muestras ni a los técnicos que hicieron esos análisis.

Williams v. Illinois debe enmarcarse en la prueba pericial del Capítulo siete de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico. En específico, la Regla 704 establece que un perito puede basarse hasta en evidencia inadmisibles para emitir su opinión, en ciertas circunstancias¹⁴⁸. No debe interpretarse a *Williams* como un abandono de *Meléndez Díaz* y de *Bullcoming*. Estas opiniones, junto a *Pueblo v. Guerrido López* y *Pueblo v. Santos Santos*, continúan rigiendo en la jurisdicción de Puerto Rico y requiriendo que declare en el juicio en su fondo el técnico de laboratorio que realizó los análisis que se recogen en informes. Estos informes son testimoniales y, por lo tanto, se continúa activando la cláusula de confrontación.

La revisión de jurisprudencia de Estados Unidos y de Puerto Rico aquí realizada tiene el objetivo de sintetizar la evolución del concepto de declaración testimonial y su relación con el derecho a la confrontación. El tratamiento dado por los tribunales a estos conceptos obliga a la exclusión de los informes realizados por funcionarios del Estado sobre sustancias químicas si en el juicio oral, no declara quien hizo el análisis. Para los países que han realizado la reforma del sistema inquisitorial y actualmente han adoptado el sistema oral en los procesos penales, es importante

¹⁴⁷ *Ibidem*. p. 9.

¹⁴⁸ PUERTO RICO. Tribunal Supremo de Puerto Rico. Reglas de Evidencia de Puerto Rico Núm.704 (9 de febrero de 2009), 32 LPRA Ap. VI R. 704 (2010).

conocer el tratamiento que se le da en el sistema oral a los informes públicos y cómo el derecho constitucional a la confrontación tiene prelación sobre las excepciones a la regla exclusión de la prueba de referencia como lo es la del informe público.

En los casos de peritos sustitutos o ausencia de comparecencia del técnico que realizó el análisis de la sustancia incautada, que luego resultó ser droga, los informes serán inadmisibles ya que contienen declaraciones testimoniales que activan la cláusula constitucional de confrontación. Es indispensable que declare quien realizó el análisis. No es posible que entren por sí mismos los informes sin que testifique y sea sujeto a ser concontrinterrogado por la defensa el autor de dichos informes. La conclusión de que una sustancia es droga, o del por ciento de alcohol en la sangre de un acusado, es una declaración testimonial ya que equivale al testimonio que usa el Estado para acusar a un ciudadano. Quien hizo ese análisis tiene que declarar y estar sujeto a ser concontrinterrogado por la defensa.

Referencias

CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Sexta Enmienda.
CONSTITUCIÓN DEL ESTADO LIBRE ASOCIADO DE PUERTO RICO.
Artículo. II, Sección 11.

ESTADOS UNIDOS. TRIBUNAL SUPREMO DE ESTADOS UNIDOS. Reglas de Evidencia Federal (1 de diciembre de 2013).

PUERTO RICO. TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. Reglas de Evidencia de Puerto Rico (9 de febrero de 2009), 32 LPRA Ap. VI (2010).

LA TRANSFORMACIÓN DE LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS EN EL DERECHO PROCESAL BRASILEÑO*

*Handel Martins Dias***

Resumen

Por medio de investigación de la legislación nacional, literatura jurídica, jurisprudencia y utilización de la metodología participante para la interpretación del fenómeno jurídico y normativo, este trabajo estudia el recurso extraordinario y el especial en el derecho procesal brasileño. El objetivo primordial del estudio consistió en verificar la transformación que padeció esta clase de recurso en Brasil mediante la ampliación de la eficacia de las decisiones del Tribunal Supremo Federal y del Tribunal Superior de Justicia. Se constató que este cambio se incrementó con el nuevo Código Procesal Civil, editado en 2015, el cual torna precedentes vinculantes los juicios de mérito en los juzgamientos de recursos extraor-

Recibido: marzo 26 de 2016 – Aprobado: julio 26 de 2016.

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: DIAS, Handel Martins. La transformación de los recursos extraordinarios en el derecho procesal brasileño. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 44, julio- diciembre. 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 223-249

** Abogado en Brasil. Doctor en Derecho Procesal por la Universidade de São Paulo. Magíster en Derecho Procesal por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista en Derecho Procesal Civil por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Profesor de Derecho Procesal en los cursos de pregrado y maestría en Derecho en la facultad de derecho de la Fundação Escola Superior do Ministério Público. Investigador y coordinador de las actividades de investigación de la facultad de derecho de la Fundação Escola Superior do Ministério Público. Profesor visitante en cursos de posgrados de diversas instituciones de enseñanza superior. Miembro del Instituto Brasileiro de Direito Processual. Email handel.dias@fmp.com.br.

dinario y especial repetitivos y de recursos extraordinario y especial interpuestos contra los fallos dictados por los tribunales en incidentes de resolución de demandas repetitivas.

Palabras clave: *writ of error*, recurso extraordinario, recurso especial, jurisprudencia, casos repetitivos, eficacia, nuevo Código Procesal Civil, Brasil.

Abstract

By researching the national legislation, legal literature, jurisprudence and utilization of the participating methodology for the interpretation of the juridical and normative phenomenon, this paper study the extraordinary and special appeal within Brazilian procedural law. The main purpose of the study consisted in verify the transformation that suffered this kind of appeal in Brazil through the expanding of the effectiveness of the decisions of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice. It was found that these transformations increased with the new Code of Civil Procedure, edited in 2015, which becomes binding precedents the merit decisions in trials of repetitive special and extraordinary appeals and in trials of extraordinary and interpose special appeals against judgements dictated by courts in resolution incidents of repetitive demands.

Key words: *writ of error*, extraordinary appeal, special appeal, jurisprudence, repetitive cases, effectiveness, new Code of Civil Procedure, Brazil.

Introducción

A pesar del hombre ser, según las palabras de Aristóteles, un animal político, que puede vivir sólo en sociedad, la interacción humana es forzosamente irascible. Ante este hecho inexorable resulta imprescindible la coordinación de las relaciones intersubjetivas y la existencia de mecanismos capaces de dirimir los conflictos de intereses que, de forma inevitable y permanente, surgen en la sociedad para que esta subsista o perdure de la manera más armoniosa posible. Precisamente de la correlación intrínseca que existe entre el Derecho y la sociedad, exaltada en el apotegma latino *ubi societas, ibi ius*, nace la necesidad de controlar el comportamiento social del hombre. Es por el Derecho, el medio más eficaz e importante de control social, que la sociedad busca congraciar los intereses individuales y, por ello, garantizar su buen funcionamiento y continuidad. En los países de *civil law*, la ley es el estándar objetivo del Derecho para la consecución de seguridad en las relaciones sociales. Es mediante la previsibilidad del Derecho en las normas jurídicas, plasmadas de fuerza coercitiva, y la institución de órganos destinados a promover el respeto y la aplicación de estas normas jurídicas, que el Estado previene y soluciona los conflictos

de intereses, así como condiciona, directa o indirectamente, el comportamiento de las personas en la sociedad¹.

Con todo, la naturaleza contingente del Derecho, la incompletitud de las normas, las antinomias, la ignorancia y la volición hacen que el afrontamiento de la ley y su interpretación divergente sean constantes en la vida en sociedad. Por esta razón es imprescindible que el Estado no sólo procure preservar la validez y la unidad del ordenamiento jurídico, sino que también disponga de herramientas capaces de garantizar ese desiderátum, incluso en relación a sí mismo, pues corrientemente es el responsable por maltrato al ordenamiento jurídico o por disenso en su interpretación. Como corolario del desarrollo de sus funciones desde su consagración como poder político autónomo e independiente, el poder judicial constituye la propia y principal institución para ejercer ese menester en el Estado contemporáneo. Por eso, a más de administrar la justicia, incumbe al poder judicial asegurar la autoridad y la uniformidad del ordenamiento, así como preservar los principios de legalidad e igualdad, sea por medio de cada proceso subjetivo en el cual se requiera la tutela jurisdiccional, sea a través de procedimientos específicos, como las acciones de control de constitucionalidad.

Es posible, todavía, que órganos del propio poder judicial afronten el ordenamiento jurídico y apliquen de forma incorrecta el derecho al caso o no observen las reglas del debido proceso en la resolución de la causa. Puede suceder, aun, que el poder judicial promueva, por sus innumerables órganos, disenso en torno de la aplicabilidad del ordenamiento jurídico en el ejercicio del poder jurisdiccional. Por esa razón que –una vez vencidos dos grados de jurisdicción, las cuales serían, en rigor, suficientes para los anhelos de los individuos y para el objetivo del Estado de pacificar con justicia– es común la existencia de una instancia específica con la función de celar el orden jurídico. Sirviéndose de la iniciativa de las partes, se pone a su disposición un recurso para que ingresen en una nueva y postrera instancia. Al defender sus intereses particulares, las partes pueden conducir posible violación

¹ Naturalmente, e incluso porque integra la propia noción de Estado soberano, el complejo de normas que constituyen el orden jurídico deben aplicarse a todos los individuos que componen la población del Estado, de modo que toda la comunidad social sea sometida a un mismo y único ordenamiento jurídico. Mientras tanto, para que el Derecho alcance debidamente sus intentos, no basta que el mismo ordenamiento jurídico tenga vigencia ante toda la población, pero que también sea armonioso, considerado en su totalidad y tenga idéntico significado para todos. Sólo entonces es posible, efectivamente, la determinación de las reglas de conducta que deberán ser observadas por los individuos, las cuales garantizan la seguridad en las relaciones sociales. Sin embargo, esa necesidad de unidad no existe solamente por el designio de impedir la inseguridad jurídica, fomentada por la incertidumbre del derecho subsiguiente de la propagación de sentidos discrepantes a las normas jurídicas. Como subraya Claus-Wilhelm Canaris, la unidad del ordenamiento pertenece a las exigencias éticas y jurídicas más fundamentales y radica en la propia idea de Derecho. La igualdad jurídica entre todos compone un principio basilar del Estado Democrático de Derecho y presupone la propia concepción de Derecho y de justicia.

del ordenamiento jurídico o disenso jurisprudencial al conocimiento de una corte superior, para que se acojan la autoridad y la interpretación única de las normas jurídicas, primarias y secundarias. Constituyen recursos extraordinarios estos recursos de inherente función política, dirigidos a tribunales superiores en procesos subjetivos, con la función de primar por la validez y unidad del ordenamiento jurídico, dando cabo, de ese modo, a la inseguridad y a la incertidumbre acerca de los derechos y de los deberes abrigados en el derecho escrito².

Los recursos extraordinarios tienen rasgos y contornos bastante característicos en cada sistema procesal. A pesar de que existen recursos extraordinarios hasta en los Estados unitarios, donde, por regla, los órganos jurisdiccionales son unificados y la fuente normativa de derecho es una, recursos de esta especie se muestran más importantes en los Estados que tienen la hechura federativa³. La repartición territorial de poder impulsa, de forma nefasta, la afronta al ordenamiento jurídico y la discordia en su aplicación por parte de los agentes políticos y por los ciudadanos en general. Ese cuadro es particularmente austero en el Estado Federal brasileño, una vez que tiene descentralización de estructura triple y organización judicial compleja, en las cuales coexiste una plétora de órganos jurisdiccionales federales

² Los recursos de género extraordinario visan, primeramente, en la expresión consagrada por Piero Calamandrei, a la nomofilaquia. Protegen tan sólo de forma refleja y secundaria el derecho del recurrente, caso se constate que la decisión impugnada violó la ley o, en la hipótesis de disensión jurisprudencial, no le dio interpretación consentánea con el ordenamiento jurídico. Existen teorías que sostienen que la finalidad de los recursos extraordinarios es el atendimiento del interés jurídico de la parte (teoría de la preponderancia del interés de la parte) o, simultáneamente, este interés y el interés de protección y unidad del Derecho objetivo (teoría de la equivalencia de los fines de la casación). La dominante, y que se adopta en este estudio, es la teoría de la preponderancia de la unidad o teoría de la función iusunitaria, por la cual debe preponderar en este género de recurso la función nomofiláctica en desfavor del interés jurídico de las partes. Sobre esas teorías, véase KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. pp. 90 - 98.

³ Esta categoría de recurso no tiene por finalidad primordial la consecución de una decisión pretenciosamente más justa o la corrección de desaciertos de orden procesal, tareas propias de los recursos ordinarios. Aunque parezca, a primera vista, que no se coadunen con la función del Poder Judicial de componer los conflictos de interés de la manera más justa posible, los recursos extraordinarios no están disociados de los ideales de justicia. Al viabilizar la preservación de la autoridad y de la unidad del Derecho vigente, perpetran, innegablemente, la igualdad y, en consecuencia, la justicia en la esfera del interés general de la sociedad, más allá del ámbito del interés individual de las partes del proceso. Además, mediante la procedencia del recurso extraordinario, ya sea para que el propio tribunal superior corrija error de Derecho, ya sea para dictar *iudicium rescindens* con la finalidad de que el órgano inferior profiera nueva decisión al corregir el *error in iudicando*, se protege tanto los intereses de la sociedad como de las partes, puesto que conduce, de forma indirecta, a la justicia en el caso concreto.

y estatales⁴. Por encima de todo, Brasil posee un territorio de dimensiones continentales, con diferencias físicas, económicas, humanas, culturales y sociales muy acentuadas. En los últimos años, en virtud del número invencible de procesos en los foros y tribunales brasileños, los recursos de género extraordinario han pasado por una gran mudanza en el sistema procesal. El presente ensayo se propone a estudiar precisamente esta transformación. Antes, a título propedéutico, es realizado un breve análisis del origen y de la evolución histórica del recurso extraordinario en el país. En seguida, es objeto de examen el régimen de los recursos extraordinarios en el orden constitucional vigente. Precediendo la conclusión, se investiga el sistema de los recursos con el nuevo Código Procesal Civil brasileño, en el cual se realiza, en particular, la ampliación de la eficacia expansiva de los juicios.

1. Origen y síntesis histórica del recurso extraordinario

Ante la proclamación de la República en 1889, Brasil se desvinculó de la orientación europea y adoptó el sistema estadounidense como modelo estructural y funcional. Una de las consecuencias más sentidas fue la transformación del poder judicial, que, en fin, adquirió contornos institucionales de poder político y asumió definitivamente posición destacada en el Estado brasileño⁵. Esta nueva condición que granjeó el poder judicial se expresaba, sobre todo, en el papel que conquistó su órgano de cúpula en la defensa del orden jurídico. Incluso antes de ser promulgada la primera Constitución Republicana, mediante el Decreto 510, del 22 de junio de 1890, el Gobierno Provisorio instituyó una nueva corte para ocupar el ápice de la estructura judicial –el Tribunal Supremo Federal–, e introdujo un nuevo recurso extraordinario. A la vista de la adopción del federalismo, era imprescindible la existencia de un tribunal federal que, mediante juicios de recursos extraordinarios, preservase la autoridad y la entereza de la Constitución y de las leyes federales y garantizara el funcionamiento de la principiante forma de gobierno. De esa manera,

⁴ Desde la República, la organización político-administrativa de Brasil comprende los Estados, entidades subnacionales autónomas equivalentes a los departamentos de la República de Colombia. En este estudio se emplea el vocablo *Estado* y sus derivados cuando se refiere a esta unidad federativa de Brasil.

⁵ Emérito conocedor de los escritores angloamericanos y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, Rui Barbosa fue decisivo para la adopción del sistema estadounidense en Brasil. Al retratar la ideología que ha conducido al acogimiento de ese paradigma, la historiadora Lêda Boechat Rodrigues destaca la importancia que tuvo *The american commonwealth*, de James Bryce, publicado un año antes de la proclamación de la República en Brasil. Con las modificaciones introducidas por el tiempo, la obra trazaba la teoría y la práctica de las instituciones gubernamentales norteamericanas. También *De la démocratie en Amérique* tuvo grande influencia en el pensamiento de los políticos y juristas brasileños. En aquel final del siglo XIX, la obra maestra de Alexis de Tocqueville fue innumeradas veces citada en el Congreso Nacional y en escritos de autores de Derecho público.

bajo la influencia del constitucionalismo norteamericano, se desdeñó el recurso de revista⁶ de la tradición luso-brasileña y se tomó el *writ of error* del Derecho angloamericano como modelo, con la traducción, casi literal, de las disposiciones del *Judiciary Act* y de las leyes posteriores⁷.

Consonante con el Decreto 510, tenido como auténtica constitución provisional de la República Brasileña, el nuevo recurso extraordinario era admisible contra las decisiones dictadas en última instancia en las justicias de los Estados, notablemente cuando contrariasen tratados y leyes federales o considerasen válidas leyes o actos de gobiernos estatales contrarios a la ley federal o a la Constitución (art. 58, II, § 1º). A tenor de las hipótesis de admisión importadas por la adopción del patrón norteamericano, que tiene como notas básicas la supremacía de la constitución y la independencia del Poder Judicial, se alzó el oficio de controlar la validez de las leyes y de los actos normativos del poder público al nuevo recurso extraordinario patrio, sin perjuicio de la función de velar por la integridad y por la uniformidad del ordenamiento jurídico. En otras palabras, con el *writ of error* se incorporó al derecho brasileño el *judicial review* norteamericano, de modo que el Tribunal Supremo Federal también pasó a ejercer el control jurisdiccional de las leyes, a semejanza de la Corte Suprema estadounidense⁸.

⁶ Instituido durante el período Imperial, el *recurso de revista* fue el pionero recurso extraordinario brasileño. De acuerdo con la Ley del 18 de septiembre de 1828, la revista consistía en un recurso puesto a disposición de las partes, del Ministerio Público y del Procurador de la Corona y Soberanía Nacional contra las sentencias de todo el órgano judicial que, en última instancia, hubiesen violado la ley al proporcionar una nulidad manifiesta o una injusticia notoria. La concesión de la revista por el Supremo Tribunal de Justicia implicaba la casación de la sentencia y la remesa *ex officio* de los autos a un tribunal de relación que la corte designase para nueva resolución de la causa. En verdad, la revista estuvo lejos de desempeñar, efectivamente, el papel concerniente a un recurso de género extraordinario. No era función del Supremo Tribunal de Justicia, así como de cualquier otro órgano judicial imperial, controlar la validez de las leyes o interpretarlas. El Supremo Tribunal de Justicia se limitaba a proferir *iudicium rescindens* en controversias de Derecho privado, cuya aserción adoptada siquiera vinculaba el tribunal de relación para la cual era remitido para nuevo juicio. El tribunal de relación reapreciaba libremente la causa e incluso podía aplicar el derecho tal como había sido en la sentencia anulada. Y como si fuera diminuta su apocada relevancia, la revista fue sustraída de la competencia del Supremo Tribunal de Justicia. Al tener en cuenta la mentalidad de menoscabo al poder judicial, se afianzó el entendimiento de que le era vedado conceder revista porque el artículo 158 de la Constitución del Imperio establecía los tribunales de relación en las provincias como segunda y última instancia. En razón de la contradicción existente en el texto constitucional y, mayormente, por la ideología dominante de la época, el pionero recurso extraordinario brasileño sucumbió y los tribunales de relación de cada provincia pasaron a decidir en última instancia.

⁷ Véase SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. pp. 29 et seq.

⁸ El 11 de octubre de 1890, el Gobierno Provisorio de la República expidió el Decreto 848, que organizó la justicia federal. Este decreto no sólo ratificó, sino que amplió los preceptos

Ratificadas por la Constitución de 1891⁹, con la reproducción de las disposiciones del Decreto 510, esas ideas perduran en Brasil hasta hoy en día, lo mismo con la inclusión del control concentrado de constitucionalidad¹⁰. Aunque no de forma sustancial, considerada la incolumidad de sus funciones y de la competencia para su juicio, el recurso extraordinario sufrió innumerables alteraciones con el paso de los años y acompañó, de manera refleja, la inestabilidad política del país y la inconstancia de su Ley Fundamental. Desde su consagración en la Constitución de 1891 hasta la vigente, de 1988, el recurso padeció, en mayor o menor medida, mudanzas en todas las cartas constitucionales promulgadas, más allá de reformas puntuales provenientes del poder constituyente derivado. A despecho de las modificaciones, el Tribunal Supremo Federal permaneció ejerciendo, por medio del recurso extraordinario, la función de asegurar el primado de la Constitución y de uniformizar la aplicación de la legislación federal, así como de controlar la legalidad de las leyes y de los actos normativos¹¹.

apuntados en el Decreto 510, con lo cual aproximó más aún el nuevo recurso extraordinario brasileño al *writ of error*. Allende reafirmar la competencia del Tribunal Supremo Federal para examinar la constitucionalidad de la ley y de los actos de la administración pública por la vía del recurso extraordinario, el Decreto 848 estableció el principio según el cual la magistratura sólo debería interferir en concreto y por provocación de las partes en la protección y en la aplicación de la Constitución y de las leyes federales.

⁹ El recurso fue acogido por la Constitución Federal de 1891, la primera de la era republicana, aún sin la denominación de extraordinario. El empleo del nombre recurso extraordinario aconteció sólo con la edición del estatuto interno del Tribunal Supremo Federal, en 1891. En el plano constitucional, la adopción de la designación 'extraordinario' principió con la Constitución Federal de 1934.

¹⁰ Con el tiempo, el control de constitucionalidad represivo en Brasil pasó a ser mixto. Sin embargo, hasta hoy es por medio del recurso extraordinario que el Tribunal Supremo Federal ejerce, con más frecuencia y efectividad, el control de constitucionalidad. El recurso extraordinario siempre representó el mayor volumen de procesos en las estadísticas de la corte y, en consecuencia, exige su actuación en escala y variedad más significativa en la guarda de la Constitución. Sobre el origen del control jurisdiccional de constitucionalidad en el Derecho brasileño y su ejercicio por el Tribunal Supremo Federal, véanse BARBI, Celso Agrícola. "A evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil". In: *O PODER Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre, pp. 127 - 149, 1977; DALLARI, Dalmo de Abreu. "O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal". In: *O PODER Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre, 1977, pp. 151 - 183; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 64 - 103, 146 - 250, 316 - 413; y MORAES, Alexandre. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2003. pp. 209 - 308.

¹¹ El recurso extraordinario fue alterado por la Enmienda Constitucional del 3 de septiembre de 1926; las constituciones de 1934; 1937; 1946 y de 1967; y por la Enmienda Constitucional N° 1, del 17 de octubre de 1969. Sobre el origen y la evolución del recurso extraordinario en el Derecho brasileño, véase, por todos, CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recurso extraordinário: origem e desenvolvimento no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

2. El régimen en el orden constitucional vigente

Promulgada en 1988, la Constitución Federal en vigor llevó a cabo el cambio más significativo en la sistemática del recurso extraordinario desde su institución. Realizó, verdaderamente, un balizamiento en su historia. En razón del número atroz de recursos en el Tribunal Supremo Federal, fruto máxime, del amplio acceso a la instancia extraordinaria y de la desproporcionalidad, siempre creciente, entre la cantidad de recursos y el número de ministros, se instauró una crisis en la corte, que no tenía más capacidad de garantizar la vigencia y la uniformidad de la Constitución, ni tampoco, de las leyes federales¹². Esa coyuntura insostenible hizo que el constituyente de 1988 atendiese los anhelos de los abogados y de la sociedad. Acogiendo la sugestión de juristas como José Frederico Marques, Seabra Fagundes, Miguel Reale, Alfredo Buzaid, José Afonso da Silva, el constituyente aprobó la creación de una corte superior –el Tribunal Superior de Justicia– para ejercer, a través de un nuevo recurso extraordinario –el recurso especial–, la función de control de legalidad y de correcta interpretación del derecho federal, lo cual alivió la carga de trabajo del Tribunal Supremo Federal¹³.

Con la creación del Tribunal Superior de Justicia, la Constitución de 1988 consagró una escisión en la tradicional competencia del Tribunal Supremo Federal. El constituyente dividió la materia del recurso extraordinario y transformó la corte de más alta jerarquía en tribunal predominantemente constitucional, en la medida en que le restringió la función de velar por la uniformidad de interpretación y por la aplicación del Derecho en temas de naturaleza constitucional. Por otro lado, transfirió a la nueva corte, el Tribunal Superior de Justicia, la competencia para dirimir, como postrera instancia, mediante el recurso especial, las cuestiones atinentes a la hermenéutica y a la aplicación de las leyes federales¹⁴.

¹² Esa crisis del Tribunal Supremo Federal no fue repentina, sino gradual. Sobre las tentativas anteriores que objetivaron el alivio de la carga de procesos de la Corte Suprema brasileña a partir de la década de cuarenta, véase GALVÃO, Ilmar. “O recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal, após a Carta de 1988”. In: *Revista da ESMAC*, Rio Branco, v. 1, pp. 13 - 26, 1998.

¹³ Véase PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça: teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 47.

¹⁴ A la vista, o bien se colocaba un fin a la liberación tan amplia de la instancia extraordinaria o bien se aumentaba el número de jueces. La opción que el CONSTITUYENTE escogió para resolver la llamada crisis del Tribunal Supremo Federal fue la segunda, por medio de la creación de un nuevo tribunal superior, por lo cual decenas de juzgadores pasaron, mediante un nuevo recurso extraordinario, a la ejecución de la tarea de celar por la protección y por la uniformidad del Derecho positivo federal. Esa solución no fue recibida sin ninguna oposición. Las opiniones contrarias se centraron, principalmente, en los problemas oriundos de la dualidad de tribunales incumbidos de rever las mismas decisiones y en la supresión de la competencia del Tribunal Supremo Federal con relación a las cuestiones federales de

Así, desde 1988 son dos los recursos extraordinarios en el Derecho procesal brasileño. El recurso extraordinario y el recurso especial ejercen una función básicamente federativa, sin abrazar las leyes y los actos normativos estatales, distritales y municipales, cuya competencia para velar por la integridad y unidad corresponde a los órganos jurisdiccionales de las justicias locales, en el ámbito de su respectiva jurisdicción. Ambos recursos son, en esencia, de revisión. Una vez pasado el juicio de admisibilidad, compete al respectivo tribunal superior competente juzgar el caso concreto y sustituir la resolución impugnada, sea para mantenerla o modificarla. Sólo excepcionalmente, cuando hay reconocimiento de nulidad procesal o la necesidad de que sean rectificadas actos procesales efectuados en las instancias ordinarias, la corte superior anula la decisión recurrida y se abstiene de resolver el caso.

Dado que contienen base procedimental rígida, los dos recursos constituyen inconformidades de Derecho estricto, sujetos a innúmeros requisitos de admisibilidad, generales y específicos¹⁵. Las hipótesis de su admisión están estatuidas en la Constitución Federal, respectivamente en el inciso III del artículo 102 y en el inciso III del artículo 105. De acuerdo con el orden constitucional en vigor, el recurso extraordinario es admisible contra las causas resueltas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida: a) contraría disposición de la Constitución; b) declara tratado o ley federal inconstitucional; c) juzga válida ley o acto de gobierno local contestado frente a la Constitución; y d) juzga válida ley local contestada frente a la ley federal¹⁶. Ya el recurso especial es admisible contra las causas resueltas, en

mayor repercusión. Muchos se posicionaron en contra, porque consideraron que el Tribunal Superior de Justicia constituiría una tercera instancia, agravando aún más la morosidad en los juicios de los procesos, así como también por el recelo de que el nuevo tribunal se constituyese, a fin de cuentas, en un ínterin entre los tribunales locales y el Tribunal Supremo Federal y afectara la autonomía de la justicias estatales.

¹⁵ El Tribunal Supremo Federal y el Tribunal Superior de Justicia establecieron, por medio de su jurisprudencia y de sus respectivos estatutos internos, óbices para la admisión de los recursos extraordinario y especial, *verbi gratia*, la necesidad del previo debate de la cuestión de Derecho vehiculada en recurso por la instancia inferior, la imposibilidad de reexamen de las materias fáctico-probatorias y el anterior agotamiento de las instancias ordinarias. Acerca de la admisión de los recursos extraordinario y especial, véase MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *passim*.

¹⁶ La hipótesis permisiva de recurso extraordinario inserida en la letra “d” del inciso III del artículo 102 de la Constitución estaba originalmente prevista en el inciso III del artículo 105, como letra “b”, y amparaba la interposición de recurso especial. La Enmienda Constitucional N° 45, de 2004, trasladó esa hipótesis de admisión para el inciso III del artículo 102, corrigiendo equívoco que ya estaba arraigado en el texto constitucional brasileño. En el sistema federativo de Brasil no existe jerarquía entre la ley local y la ley federal y, en consecuencia, incompatibilidad entre ellas. La discusión alrededor de la aplicación de una u otra ley

única o última instancia, por los tribunales regionales federales, por los tribunales de los Estados o por el Tribunal del Distrito Federal y Territorios, cuando la decisión recurrida: a) contraría tratado, ley federal o les niega vigencia; b) juzga válido acto de gobierno local contestado frente a la ley federal; y c) confiere a ley federal interpretación divergente de la que le ha dado otro tribunal¹⁷.

2.1 La Enmienda Constitucional 45 y las reformas al anterior Código Procesal Civil

La incesante creciente demanda por los servicios judiciales y la amplia facilidad para alcanzar el Tribunal Supremo Federal, inclusive en causas repetitivas y sin ninguna relevancia jurídica o social, hicieron que quedase nuevamente incapacitada la Corte Suprema brasileña, esta vez para el ejercicio de su función principal de tutela de la Constitución. Según los datos divulgados por el propio Tribunal Supremo Federal, en el 2000 la corte recibió 105.307 procesos, contra 14.721 procesos en 1989. De 1989 a 2000, a pesar de la fundación del Tribunal Superior de Justicia, el número de procesos recibidos por el Tribunal Supremo Federal aumentó más de 600%. En 2003, entraron en la corte 160.453 nuevos procesos, de los cuales 97,20% fueron registrados como recursos extraordinarios y agravios de instrumento¹⁸.

Esa situación resucitó, otra vez, el debate sobre la adopción de medidas para restringir la carga de servicio del Tribunal Supremo Federal, máxime en la vía extraordinaria. No sin razón, después de innumerables discusiones en los escenarios jurídico y político, fue aprobada en el 2004 la Enmienda Constitucional 45, que, entre otras modificaciones, instituyó la *repercusión general de la cuestión constitucional* como presupuesto esencial para la admisión de recurso extraordinario (CF, art. 102, § 3º)¹⁹.

conciene, en realidad, a las reglas constitucionales que tratan de la repartición de la competencia legislativa entre los entes federados (CF, arts. 23 a 25). De este modo, la cuestión que tiene por objeto juicio fundado en la validez de la ley local contestada a la luz de la ley federal posee, notoriamente, sesgo constitucional, razón por la cual fue correcto el desplazamiento del permisivo para el ámbito del recurso extraordinario, el cual erigió el juicio de esa hipótesis al Tribunal Supremo Federal.

¹⁷ El Tribunal Superior de Justicia encabeza la justicia común y asciende a las justicias estatales, la justicia del Distrito Federal y Territorios y la justicia federal no especializada. No tiene competencia para juzgar los recursos oriundos de la justicia especializada, formada en Brasil por las justicias laboral, electoral y militar.

¹⁸ Agravio de instrumento era el recurso admisible contra la decisión de presidente o vicepresidente de tribunal local que no aceptaba, en juicio de admisibilidad, recurso extraordinario o recurso especial interpuesto.

¹⁹ En Brasil, los tribunales editan *súmulas*, a saber, enunciados que sintetizan entendimientos jurisprudenciales con eficacia persuasiva. La Enmienda Constitucional N° 45 también instituyó

Ya utilizado en la Constitución precedente y preterido por el constituyente originario, en virtud del inconformismo de influyentes juristas de entonces que sensibilizaran la Asamblea Nacional Constituyente, el instituto de la repercusión general se inspiró en la experiencia estadounidense iniciada en 1925 a través del *writ of certiorari*, por el cual se otorgó a la Corte Suprema norteamericana el poder de seleccionar, entre millares de recursos, aquellos que eran merecedores de su apreciación al tener en cuenta el alcance y la importancia de las causas. Por el mismo camino sigue la repercusión general de la cuestión constitucional, una vez que el recurrente debe demostrar la repercusión general de la cuestión constitucional aventada en el recurso extraordinario, a fin de que el Tribunal Supremo Federal averigüe si es digna o no de su apreciación²⁰.

La repercusión general fue reglamentada por la Ley 11.418, de 2006, que adicionó el artículo 543-A al Código Procesal Civil entonces vigente²¹. Dicha ley aun agregó el artículo 543-B al anterior Código Procesal Civil e instituyó una relevante sistemática para el procesamiento de recursos extraordinarios en causas repetitivas. Cuando existiese multiplicidad de recursos extraordinarios con fundamento en idéntica

el poder del Tribunal Supremo Federal al aprobar sùmulas con efecto vinculante, posibilidad reglamentada por la Ley 11.417, de 2006. Con la reglamentación, el Tribunal Supremo Federal pasó a poder aprobar sùmula (de oficio o por provocación, mediante la aprobación de dos tercios de sus miembros, después de reiteradas decisiones sobre una materia constitucional), con efecto vinculante en relación a los demás órganos del poder judicial y de la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal. La llamada *sùmula vinculante* tiene por objetivo la validez, la interpretación y la eficacia de normas constitucionales cuando existe controversia actual entre órganos judiciales, o entre estos y la administración pública, que acarree grave inseguridad jurídica y relevante multiplicación de procesos sobre cuestión idéntica. La reforma constitucional no se olvidó de instituir la posibilidad de cancelación o alteración de las sùmulas vinculantes, de esa manera, obsta la inmutabilidad perpetua de sus enunciados. Se estatuyó, de propio, que la aprobación, la revisión o la cancelación de las sùmulas vinculantes puede ser provocada por los legitimados a proponer la acción directa de inconstitucionalidad, o sea, el Presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, la Mesa da Câmara de los Diputados, las Mesas de Asambleas Legislativas de los Estados, la Mesa de la Câmara Legislativa del Distrito Federal, los Gobernadores de los Estados, el Gobernador de lo Distrito Federal, el Procurador General de la República, el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil, los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, las confederaciones sindicales y las entidades de clase de ámbito nacional.

²⁰ Hay que se reconocer que existe, en su esencia, una contradicción en el mecanismo importado del sistema estadounidense. Si el constituyente eligió determinada materia como merecedora de integrar la Constitución Federal, la ley mayor del país, se presenta contradictorio que el Tribunal Supremo Federal pueda reputarla de menor importancia, de modo a no justificar su actuación mismo ante la existencia de afronta al texto constitucional.

²¹ Instituido por la Ley 5.869, del 11 de enero de 1973, el anterior Código Procesal Civil estuvo en vigor hasta 17 de marzo de 2016.

controversia, los tribunales de origen deberían seleccionar uno o más recursos representativos de la cuestión, encaminarlos al Tribunal Supremo Federal y sobreeser los demás hasta el pronunciamiento definitivo de la corte.

Pasados dos años, por medio de la Ley 11.672, de 2008, una técnica procesal similar fue establecida en favor de los recursos especiales, en razón del intenso aumento de recursos en el Tribunal Superior de Justicia. Así, cuando hubiese multiplicidad de recursos especiales basados en una idéntica cuestión de Derecho federal, cumplía a los presidentes o vicepresidentes de los tribunales de origen conceder uno o más recursos representativos de la controversia y encaminarlos al Tribunal Superior de Justicia, de esta manera, quedaban suspendidos los demás hasta el pronunciamiento final de la corte.

Más allá de contornar el problema del gran aflujo de procesos que desaguaban en el Tribunal Supremo Federal y en el Tribunal Superior de Justicia, la otorgación de eficacia expansiva a juicios de recursos extraordinarios y especiales implicó una transformación en la naturaleza de los recursos de género extraordinario en Brasil, a través del cual afloraron rasgos objetivos en el ejercicio de su funciones políticas de protección del **ordenamiento jurídico**. Esta metamorfosis promovida por la Enmienda Constitucional N° 45 y las Leyes 11.418 y 11.672 implantó un procedimiento diferenciado para los recursos extraordinarios y especiales repetitivos y se acentuó con el nuevo Código Procesal Civil.

3. El sistema de los recursos extraordinario y especial con el nuevo Código Procesal Civil

Por medio de la Ley 13.105, del 16 de marzo de 2015, fue instituido en Brasil un nuevo Código Procesal Civil, cuya vigencia empezó el día 18 de marzo de 2016, una vez superada la *vacatio legis* de un año.

En líneas generales, se conservó el régimen de los recursos extraordinario y especial. En las hipótesis previstas en la Constitución Federal, los recursos deben ser planteados ante el presidente o vicepresidente del tribunal recurrido, en peticiones distintas que contengan la exposición del hecho y del derecho; la demostración de la pertinencia del recurso; y las razones del pedido de reforma o de invalidación de la decisión recurrida (art. 1.029, *caput*). El *caput* del artículo 1.030 disciplina que, una vez recibida la petición del recurso por la secretaria del tribunal local, el recurrido debe ser intimado para presentar respuesta en el plazo de quince días. Finalizado el plazo, los autos son remitidos al presidente o al vicepresidente del tribunal para la elaboración del juicio de admisibilidad²². En caso de no ser admitido, el recurrente

²² En el texto original del nuevo Código Procesal Civil, la admisibilidad de los recursos extraordinario y especial sería realizada sólo en la instancia superior. Pero, antes de terminar la *vacatio legis*, fue editada la Ley 13.256, del 4 de febrero de 2016, que, entre otras providencias sobre el

puede interponer agravio al respectivo tribunal superior, salvo si la denegación estuviere fundada en la aplicación de entendimiento firmado en régimen de repercusión general o en juzgamiento de recursos repetitivos (art. 1.030, § 1º, y art. 1.042)²³.

Admitido el recurso, el proceso es remitido al tribunal superior competente (art. 1.030, V), para que se efectúe nuevo juicio de admisibilidad. Con el designio de evitar el exacerbado formalismo procesal, pasó a ser formalmente permitido al Tribunal Supremo Federal y al Tribunal Superior de Justicia desconsiderar vicios formales de los recursos tempestivos o determinar sus correcciones, desde que estos vicios no sean reputados graves (art. 1.029, § 3º)²⁴. Concedido el recurso, el tribunal superior juzga el proceso y aplica el derecho al caso concreto (art. 1.034, *caput*)²⁵. Si el recurso fuere concedido por un fundamento, es devuelto el conocimiento de los demás para la solución del capítulo impugnado (art. 1.034, párrafo único). En la hipótesis de interposición conjunta de recursos extraordinario y especial, los autos son remitidos primero al Tribunal Superior de Justicia (art. 1.031, *caput*)²⁶. Concluido el juzga-

procesamiento y juzgamiento de los recursos extraordinario y especial, alteró la redacción del artículo 1.030 del nuevo Código Procesal Civil y restableció el examen de admisibilidad por la corte recurrida, como era en el código anterior.

²³ El presidente o vicepresidente del tribunal local no puede admitir recurso extraordinario cuya cuestión constitucional no tenga su repercusión general reconocida por el Tribunal Supremo Federal, así como recurso extraordinario interpuesto contra fallo que esté en conformidad con el entendimiento del Tribunal Supremo Federal pronunciado en el régimen de la repercusión general o de juzgamiento de recursos repetitivos. El presidente o vicepresidente del tribunal local también debe inadmitir recursos especiales interpuestos contra fallos en conformidad con entendimiento del Tribunal Superior de Justicia firmado en régimen de juzgamiento de recursos repetitivos (art. 1.030, I, “a” y “b”). En cualquiera de estos casos se puede interponer agravio interno contra la decisión (art. 1.030, § 2º).

²⁴ La Ley 13.256 revocó el § 2º del artículo 1.029 del nuevo Código Procesal Civil, que había estatuido que sería vedado rehusarse recurso especial fundado en divergencia jurisprudencial con base en el fundamento genérico de que las circunstancias fácticas son diferentes, sin demostrar la existencia de la distinción.

²⁵ En el Tribunal Superior de Justicia, si el relator entiende que el recurso especial versa sobre cuestión constitucional, debe otorgar el plazo de quince días para que el recurrente se manifieste sobre esta y demuestre la existencia de repercusión general. Cumplida dicha diligencia, el relator remete el recurso al Tribunal Supremo Federal, que, en juicio de admisibilidad, puede devolverlo al Tribunal Superior de Justicia (art. 1.032). Por otro lado, si el Tribunal Supremo Federal considera como refleja la ofensa a la Constitución afirmada en el recurso extraordinario, por presuponer la revisión de la interpretación de ley federal o de tratado, lo envía al Tribunal Superior de Justicia para su resolución como recurso especial (art. 1.033).

²⁶ En caso de que se considere perjudicial el recurso extraordinario, el relator del recurso especial sobresee el juicio y remite los autos al Tribunal Supremo Federal para la resolución del recurso extraordinario (art. 1.031, § 2º). En resolución irrecurrible, el Tribunal Supremo

miento del recurso especial, los autos son enviados al Tribunal Supremo Federal para la apreciación del recurso extraordinario, si este no estuviera perjudicado (art. 1.031, § 1°).

El nuevo Código Procesal Civil también regula la posibilidad de concesión *ope iudicis* de efecto suspensivo a recursos extraordinario y especial. De acuerdo con el § 5° del artículo 1.029, con la redacción determinada por la Ley 13.256, en el período comprendido entre la interposición del recurso y la publicación de la decisión de admisión del recurso, así como mientras el recurso estuviere sobreesido en el tribunal local por tratarse de recurso repetitivo, el pleito de efecto suspensivo puede ser formulado por requerimiento dirigido al presidente o al vicepresidente del tribunal local. A partir de la publicación del *decisum* de admisión, la petición de efecto suspensivo debe ser presentada en el respectivo tribunal superior, notablemente al relator si ya fue distribuido el recurso²⁷.

Además, cuando se instaura el *incidente de resolución de demandas repetitivas*²⁸, otra novedad del nuevo Código Procesal Civil, al considerar razones de seguridad jurídica o de excepcional interés social, el presidente del Tribunal Supremo Federal o del Tribunal Superior de Justicia puede, a pedido, extender la suspensión de procesos a todo el territorio nacional hasta ulterior decisión del recurso extraordinario o del

Federal puede rechazar la prejudicialidad y devolver los autos al Tribunal Superior de Justicia para que primero juzgue el recurso especial (art. 1.031, § 3°).

²⁷ Si no hubo la distribución, el relator designado para el examen del pedido de efecto suspensivo se queda competente para juzgar el recurso extraordinario o especial, conforme el caso (art. 1.029, § 5°, I).

²⁸ Es admisible la instauración de este incidente cuando ha efectiva repetición de procesos con la misma cuestión únicamente de derecho, material o procesal, y existe riesgo de ofensa a la igualdad y a la seguridad jurídica (art. 976). El pedido de instauración del incidente debe ser dirigido al presidente del tribunal, el cual debe ser instruido con los documentos necesarios para demostrar el cumplimiento de los presupuestos para la instauración (art. 977). Luego de la distribución, el órgano colegiado competente para juzgar el incidente de resolución de demandas repetitivas procede a su juicio de admisibilidad (art. 981). Aceptado el incidente, el relator ordena la suspensión de los procesos pendientes, individuales o colectivos, que están tramitando en el Estado o en la región, conforme el caso (art. 982, I). En el juicio, el órgano colegiado competente del tribunal juzga el incidente y fija la tesis jurídica acerca de la cuestión controvertida después del análisis de todos los fundamentos suscitados, favorables o contrarios (art. 984, § 2°). La tesis jurídica electa debe ser aplicada a todos los procesos que tramitaren en el área de jurisdicción del tribunal originario, incluidos los que tramitan en los juzgados especiales del respectivo Estado o región (art. 985, I). También debe ser aplicada la tesis jurídica a los casos futuros que versaren sobre idéntica cuestión de derecho y vinieren a tramitar en el territorio de competencia del tribunal, a no ser que haya revisión de la doctrina por el mismo tribunal, de oficio o mediante requerimiento de los legitimados a postular su instauración (arts. 985, II, y 986).

recurso especial a ser interpuesto contra el fallo que juzga el incidente en el tribunal originario (art. 1.029, § 4º)²⁹.

Si transcurre *in albis* el plazo de recursos extraordinario y especial contra la decisión del incidente de resolución de demandas repetitivas, o si no fuere juzgado el mérito del recurso extraordinario o especial eventualmente interpuesto, acaba la suspensión general y la tesis jurídica será aplicada sólo en los procesos en tramitación que versen sobre idéntica cuestión de Derecho en el área de jurisdicción del tribunal de origen que la fijó y a los casos futuros que vinieren a tramitar en el territorio de competencia del tribunal (art. 985)³⁰.

Por otro lado, una vez interpuesto recurso extraordinario o especial contra el juicio de mérito del incidente de resolución de demandas repetitivas y al tener este su mérito apreciado, la tesis jurídica adoptada por el Tribunal Supremo Federal o por el Tribunal Superior de Justicia será aplicada en el territorio nacional a todos los procesos individuales o colectivos que versaren sobre idéntica cuestión de Derecho (art. 987, § 2º).

3.1 Repercusión general de la cuestión constitucional

La repercusión general pasa a filtrar, de forma preliminar, los recursos extraordinarios en el nuevo Código Procesal Civil.

En conformidad con el artículo 1.035, *caput*, §§ 2º y 4º, el Tribunal Supremo Federal no concederá, en decisión irrecurrible, el recurso extraordinario cuando su cuestión constitucional no tuviere repercusión general, cuya existencia debe ser demostrada por el recurrente para la apreciación exclusiva de la Corte Suprema, que puede admitir, en este análisis, la manifestación de terceros, suscrita por procurador habilitado.

Para efecto de repercusión general es considerada la existencia o no de cuestiones relevantes desde el punto de vista económico, político, social o jurídico que ultrapasen los intereses subjetivos del proceso (art. 1.035, § 1º). Aunque es

²⁹ Cuando está en discusión en el incidente cuestión constitucional o de derecho federal, cualquiera de los legitimados a postular la instauración del incidente de resolución de demandas repetitivas puede requerir al Tribunal Supremo Federal o al Tribunal Superior de Justicia competente para conocer de eventual recurso extraordinario o especial contra el fallo que juzgare el incidente y la suspensión de todos los procesos en curso en el territorio nacional que versaren sobre la misma cuestión constitucional o infraconstitucional (art. 982, § 3º).

³⁰ En caso de que no sea observada la tesis jurídica fijada, tiene lugar la reclamación (art. 985, § 1º). Y cuando el incidente tiene por objeto cuestión relativa a la prestación de servicio concedido, permitido o autorizado, el resultado del juicio debe ser comunicado al órgano, al ente o a la agencia reguladora competente para la fiscalización de la efectiva aplicación de la tesis adoptada por parte de los entes sujetos a regulación (art. 985, § 2º).

presumida la repercusión general siempre que el recurso extraordinario impugna fallo que contraría sùmula o jurisprudencia dominante del Tribunal Supremo Federal o tuviere reconocido la inconstitucionalidad de tratado o de ley federal, en los términos del artículo 97 de la Constitución (art. 1.035, § 3º).

Identificada la existencia de la repercusión general, el relator determina la suspensión del procesamiento de todos los procesos pendientes en el territorio nacional, individuales o colectivos, que versen sobre la misma cuestión constitucional (art. 1.035, § 5º)³¹. El recurso extraordinario que tuviere la repercusión general reconocida debe ser juzgado en el plazo de un año por el Tribunal Supremo Federal y tiene preferencia sobre los demás procesos, salvo los que involucren demandado recluso y los pedidos de *habeas corpus* (art. 1.035, § 9º).

Negada la repercusión general, los presidentes o los vicepresidentes de los tribunales de origen deben rehusar los recursos extraordinarios sobreesidos que versaren sobre materia idéntica (art. 1.035, § 8º).

En cualquier caso, la sùmula de la decisión sobre la repercusión general debe constar en acta, la cual debe ser publicada en boletín oficial y valdrá como fallo (art. 1.035, § 11)³².

3.2 Procesamiento de los recursos repetitivos

Cuando existe multiplicidad de recursos, extraordinario o especial, con fundamento en idéntica cuestión de derecho, el presidente o el vicepresidente de los tribunales locales debe determinar la suspensión del trámite de todos los procesos pendientes, individuales o colectivos, que estuvieren tramitando en el Estado o en

³¹ Al estar sobreesido el recurso extraordinario en el tribunal *a quo* por tratar de la misma cuestión, cuya repercusión general fue reconocida por el Tribunal Supremo Federal, el interesado puede requerir, al presidente o al vicepresidente del tribunal de origen, que excluya de la decisión de sobreesimiento y no conceda el recurso extraordinario que haya sido interpuesto intempestivamente, así, la parte recurrente tiene el plazo de cinco días para manifestarse sobre ese requerimiento (art. 1.035, § 6º). La decisión que desatienda ese requerimiento puede ser impugnada por agravio interno para la misma corte (art. 1.035, § 7º).

³² La instauración del incidente de apreciación de la repercusión general y su juicio deben ser sucedidos de la más amplia y específica divulgación y publicidad, por medio de registro electrónico en el Consejo Nacional de Justicia. El Tribunal Supremo Federal debe mantener banco electrónico de datos actualizados con informaciones específicas sobre cada cuestión constitucional cuya repercusión general será analizada, comunicándolos inmediatamente al Consejo Nacional de Justicia para inclusión en los catálogos. Para posibilitar la identificación de los procesos abarcados por las decisiones que apreciaren la existencia de repercusión general, los registros electrónicos de las cuestiones constitucionales deben contener todos los fundamentos de las tesis jurídicas discutidas en las decisiones y las normas constitucionales relacionadas (art. 979, § 3º).

la región, conforme el caso. De igual forma debe seleccionar dos o más recursos representativos de la controversia y encaminarlos al Tribunal Supremo Federal o al Tribunal Superior de Justicia para fines de afectación (art. 1.036, *caput* y § 1º)³³. Solamente pueden ser seleccionados recursos admisibles que contuvieren ancha argumentación y discusión respecto de la cuestión (art. 1.036, § 6º).

Los escogimientos hechos por presidentes o vicepresidentes de tribunales de justicia o de tribunales regionales federales no vinculan al relator en el tribunal superior, pues él puede seleccionar otros recursos representativos de la controversia (art. 1.036, § 4º). Independientemente de la iniciativa de los presidentes o vicepresidentes de los tribunales de origen, de acuerdo con el § 5º del artículo 1.036 del nuevo Código, el relator en el tribunal superior puede elegir dos o más recursos representativos de la controversia para juzgar la cuestión de derecho.

Seleccionados los recursos, el relator dicta la decisión de afectación en el tribunal superior, en la cual debe identificar, con precisión, el tema a ser sometido a resolución y determinar la suspensión del procesamiento de todos los procesos pendientes, individuales o colectivos, en tramitación en el territorio nacional, que versaren sobre el mismo asunto. De este modo, puede solicitar a los presidentes o a los vicepresidentes de los tribunales de justicia o de los tribunales regionales federales la remesa de un recurso representativo de la controversia (art. 1.037, *caput*)³⁴. Los recursos afectados deben ser juzgados en el plazo de un año y tienen preferencia sobre los demás procesos, salvo los que involucraren demandado preso y los pedidos de *habeas corpus* (art. 1.037, § 4º)³⁵.

A la luz del *caput* del artículo 1.038, el relator puede solicitar o admitir la manifestación de personas, órganos o entidades con interés en la controversia, al tener en consideración la relevancia del tema. Con la finalidad de instruir el procedimiento, también puede fijar data para oír declaraciones de personas con

³³ Si no procede a la afectación de los recursos, el relator, en el tribunal superior, comunica el hecho al presidente o al vicepresidente que los había enviado, para que sea revocada la decisión de suspensión (art. 1.037, § 1º).

³⁴ Las partes deben ser intimadas de la decisión de suspensión de su proceso, permitiéndoles requerir su proseguimiento si demostraren la distinción entre la cuestión a ser decidida en su proceso y la cuestión a ser juzgada en el recurso afectado, sea extraordinario o especial. Ese requerimiento debe ser direccionado al juez de la causa, si el proceso sobreseído estuviere en primer grado; al relator, si el proceso sobreseído estuviere en el tribunal de origen; al relator de la decisión recurrida, si estuviere sobreseído recurso especial o recurso extraordinario en el tribunal de origen; y al relator, en el tribunal superior, de recurso especial o de recurso extraordinario cuyo procesamiento hubiere sido sobreseído (art. 1.037, §§ 8º a 10).

³⁵ Por fuerza del § 3º del artículo 979 del nuevo Código Procesal Civil, también la afectación y el juicio de recursos extraordinario o especial repetitivos deben ser sucedidos de la más amplia y específica divulgación y publicidad.

experiencia y conocimiento en la materia en audiencia pública y solicitar informaciones a los tribunales inferiores con respecto de la controversia. Luego de la manifestación del ministerio público y del envío de copia del relato a los demás ministros, se señala el día para la votación y fallo, el cual debe ocurrir con preferencia sobre los demás procesos (art. 1.038, § 2°).

Decididos los recursos afectados, los órganos colegiados declaran perjudicados los demás recursos que versan sobre idéntica controversia o los deciden al aplicar la tesis establecida (art. 1.039, *caput*)³⁶. Publicado el fallo paradigma, y al abarcar el análisis de todos los fundamentos relevantes de la tesis jurídica discutida, los procesos suspendidos en primero y segundo grados de jurisdicción retoman el curso para el juicio y la aplicación de la orientación fijada (art. 1.038, § 3°, y art. 1.040, III)³⁷.

Los presidentes o vicepresidentes de los tribunales de origen deben rechazar los recursos especiales o extraordinarios sobreseídos si los fallos recurridos coincidieren con la doctrina estipulada por el tribunal superior (art. 1.040, I). Cuando la contrariaren, los propios órganos jurisdiccionales que dictaron los fallos recurridos en el origen reexaminarán sus decisiones anteriores (art. 1.040, II). En el caso de que sea mantenido el fallo divergente por el tribunal de origen, el recurso especial o extraordinario es remitido al respectivo tribunal superior competente (art. 1.041, *caput*)³⁸.

Realizada la retractación, la corte de origen debe decidir, si fuere el caso, las demás cuestiones aún no decididas, cuyo enfrentamiento se hiciere necesario en virtud de la alteración del fallo originario (art. 1.041, § 1°). A continuación del reexamen por el órgano de origen, cabe al presidente del tribunal local proceder el juicio de admisibilidad y determinar el envío del recurso al tribunal superior para el juzgamiento de las cuestiones reminiscentes si conocido fuere, a despecho de ratificación del recurso por el recurrente (art. 1.041, § 2°).

³⁶ Tratándose de recursos extraordinarios, si fuere negada la existencia de repercusión general en el recurso afectado, son considerados automáticamente inadmisibles los recursos extraordinarios cuyos procesamientos hubieren sido sobreseídos (art. 1.039, párrafo único).

³⁷ Si el recurso extraordinario o especial versan sobre cuestión relativa a la prestación de servicio público objeto de concesión, permisión o autorización, el resultado del juicio debe ser comunicado al órgano, al ente o a la agencia reguladora competente para la fiscalización de la efectiva aplicación de la tesis por parte de los entes sujetos a la regulación (art. 1.040, IV).

³⁸ Consonante con el § 5° del artículo 988 de nuevo Código, con la redacción determinada por la Ley 13.256, mientras no estén agotadas las instancias ordinarias, es inadmisibles la reclamación para los tribunales superiores a fin de garantizar la observancia de fallo de recurso extraordinario con repercusión general reconocida o de fallo dictado en juzgamiento de recursos extraordinario o especial repetitivos.

4. La ampliación de la eficacia expansiva de los juicios

En los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica, la jurisprudencia históricamente conservó un papel secundario. Sin ser considerada, en rigor, auténtica fuente del Derecho, como máximo se le reconocía una fuerza persuasiva. Frente a la rígida separación de poderes de matriz francesa, así como a la concepción dualista del ordenamiento jurídico (que rechaza la función creativa de la sentencia, la cual se limitaría a declarar derechos subjetivos preexistentes), se negaba el carácter impositivo de los precedentes judiciales. Poco a poco, esa tradición viene transformándose en los países de ordenamientos de *civil law*, entre los cuales Brasil no es una excepción. En el ordenamiento jurídico brasileño, hubo una evolución significativa de los mecanismos de vinculación de la jurisprudencia, desde las primeras disposiciones acerca de la eficacia *erga omnes* de las decisiones del Tribunal Supremo Federal en control concentrado de constitucionalidad hasta las reformas, en las últimas décadas, del anterior Código Procesal Civil y de la Constitución Federal, que incluso permitía la edición de súmulas vinculantes³⁹.

En la vía de los recursos extraordinario y especial, las decisiones del Tribunal Supremo Federal y del Tribunal Superior de Justicia se mantuvieron prácticamente incólumes a esa transformación hasta mediados de la década pasada. La primera ley a modificar ese cuadro fue la Ley 11.418, de 2006, que reglamentó el instituto de la repercusión general al acrecer los artículos 543-A y 543-B en el precedente Código Procesal Civil. Con la reforma, la decisión del Tribunal Supremo Federal, que reconocía la existencia o la inexistencia de la repercusión general de una cuestión constitucional objeto de un determinado recurso extraordinario, valía para todos los demás recursos extraordinarios sobre la misma cuestión constitucional. La decisión que la negaba tenía efecto vinculante, en el plan horizontal y vertical. De acuerdo con el § 5° del artículo 543-A, esa decisión denegatoria valía para todos los recursos extraordinarios sobre materia idéntica, los cuales debían ser repelidos de pronto, salvo revisión de la tesis.

³⁹ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. “A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada”. In: *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 221, pp. 13 - 48, jul. 2013. Véanse también, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; y TUCCI, José Rogério Cruz e. “Variações sobre precedentes judiciais vinculantes e persuasivos”. In: *O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. pp. 67 - 82. Para contraposición a esa tendencia del proceso civil brasileño, véase PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle José Coelho. “O Código de Processo Civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma”. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 48, n. 190, pp. 93 - 120, t. II, abr./jun. 2011.

La eficacia expansiva del *decisum* que no reconocía la existencia de la repercusión general de cuestión constitucional era aún más robusta cuando se daba en recurso extraordinario repetitivo. Conforme el § 2° del artículo 543-B del Código Procesal Civil anterior, negada la existencia de la repercusión general, los recursos extraordinarios sobreesidos se consideraban automáticamente no concedidos, o sea, ni siquiera existía necesidad de pronunciamiento de juicio de admisibilidad para inadmitirlos.

Sin embargo, la Ley 11.418 no otorgó eficacia expansiva de carácter imperativo a las decisiones del Tribunal Supremo Federal sobre el mérito de las cuestiones constitucionales objeto de los recursos extraordinarios, sino sobre la existencia o no de la repercusión general. No obstante, dio más intensidad a la fuerza persuasiva de sus decisiones. La Ley 11.418 instituyó el procedimiento para el juicio de los recursos extraordinarios repetitivos. En síntesis, los recursos extraordinarios con fundamento en idéntica controversia deberían ser sobreesidos en los tribunales de origen hasta el pronunciamiento definitivo del Tribunal Supremo Federal sobre la materia. Pronunciada la decisión por la corte, los recursos sobreesidos deberían ser apreciados en el origen. Los tribunales locales podían declararlos perjudicados, si ya estuviesen alineados a la orientación precisada por el Tribunal Supremo Federal, o retractarse, si el fallo estuviese en desacuerdo con el pronunciamiento. Como no había efecto vinculante, si no hubiese juicio de retractación, el recurso extraordinario debería ser procesado, situación en la cual el Tribunal Supremo Federal podría revocar o reformar inmediatamente el fallo contrario a su orientación establecida.

Sistemática semejante fue creada en seguida para el recurso especial por la Ley 11.672, de 2008, que reformó el anterior Código Procesal Civil. El procedimiento para el juicio de los recursos especiales repetitivos tuvo el propósito de disminuir el excesivo número de recursos especiales en el Tribunal Superior de Justicia.

Más allá de perfeccionar y sofisticar el sistema procesal en la instancia extraordinaria, el nuevo Código Procesal Civil de Brasil amplió, de forma significativa, la eficacia de las decisiones del Tribunal Supremo Federal y del Tribunal Superior de Justicia en lo tocante a los recursos de género extraordinario.

El principal destaque se centra en la eficacia vinculante de los juicios de mérito en el régimen de los recursos extraordinario y especial repetitivos. A tenor del *caput* del artículo 1.039 del nuevo Código Procesal Civil, decididos los recursos afectados, los órganos colegiados deben declarar perjudicados los demás recursos y versar sobre idéntica controversia o decidirlos aplicando la tesis fijada. El efecto vinculante es reforzado en el *caput* del artículo 1.040 del Código, *in verbis*:

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

IV - se os recursos versarem sobre questão relativa à prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento deverá ser comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

En suma, al atribuirles fuerza vinculante, el legislador tornó precedentes las resoluciones del Tribunal Supremo Federal y del Tribunal Superior de Justicia que juzgan el mérito de los recursos extraordinario y especial repetitivos.

4.1 La posibilidad de eficacia expansiva a juicios de recursos extraordinario y especial interpuestos en incidentes de resolución de demandas repetitivas

El segundo alargamiento fundamental de la eficacia de las decisiones en la vía de los recursos extraordinario y especial se dio en el ámbito del incidente de resolución de demandas repetitivas.

El nuevo Código Procesal Civil prevé que, al ser apreciado el mérito del recurso extraordinario o del recurso especial interpuesto contra el juicio de mérito del incidente de resolución de demandas repetitivas, la tesis jurídica adoptada por el Tribunal Supremo Federal o por el Tribunal Superior de Justicia debe ser aplicada en el territorio nacional a todos los procesos individuales o colectivos que versen sobre la misma cuestión de derecho (art. 987, § 1º). Por lo tanto, también acá el nuevo Código Procesal Civil está confiriendo efecto vinculante, en todo el país, a las decisiones de las dos cortes de cúpula de la estructura judicial brasileña en la vía de los recursos extraordinario y especial.

En esa conjetura de juicio por muestreo con eficacia vinculante extensiva es de esencial importancia la definición de los procesos y de los recursos por los cuales se fijan las tesis jurídicas que se replicarán en todos los demás procesos y versarán sobre las mismas cuestiones de derecho. La instauración del incidente de resolución de demandas repetitivas a partir de proceso, cuyo argumento favorezca determinada tesis jurídica o la afectación de recursos repetitivos que no permitan el pleno ejercicio cognitivo sobre la cuestión de derecho, entre tantas otras hipótesis, compromete los juicios y, como consecuencia, las fijaciones de la tesis.

Con respecto al incidente de resolución de demandas repetitivas, el nuevo Código Procesal Civil no estableció ningún requisito para la causa de dar origen a su instauración. Solamente prescribe que las partes, el ministerio público, la defensoría pública, el juez de la causa en la primera instancia o el relator en el tribunal pueden postular la instauración del incidente cuando hubiere efectiva repetición de procesos que contengan controversia sobre una misma cuestión, únicamente de derecho y riesgo de ofensa a la igualdad y a la seguridad jurídica (arts. 976 y 977). De tal manera, en una interpretación restrictiva, es posible dar origen al incidente a partir de cualquier proceso, esté o no bien delineada la divergencia⁴⁰.

También en el plan subjetivo tienen consecuencias los procesos en que se originan los incidentes, dado que el nuevo Código Procesal Civil confiere notorio protagonismo a las partes de la causa piloto. Ellas deben ser oídas por el relator del incidente y pueden requerir el ingreso de documentos en los autos, la realización de diligencias para la elucidación de la cuestión de derecho debatida y sostener oralmente sus razones, en la sesión de juicio del incidente, por el tiempo de treinta minutos (arts. 983 y 984). Estas, juntamente con el ministerio público y el *amicus curiae*, son las partes del proceso originario que tienen legitimidad para interponer recurso extraordinario o recurso especial contra el fallo del incidente (art. 138, § 2º, y art. 996). Al tener este recurso su mérito juzgado por el Tribunal Supremo Federal o por el Tribunal Superior de Justicia, se determina la tesis jurídica que será aplicada en el territorio nacional a todos los procesos, individuales o colectivos, atinentes a la misma cuestión de derecho (art. 987).

4.2 La necesidad de legitimación de los precedentes dictados en recursos extraordinario y especial

No fue tan negligente el legislador en el ámbito de los recursos extraordinario y especial repetitivos. En la misma línea del precedente, el nuevo Código Procesal Civil no limita la selección a un único recurso extraordinario o especial y establece, como requisito para el escogimiento, que los recursos sean representativos de la controversia.

Con todo, el nuevo Código Procesal Civil avanza en relación al anterior. Primero, dio algún contorno al término “*recurso representativo de la controversia*” y estatuyó

⁴⁰ Subraya Antonio do Passo Cabral que, al escoger para afectación un proceso inadecuado en la instauración del incidente de resolución de demandas repetitivas, la decisión del incidente puede no venir a ser la mejor solución de la controversia de masa, con evidente impacto sistémico deletéreo por la multiplicación de la conclusión a todos los otros procesos que tratan de idéntica materia. Cuando existen litigantes habituales, que pueden estratégicamente optar por uno de muchos procesos para provocar el incidente, es posible direccionar la cognición en favor del interés que se desea ver prevalecer.

que solamente pueden ser escogidos recursos admisibles que comprendan amplia argumentación y discusión al respecto de la cuestión a ser decidida (art. 1.036, § 6º)⁴¹. Además, quedó claro que la iniciativa debe ser compartida entre el relator en el tribunal superior y los presidentes o los vicepresidentes de los tribunales de origen (art. 1.036, §§ 1º y 5º). En reconocimiento a la relevancia de la representatividad de los recursos, el nuevo Código prevé que el relator, en el Tribunal Supremo Federal o en el Tribunal Superior de Justicia, no está compelido a la selección hecha por presidente o vicepresidente del tribunal originario, lo cual le asegura la prerrogativa de elegir otros recursos representativos sobre la materia (art. 1.036, § 4º). Más allá de eso, garantiza que el relator puede solicitar, en la decisión de afectación, a los presidentes o vicepresidentes de todos los tribunales de la justicia común, que le remitan, cada uno, un recurso representativo (art. 1.037, III).

Con relación al desarrollo del procedimiento, en vez de conferir protagonismo a las partes de los recursos afectados, el nuevo Código Procesal Civil prefirió apostar en un proceso más dialógico. Antes del juicio, en el cual se impone el análisis de todos los fundamentos relevantes de la tesis jurídica discutida, el relator puede solicitar o admitir la manifestación de personas, órganos o entidades con interés en la controversia, al considerar la relevancia de la materia *sub judice*, así como fijar fecha para oír personas con experiencia y conocimiento en la materia en audiencia pública. El relator aun debe requerir informaciones a los tribunales inferiores al respecto de la controversia y oír al ministerio público (art. 1.038).

En definitiva, el sistema de procesamiento de los recursos extraordinario y especial repetitivos debería haber sido observado por el legislador cuando trazó el incidente de resolución de demandas repetitivas. De delante, el incidente no podría ser instaurado a partir de cualquier proceso, sino de alguno que sea, de hecho, representativo de la controversia sobre la materia a ser apreciada por el tribunal. Su decisión tiene eficacia vinculante que puede ser extendida a todo el territorio nacional por el Tribunal Supremo Federal o por el Tribunal Superior de Justicia si fuere interpuesto recurso extraordinario o recurso especial (art. 987). A consecuencia de la potencial eficacia de la decisión del incidente, la representatividad de la divergencia debería constituir requisito para el proceso originarlo. En tal sentido, la decisión de instauración del incidente debería ser adecuadamente fundamentada e indicar no sólo la existencia de múltiples procesos que contienen

⁴¹ El nuevo Código fue al encuentro de la Resolución 8, del 7 de agosto de 2008, editada por el Tribunal Superior de Justicia después de la edición de la Ley 11.672, de 2008, que instituyó el procedimiento para el juicio de recursos especiales repetitivos en el entretanto de vigencia del Código Procesal Civil anterior. El § 1º del artículo 1º de la Resolución 8 prescribe que deberían ser seleccionados solamente los recursos especiales que contenían mayor diversidad de fundamentos en el fallo y de argumentos en el recurso especial.

discusión sobre la misma cuestión de derecho y de riesgo de ofensa a la igualdad y a la seguridad jurídica (art. 976), sino también las razones por las cuales el proceso que establece el incidente bien representa la controversia.

Otrosí, para permitir una visión más amplia y plural, se podría haber permitido la selección, por el relator, de otros procesos sobre la idéntica cuestión y vincularlos al incidente, así como la posibilidad de que otros procesos fuesen indicados por otros miembros del tribunal en donde se instaura el incidente o, el mismo, según el caso, por jueces de la primera instancia.

La ampliación del debate es fundamental para la legitimidad de la decisión. De ahí la importancia de permitirse, al máximo posible, la participación de *amicus curiae* y la realización de la audiencia pública (arts. 983, 984 y 1.038). Cuanto más amplificado fuere el contradictorio y el debate de argumentos, más capacitado estará el tribunal para decidir sobre la tesis jurídica a ser fijada.

Por lo menos en el ámbito de los recursos extraordinario y especial repetitivos, el legislador estableció alguna dirección para definir lo que sería la representación de una controversia, al prescribir que sólo pueden ser seleccionados recursos admisibles contenedores de extensa argumentación y discusión al respecto de la cuestión controvertida (art. 1.036, § 6º). Son los recursos con la mayor cantidad y diversidad de argumentos posibles, de modo que abarquen todos los puntos de vista potencialmente condicionantes de aquel debate: criterio, a propósito, que también debiera ser observado en la instauración del incidente de resolución de demandas repetitivas.

Todavía, para definir con mayor precisión lo que es la representación de la controversia en las causas repetitivas, líneas más nítidas deben ser trazadas por la doctrina, por la jurisprudencia y por los tribunales superiores mediante resoluciones o la revisión de sus respectivos estatutos internos.

Conforme había anticipado Antonio do Passo Cabral, también debe ser considerada la cualidad de las argumentaciones y la efectividad del contradictorio de las causas. Si la línea argumentativa de los litigantes originarios sirve como confrontación dialéctica entre las tesis antagónicas, la cualidad de las alegaciones debe importar, asimismo, para la elección de la causa piloto, así como el análisis por el órgano judicial de todos esos argumentos. En el plan subjetivo, no puede haber desigualdad material entre las partes, especialmente en la perspectiva de la representación procesal. En realidad, cuanto mayor la pluralidad y la representatividad de las partes y de eventuales terceros intervinientes, más calificado será el proceso o recurso como causa piloto. En ese sentido, se muestran más habilitadas para la afectación, en la esfera subjetiva, las demandas colectivas en comparación con las individuales, puesto que son movidas por entes públicos y privados con legitimación extraordinaria concedida por ley para actuar como sustitutos procesales de colectividades. Como esos entes ya poseen la prerrogativa procesal de conducir procesos

en que, al final, la decisión pueda tener impacto masivo, su presencia en el incidente o en el recurso repetitivo afectado atribuye al contradictorio mayor legitimidad política y social⁴².

Conclusiones

Desde 2006, aún durante la vigencia del precedente Código Procesal Civil, hubo una transformación de los recursos de género extraordinario en el Derecho procesal brasileño. Al adquirir naturaleza más objetiva, los recursos extraordinarios y especiales pasarán a proporcionar decisiones de eficacia expansiva.

Esta metamorfosis se acentuó con el nuevo Código Procesal Civil, que amplió esta eficacia y le confirió carácter vinculante. Más perfeccionado, el sistema procesal en la instancia extraordinaria tuvo como principal mudanza la concesión de efecto vinculante a los juicios de mérito del Tribunal Supremo Federal y del Tribunal Superior de Justicia en la vía de los recursos extraordinario y especial repetitivos y de los recursos extraordinario y especial, interpuestos contra juzgamientos de tribunales en incidentes de resolución de demandas repetitivas.

Frente a la repercusión sistémica que representa ese cambio de técnica procesal, el cual otorga eficacia vinculante expansiva a juicios de recursos extraordinario y especial por muestreos, es de fundamental importancia la definición de los procesos y de los recursos por los cuales se fijan las tesis jurídicas que se multiplican en todos los demás procesos que comprenden las mismas cuestiones de derecho. Sólo los procesos y los recursos que fueren, de hecho, representativos de la controversia pueden servir para la instauración del incidente de demandas repetitivas o para la afectación como repetitivos.

En el plan objetivo, la representación de la controversia se traduce por la mayor cantidad, diversidad y calidad de argumentos alrededor de la cuestión de derecho controversial, debidamente debatidos y enfrentados en los procesos o en los recursos mediante efectivo contradictorio. En el plan subjetivo, la representación de la controversia se revela por la equidad de las partes y de eventuales intervinientes en los procesos o en los recursos, así como por su mayor pluralidad y representatividad, en la que se destacan los entes con legitimidad extraordinaria conferida por ley para actuar como sustitutos procesales en la defensa de derechos e intereses metaindividuales.

⁴² Véase CABRAL, “Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. In: *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 39, n. 231, pp. 201 - 223, maio 2014.

Referencias bibliográficas

BARBI, Celso Agrícola. “A evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil”. In: *O PODER Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre, 1977.

CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 39, n. 231, maio 2014.

----- “A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada”. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 221, jul. 2013.

CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*. Milano: Fratelli Bocca, 1920. 2v.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recurso extraordinário: origem e desenvolvimento no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. “O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal”. In: *O PODER Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre, 1977.

DIAS, Handel Martins. *Condicionamento histórico do processo civil brasileiro: o legado do direito lusitano*. 2015. 389 p. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Os equívocos da reforma do Judiciário”. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 378, mar. / abr. 2005.

GALVÃO, “Ilmar. O recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal, após a Carta de 1988”. In: *Revista da ESMAC*, Rio Branco, v. 1, 1998.

KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6v. Coimbra: Coimbra, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. Do recurso extraordinário. *Justitia*, São Paulo, Serviço de documentação jurídica do Ministério Público, v. 21, 1958.

MORAES, Alexandre. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle José Coelho. “O Código de Processo Civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma”. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 190, t. II, abr. / jun. 2011.

PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça: teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: Malheiros, 1992.

RODRIGUES, Lêda Boechat. “A Suprema Corte dos Estados Unidos e sua contribuição ao direito constitucional brasileiro”. *In: O PODER Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre, 1977.

SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

----- “Variações sobre precedentes judiciais vinculantes e persuasivos”. *In: _____*. *O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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 escrito en cursiva.
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.

ÍNDICE HISTÓRICO

En esta sección se encuentran los títulos de los artículos con su respectivo autor o autores que se han publicado en la revista *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* en los números 41, 42 y 43. Los contenidos de los mismos son consultables en <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/issue/archive>

NÚMERO 41 (Enero- junio de 2015)

Editorial

Principales modificaciones introducidas al proceso de sucesión por el Código General del Proceso

Jesael Antonio Giraldo Castaño

Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti E Bryant Garth A Partir do Brasil 40 anos depois

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes y Larissa Clare Pochmann Da Silva

Dificultades probatorias de los adelantos tecnológicos

Héctor Eduardo Leguisamón

El poder discrecional de los jueces

Mario Masciotra

El alcance de la implementación del proceso monitorio en Colombia.

Estudio de Derecho Comparado

Laura Camila Reyes Márquez y Catalina Sierra Durán

La prueba pericial en el código general del proceso: análisis de las consecuencias generadas por la eliminación de la posibilidad de objetar el dictamen pericial

Eduardo José Acuña Gamba

O processo de execução das empresas estatais no brasil

Eloi Pethechust y Luiz Alberto Blanchet

El elíseo cautelar de la jurisdicción de lo contencioso administrativo: estudio y aplicación de las medidas cautelares innominadas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Semillero de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia

NÚMERO 42 (Julio- diciembre de 2015)

Editorial

Legitimación activa en los procesos colectivos a tenor del criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina

Mario Masciotra e Ignacio Agustín Falke

El deber de escuchar al niño en procesos de familia, desarrollo de este principio en Colombia y otras legislaciones

Luis Alfonso Torres Erasó

Arbitraje de consumo: aspectos generales e integración del contradictorio

Christiam Ubeymar Infante Angarita

El derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación en los procedimientos administrativos: la expansión de los Derechos Humanos procesales de la Convención Americana para allá del proceso judicial
Daniel Wunder Hachem y Eloi Pethechust

Aspectos generales y prácticos de la Ley 1448 de 2011 y sus normas complementarias
Sara Marlén Molina G.

El conocimiento privado del juez como causal de impedimento y/o recusación
Ricardo A. Morales Cano

La calificación previa de los medios de prueba
William Esteban Grisales Cardona

Una visión propositiva para la expansión del Derecho Procesal Convencional de los Derechos Humanos
Alfonso Jaime Martínez Lazcano y Jaime Alfonso Cubides Cárdenas

Aproximación teórico-práctica a las medidas cautelares innominadas y a las medidas anticipatorias
Semilleros de Derecho Procesal Universidad de Los Andes. Colombia

NÚMERO 43 (Enero- junio de 2016)

Editorial
Horacio Cruz Tejada

La conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en el proceso monitorio: Una interpretación alternativa
Omar Alfonso Cárdenas Caycedo

Tutela judicial efectiva no dineraria en el proceso monitorio colombiano
Semillero de Derecho Procesal - Universidad Libre, Sede Bogotá

A verdadeno novo Código de Processo Civil: por uma construção hermenêutica
Paulo Junior Trindade dos Santos

El procedimiento monitorio penal en Chile: Las consecuencias negativas de una innovación legislativa
Semillero de Derecho Procesal - Universidad Diego Portales. Chile

Medidas cautelares innominadas en procesos de competencia desleal y en acciones por infracción de derechos de propiedad industrial, ¿un camino hacia el prejuzgamiento?
José Fernando Sandoval Gutiérrez

El recurso de apelación y la pretensión impugnativa
Jorge Forero Silva

Cooperación judicial internacional iberoamericana: La interpretación prejudicial andina: ¿Mecanismo de cooperación o instrumento de interferencia en procesos judiciales y arbitrales?
Marcel Tangarife Torres

El proceso monitorio colombiano a la luz de los modos directos de extinguir las obligaciones
Semillero de Derecho Procesal - Institución Universitaria- Centro de Estudios Superiores María Goretti- IUI CESMAG